

Secretaría : Civil

Tipo De Recurso : Reclamación Ley N° 20.285

Recurrente : A.F.P. Modelo S.A.

Rut : 76.762.250-3

Abogado Patrocinante : María Fernanda Donoso Capponi

Rut : 15.995.344-0

Recurrido : Consejo para la Transparencia

Rut : 61.979.430-3

Representante : Director Del Consejo
Marcelo Drago Aguirre

EN LO PRINCIPAL, Deduce Recurso de Ilegalidad; **PRIMER OTROSÍ**, Patrocinio y Poder. **SEGUNDO OTROSÍ**: Acompaña documentos.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

María Fernanda Donoso Capponi, abogado, cédula de identidad N° 15.995.344-0, en representación de Administradora de Fondos de Pensiones Modelo Sociedad Anónima, en adelante e indistintamente AFP Modelo o la Administradora, ambos domiciliados en Avenida del Valle Sur N° 614, oficina 101, comuna de Huechuraba, ciudad de Santiago, a US. Ilustrísima, respetuosamente digo que:

Que estando dentro de plazo y, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y cuarto del artículo 28 y artículo 29, ambos de la Ley N° 20.285, vengo en interponer recurso de reclamación en contra de la decisión de amparo Rol C4718-20, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en su sesión ordinaria N° 1143, celebrada con fecha 29 de diciembre de 2020, notificada a mi representada mediante Oficio N° E497 de fecha 07 de enero de 2021, suscrito por el Director General (S) del Consejo para la Transparencia y notificado a esta Administradora el día 19 de enero de 2021, mediante correo electrónico emitido por oficinadepartes@consejoparalatransparencia.cl, sobre la base de los antecedentes de hecho y derecho que a continuación expongo:

I. LOS HECHOS

Con fecha 23 de julio de 2020, don Diego Ignacio Guevara Valenzuela, solicitó a la Superintendencia de Pensiones, la siguiente información, invocando la Ley N° 20.285:

“Solicito toda la documentación que verse sobre el informe de inversiones diarios de mi

AFP Modelo entre enero del 2015 a julio del 2020'.

Con fecha 28 de julio de 2020, la Superintendencia de Pensiones informó a AFP Modelo, mediante Oficio Ordinario N°13771, su derecho a oponerse a la entrega de la información solicitada.

La Administradora contestó el oficio anteriormente mencionado, con fecha 30 de julio de 2020, oponiéndose a la entrega de información, indicando lo siguiente:

“(...) En primer lugar, es importante destacar que las Administradoras de Fondos de Pensiones están regidas por lo dispuesto en el Decreto Ley N° 3500, de 1980 y, en tal sentido existe un deber de resguardo de la información que obra en su poder de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, quedando sujetas a las responsabilidades que en dicho cuerpo legal se establecen.

En segundo lugar, la publicidad, comunicación o conocimiento del conjunto de datos requeridos afecta nuestros derechos comerciales o económicos, de acuerdo al artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, ya que comprende información privada y datos sensibles cuya divulgación afectaría tales derechos, así como también comprometería los derechos de terceros. Así, dado que la documentación precisada en el requerimiento de acceso a la información reviste el carácter de privada y no ha sido divulgada oficialmente al mercado por cuanto detalla las formas de actuar y estrategias de nuestra compañía, ésta podría ser utilizada por algún agente o competidor del mercado en beneficio propio o de terceros.

Finalmente, hacemos presente que, si bien esta Administradora cumple con su obligación de entregar la información que corresponda a su organismo regulador, por mandato de la normativa que rige a las Administradoras de Fondos de Pensiones, ello en ningún caso puede ser interpretado como un consentimiento por parte de AFP Modelo a la entrega de dicha información a terceros.”

En efecto, con fecha 07 de agosto de 2020, la Superintendencia de Pensiones, mediante de Oficio N° 14.668, entregó respuesta al solicitante, informándole lo siguiente:

“(...) en lo referido a su presentación cúpleme señalar, que los Informes Diarios están compuestos por Formularios que contienen Balance y movimientos de la cartera de inversiones principalmente. El Formulario D-1 que contiene el “Balance diario, flujo de caja, estado de variación del patrimonio y otra información general”, puede usted encontrarlo en nuestro sitio web www.spensiones.cl en la sección Estadísticas e Informes/ Estadísticas y Bases de Datos/ Sistema de Pensiones/ Estadísticas Financieras/ Estadísticas Financieras delos Fondos de Pensiones/ Balance Informes Diarios para el periodo solicitado.

Por otra parte, los restantes Formularios (del D-2.1 al D-3.1) que corresponden a movimientos diarios de la cartera de inversiones e información de las transacciones no se encuentran publicados, por lo que atendido al hecho que la información solicitada podría afectar derechos de terceros, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N°20.285, se procedió a notificar el requerimiento de que se trata a la AFP MODELO S.A, a objeto que ejerciera la facultad de oponerse o no la entrega de la singularizada información.

Cúpleme señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 de la Ley N° 20.255: “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. Asimismo, deberán abstenerse de usar dicha información en beneficio propio o de terceros. Para efecto de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 125 de la ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, se estimará que los hechos que configuren infracciones a esta disposición vulneran gravemente el principio de probidad administrativa, sin perjuicio de las demás sanciones y responsabilidades que procedan.”

Esta norma resulta plenamente aplicable en la especie, toda vez que la información por usted requerida, como ya se ha precisado, no constituye información pública y se ha entregado a este organismo con la finalidad exclusiva de ejercer las facultades de fiscalización que la ley le confiere. En este contexto, resulta pertinente informarle que la entrega de la información en los términos por usted requeridos y por ende su divulgación afectaría el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras de este Organismo y los derechos de carácter comercial o económico de las Administradoras de Fondos de Pensiones, como derechos fundamentales protegidos en el número 26 del artículo 19 de nuestra Constitución Política.

Finalmente, considerando que el artículo 20 de la ley N°20.285 establece que en caso de deducirse oposición, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, y puesto que este organismo fiscalizador ha declarado que en la especie procede declarar reservada la información solicitada, por aplicación de la indicada causal del artículo 21 N°2, del mencionado cuerpo legal, es que se informa a usted que esta Superintendencia no está facultada para entregar la información requerida.”

Con fecha 07 de agosto de 2020, el solicitante dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la Superintendencia de Pensiones, fundado en que recibió respuesta negativa a su solicitud.

En virtud a los antecedentes, El Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia acordó admitir a tramitación el amparo deducido por el solicitante, confiriendo traslado al Sr. Superintendente de Pensiones, mediante oficio N° E14167, de fecha 25 de agosto de 2020, requiriéndole precisar la siguiente información:

“(…)(1°) se refiera, específicamente, a las causales de secreto o reserva que, a su juicio, harían procedente la denegación de la información; (2°) explique cómo lo solicitado afectaría los derechos de los terceros; (3°) acompañe todos los documentos incluidos en el procedimiento de comunicación a los terceros, incluyendo copia de las respectivas comunicaciones, de los documentos que acrediten su notificación, de las oposiciones deducidas y de los antecedentes que dan cuenta de la fecha en la que estas ingresaron ante el órgano que usted representa; y, (4°) proporcione los datos de contacto –por ejemplo: nombre, dirección, número telefónico y correo electrónico-, de los terceros que se opusieron a la entrega de información, a fin de dar aplicación a los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento.(…)”

El anterior requerimiento realizado por el Consejo para la Transparencia, obtuvo respuesta por medio de Oficio Ordinario N° 18.652, de fecha 12 de septiembre de 2020, en el que la Superintendencia de Pensiones, reiteró lo expuesto en su respuesta a la solicitud mediante Oficio N° 14.668, de fecha 07 de agosto 2020.

Una vez recibida la respuesta otorgada por la Superintendencia de Pensiones, El Consejo Directivo del Consejo Para la Transparencia finalmente acordó dar traslado del amparo en comento a AFP Modelo, el que se realizó mediante oficio N° E16363, de fecha 28 de septiembre de 2020.

Por ello, mi representada, con fecha 09 de octubre de 2020, respondió al Consejo para la Transparencia, reiterando su oposición a la entrega de la información reclamada, invocando, en primer lugar, el deber de resguardo de datos de información de carácter personal, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, quedando sujetas a las responsabilidades que en dicho cuerpo legal se establecen y, en segundo lugar, haciendo hincapié en que la publicidad, comunicación o conocimiento del conjunto de datos requeridos afecta sus derechos comerciales o económicos, de acuerdo al artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, ya que comprenden información privada y datos sensibles cuya divulgación afectaría tales derechos, así como también comprometería los derechos de terceros.

A pesar de todos los argumentos antes descritos, el Consejo para la Transparencia acogió el amparo en contra de la Superintendencia de Pensiones, mediante decisión recaída en amparo Rol C4718-20, ordenando entregar:

“a) Hacer entrega al reclamante de copia de los formularios D-2.1 a D-3.1 informados por la AFP Modelo S.A., entre enero del 2015 a julio del 2020 –a la fecha del requerimiento-.

b) Cumplir dicho requerimiento en un plazo que no supere los 10 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia.

c) Acreditar la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma.”

I. EL DERECHO:

El recurso de ilegalidad se encuentra consagrado en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley 20.285 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración y es un mecanismo de reclamación dirigido en contra de las decisiones dictadas por el Consejo para la Transparencia que tiene por objeto dejar sin efecto estas decisiones, cuando se estime que las mismas han excedido sus atribuciones.

El presente recurso de ilegalidad se deduce con el objeto de dejar sin efecto la resolución del Consejo para la Transparencia, recaída en Amparo Rol C4718-20, dictada en Sesión Ordinaria N° 1143, de 29 de diciembre de 2020, ya que al acoger el amparo deducido por el requirente, infringe las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración de Estado N° 20.285, por cuanto obliga a la Superintendencia de Pensiones, a entregar la siguiente información de propiedad de terceros:

“Hacer entrega al reclamante de copia de los formularios D-2.1 a D-3.1 informados por la AFP Modelo S.A., entre enero del 2015 a julio del 2020 –a la fecha del requerimiento”

En este caso, concurren todos los requisitos establecidos por el propio Consejo para invocar la reserva de la información contenida en el artículo 21 de la Ley 20.285, esto es, i.- La información requerida tiene el carácter de secreta 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 competitiva (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 "efecto de arrastre".-los agentes del mercado actúan en una misma dirección sin hacer un análisis realista de la situación, movidos por una determinada noticia o dato- que afectaría el valor de las inversiones de los Fondos de Pensiones).

En este mismo sentido, debemos tener presente que el artículo 21 de la Ley N° 20.285, prescribe lo siguiente:

"Artículo 21.- Los únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

e) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

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.

3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*

4. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.*

Cuando sean 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."

Respecto de la causal de reserva del N° 2 de este precepto, invocada por mi representada, está referida a que la entrega de la información solicitada, afecta nuestros derechos económicos y comerciales, porque como se ha señalado previamente, los formularios D-2.1 a D-3.1, constituyen información de nuestra propiedad y de carácter estratégico, cuya divulgación y riesgo de mal manejo, no solo afectaría a las propias administradoras sino que a todas las personas que se encuentran afiliadas a las mismas.

Por otra parte, es menester hacer presente que la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, y consagra el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley.

Es la misma ley quien determina a través de su artículo 2° qué Órganos de la Administración del Estado se encuentran obligados, especificando en el artículo 10° que el acceso a la información comprende 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.

De lo señalado precedentemente, se puede inferir que la Ley de Transparencia aplica a instituciones públicas y no privadas, ya que los organismos obligados son de la Administración del Estado, y como AFP Modelo es una institución privada, no le resulta aplicable la Ley N° 20.285, y no se encuentra obligada a entregar información, porque en ningún caso la Ley obliga a un ente particular a hacer entrega de información en virtud de lo dispuesto por Ley de Acceso a la Información Pública.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20° "*Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros...*", el tercero afectado puede ejercer oposición por alguna de las causales contenidas en el artículo 21. Facultad que ha utilizado mi representada para oponerse a la entrega de información.

Por otra parte, debemos tener presente que la Superintendencia de Pensiones, es el órgano encargado de supervigilar a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 del D.L. 3500 del año 1980.

Este deber de supervigilancia de la Superintendencia de Pensiones se cumple, en parte, mediante la fiscalización permanente al actuar de las Administradoras de Fondos de Pensiones, propendiendo a la creación de normas que son cumplidas estrictamente, en cada caso.

Y es en virtud de este deber legal que las Administradoras de Fondos de Pensiones hacen entrega de información confidencial a su Regulador, pero esta entrega de información en ningún caso, conlleva que adquiera ella el carácter de “Información Pública” ya que su publicidad, comunicación o conocimiento, afecta los derechos de las personas en los términos establecidos en el art. 21 Numero 2 de la Ley 20.285.

Además, existe un interés social comprometido en el debido desempeño del Sistema de Pensiones, correspondiendo a esta Administradora, velar por el buen funcionamiento del y el debido otorgamiento de los beneficios previsionales con el único propósito que justifica su existencia, esto es, promover el bien común.

Por las anteriores consideraciones, es concluyente que el Consejo para la Transparencia ha incurrido en ilegalidad al acoger el amparo antes singularizado, ordenando a la Superintendencia de Pensiones entregar al reclamante copia de los formularios D-2.1 a D-3.1 informados por la AFP Modelo S.A., entre enero del 2015 a julio del 2020 –a la fecha del requerimiento ya que, se trata de información confidencial y que contendría datos de carácter personal, infringiendo con ello la causal legal de reserva contenida en el N° 2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285.

Por otra parte, el principio de publicidad y transparencia que obliga a los órganos de la administración del Estado se encuentra expresamente consagrado en el artículo 8° inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República (“CPR” o “Constitución”):

“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”

Tal como se puede apreciar, dicho inciso constitucional obliga a la Administración del Estado, no así a los privados, a actuar con la mayor transparencia posible en la realización de sus funciones públicas y, en base a ello, dar conocer al público sus actos y decisiones; cuestión que se relaciona en forma directa con el derecho la libertad de información de las personas consagrado en el N° 12 del artículo 19° de nuestra Constitución Política, esencial para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y para la mantención del régimen democrático.

Sobre el alcance de este mandato constitucional la Corte Suprema ha señalado en causa ROL N° 31.718-2018, de fecha 21 de marzo de 2019. *“Cuarto: (...) De este modo, la regla general se encuentra contenida en la primera frase del inciso segundo del artículo 8° de la*

*Carta Fundamental, conforme al cual “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Tal preceptiva, que sin distinción resulta vinculante a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios o terminales -tanto en sus contenidos y fundamentos- y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente 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**. Para ello se requiere la existencia copulativa de dos requisitos, uno formal y otro sustancial. El requisito formal consiste en que el secreto o reserva sólo puede ser establecido mediante una ley de quórum calificado. El requisito sustantivo consiste en que esa ley sólo puede basarse en alguna de las siguientes cuatro causales: “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”. Dicho de otro modo, el legislador no es soberano para establecer el secreto o reserva por alguna causal distinta de las recién transcritas.”*

POR TANTO, conforme a lo expuesto y a lo dispuesto en los incisos segundo y cuarto del artículo 28 y artículo 29, ambos de la Ley N° 20.285.

RUEGO A US ILTMA., tener por interpuesta reclamación en contra de la decisión de amparo Rol N° C4718-20, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión ordinaria N° 1143, celebrada con fecha 29 de diciembre de 2020 y notificada a esta Administradora el día 19 de enero de 2021, mediante correo electrónico, acogerla en todas sus partes; declarar la ilegalidad de la decisión de amparo ya referida, con costas; y, por consiguiente, declarar que la Superintendencia no está obligada a proporcionar al señor Diego Guevara la información que solicitó, por las consideraciones desarrolladas en el presente recurso.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a SS. Ilustrísima tener presente que mis facultades para representar a la Administradora de Fondos de Pensiones Modelo Sociedad Anónima, constan en escritura pública de fecha 18 de julio del año 2018, cuyo repertorio es el N° 22.702-2018 de la Notaría de Don Félix Jara Cadot. En mi calidad de abogada, asumiré personalmente al patrocinio y poder de la presente causa.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. Ilustrísima, tener por acompañados copia de los siguientes documentos en el cual consta mi facultad para representar a AFP Modelo:

1. Copia simple de escritura pública de fecha 09 de agosto del año 2010, otorgada en la Notaría de don Alberto Mozó Aguilar;
2. Copia simple de la escritura pública de fecha 18 de julio del año 2018, otorgada en la Notaría de don Félix Jara Cadot.
3. Copia simple de Oficio N° E 497 de fecha 07 de enero de 2021, en la cual consta la decisión de acoger parcialmente el amparo deducido por el señor Diego Guevara.
4. Copia del Oficio del Consejo para La Transparencia Oficio E16363, de fecha 28 de septiembre de 2020.
5. Copia de respuesta a Oficio E 16363, entregada por AFP Modelo con fecha 09 de octubre de 2020.

6. Copia de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema causa rol N° 31.718-2018, de fecha 21 de marzo de 2019.