



Recurso : Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

Recurrente : Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A.

RUT : 76.265.736-8

Abogado Patrocinante : Daniel Garrido Santoni

RUT : 12.650.338-5

Apoderado : Gianfranco Lotito Aránguiz

RUT : 15.617.454-8

EN LO PRINCIPAL: requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **PRIMER OTROSÍ**: acompaña certificado de causa pendiente; **SEGUNDO OTROSÍ**: se tenga a la vista expediente que indica; **TERCER OTROSÍ**: acompaña documentos; **CUARTO OTROSÍ**: solicita suspensión del procedimiento; **QUINTO OTROSÍ**: solicita se resuelva suspensión del procedimiento junto con la admisión a trámite; **SEXTO OTROSÍ**: asume patrocinio; **SÉPTIMO OTROSÍ**: delegación de poder.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Daniel Garrido Santoni, cédula nacional de identidad número 12.650.338-5, abogado, en representación convencional según se acreditará de **Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A. (“AFP Provida”)**, persona jurídica del giro de su denominación, RUT 76.265.736-8, representada legalmente por su gerente general don Gregorio Ruiz-Esquide Sandoval, todos domiciliados en Avenida Pedro de Valdivia 100, piso 15, comuna de Providencia, Santiago y para estos efectos en Avenida Nueva Costanera 3300, piso 4, Vitacura, Santiago, a S.S. Excma. respetuosamente digo:

Que en este acto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República (“CPR”) y en los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (“Ley 17.997” o “LOCTC”), interpongo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para que se declare inaplicable el inciso 2° del artículo 5 y el inciso 2° del artículo 10, ambos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (“Ley de Transparencia”), en el recurso de queja caratulado “**A.F.P. PROVIDA S.A.(CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA)**”, que se tramita bajo el Rol N° 119702-2020, ante la Excma. Corte Suprema, solicitando a este Excmo. Tribunal que acoja a tramitación el referido requerimiento, lo declare admisible y, en definitiva, lo acoja en todas sus partes, fundado en los antecedentes de hecho y derecho que a continuación expongo.

I. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD DE UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

A. REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD

1. *En cuanto a los requisitos de procedencia*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 17.997, para ser acogido a tramitación un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debe cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80 de la referida Ley 17.997¹.
2. El artículo 79 de la Ley 17.997 exige que un requerimiento de este tipo sea interpuesto por el juez que conoce de una gestión pendiente o por las partes en dicha gestión pendiente. En caso de ser interpuesto por las partes de dicha gestión pendiente, debe acompañarse el certificado de causa pendiente referido en el artículo 79 inciso 2 de la referida Ley 17.997².
3. El presente requerimiento cumple lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 17.997, por cuanto:
 - El presente requerimiento es interpuesto por persona legitimada para ello; el recurso se interpone por Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A., ya individualizada, que ostenta la calidad de parte recurrente en el recurso de queja Rol N° 119702-2020, que se tramita ante la Excma. Corte Suprema.
 - En el primer otrosí del presente requerimiento se acompaña el certificado de causa pendiente emitido por la Excma. Corte Suprema.
4. Por su parte, el artículo 80 de la Ley 17.997 exige que un requerimiento de este tipo contenga (i) una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya; (ii) indicación de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional; e (iii) indicación de el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas³.
5. El presente requerimiento cumple lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 17.997, por cuanto:

¹ Ley 17.997, artículo 82. (“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”).

² Ley 17.997, artículo 79. (“En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión. Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados”).

³ Ley 17.997, artículo 80. (“El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”).

- En la **Sección II** se contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya.
 - En las **Sección III** se explica cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional, con indicación expresa de los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, así como la indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.
6. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LOCTC, resulta procedente que este Excmo. Tribunal acoja a tramitación el presente requerimiento de inaplicabilidad.
 7. *En cuanto a los requisitos de admisibilidad*, de conformidad con el artículo 84 de la LOCTC, existen seis causales taxativas por las cuales un requerimiento de este tipo puede ser declarado inadmisibile. Así, si el presente requerimiento no ha incurrido en alguna de dichas seis causales, corresponde que este sea declarado admisible por S.S. Excma.
 8. Como se analizará, el presente requerimiento no incurre en ninguna de las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 84 de la LOCTC⁴.
 9. *El presente requerimiento ha sido formulado por una persona u órgano legitimado*⁵.
 - De conformidad con el artículo 79 inciso primero de la LOCTC, son personas legitimadas para la interposición de un requerimiento de inaplicabilidad las partes en una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado.
 - Así, y tal como ya se ha explicado, el presente requerimiento es interpuesto por AFP Provida, ya individualizada, que ostenta la calidad de parte recurrente en el recurso de queja Rol N° 119702-2020, que se tramita ante la Excma. Corte Suprema.
 - Por su parte, el recurso de queja referido corresponde a la gestión pendiente en la que pueden aplicarse los preceptos legales que se impugnan en el presente requerimiento (esto es, el inciso 2° del artículo 5 y el inciso 2° del artículo 10, ambos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública).
 10. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 1** de la LOCTC.
 11. *El presente requerimiento se promueve respecto de un precepto legal que no ha sido declarado conforme a la CPR por este Excmo. Tribunal Constitucional invocando el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*⁶.

⁴ Ley 17.997,

⁵ Ley 17.997, Artículo 84 número 1. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1. Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado”).

⁶ Ley 17.997, Artículo 84 número 2. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el

- El presente requerimiento versa sobre el inciso 2° del artículo 5 y el inciso 2° del artículo 10, ambos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. De los antecedentes que se exponen en los capítulos siguientes de esta presentación queda de manifiesto que la respuesta es negativa.
 - Ninguno de estos preceptos ha sido previamente declarado conforme a la CPR por este Excmo. Tribunal Constitucional, habiéndose invocado el mismo vicio. A mayor abundamiento, ha ocurrido todo lo contrario, toda vez que los mencionados preceptos han sido declarados inaplicables por inconstitucionalidad en ocasiones previas, incluyendo un reciente pronunciamiento en una causa similar, a raíz de un requerimiento interpuesto por AFP Capital, y que será analizado en detalle en las secciones siguientes⁷.
12. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 2** de la LOCTC.
13. *El presente requerimiento se interpone en el contexto de una gestión judicial pendiente en tramitación*⁸.
- Tal como ya se ha explicado, y según consta en el certificado de causa pendiente acompañado en el primer otrosí de esta presentación, la gestión judicial en relación con la cual se deduce este requerimiento es el recurso de queja Rol N° 119702-2020, que se tramita ante la Excma. Corte Suprema y no ha sido fallado.
 - Así, el recurso de queja referido ostenta la calidad de gestión judicial *pendiente*.
14. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 3** de la LOCTC.
15. *El presente requerimiento se promueve respecto de un precepto que tiene rango legal*⁹.
- Tal como ya se ha señalado, y como se desarrollará en detalle, el presente requerimiento se promueve en relación con las siguientes **normas de rango legal**: artículo 5 inciso 2 y del artículo 10 inciso 2, ambos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.
16. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 4** de la LOCTC.

Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”).

⁷ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020.

⁸ Ley 17.997, Artículo 84 número 3. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 3. Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”).

⁹ Ley 17.997, Artículo 84 número 4. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 4. Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal”).

17. *El presente requerimiento se promueve respecto de preceptos legales que han de tener aplicación y que resultarán decisivas en la resolución del asunto*¹⁰.

- *En primer lugar*, la hipótesis de admisibilidad no debe ser entendida en el sentido de que un requerimiento de este tipo solo pueda ser declarado admisible cuando el precepto legal impugnado *deba* tener una aplicación decisiva en la resolución de la gestión pendiente, bastando que *pueda* ser aplicado. Ello por cuanto la aplicación concreta del precepto legal impugnado corresponde al juez de fondo que conoce de la gestión pendiente misma. Así, en el contexto de decidir la admisibilidad del presente requerimiento, cabe únicamente analizar si los preceptos impugnados puedan tener una aplicación decisiva.
- *En segundo lugar*, es evidente que los preceptos impugnados *pueden* tener una aplicación decisiva en la resolución del recurso de queja pendiente, según se desarrollará en detalle a lo largo de esta presentación. A mayor abundamiento, los preceptos legales en cuestión han sido invocados expresa y reiteradamente como fundamento jurídico de la solicitud de información a que se refiere la gestión judicial pendiente, así como en los escritos del recurso de queja referido, constituyendo el meollo del asunto en cuestión.

18. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 5** de la LOCTC.

19. *El presente requerimiento no carece de fundamento plausible*¹¹.

- A lo largo de esta presentación se expondrán detalladamente las consideraciones y argumentaciones, tanto de hecho como de derecho, en que se basa este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y que justifican que sea acogido a tramitación, sea declarado admisible y, en definitiva, sea acogido en todas sus partes por este Excmo. Tribunal.

20. En consecuencia, no procede declarar la inadmisibilidad del presente requerimiento de conformidad con el **artículo 84 número 6** de la LOCTC.

21. En conclusión, el presente requerimiento de inaplicabilidad cumple con los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 82, en relación con los artículos 79 y 80 de la LOCTC para que sea acogido y no cabe dentro de alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 84 de la LOCTC respecto de las cuales procedería declarar su inadmisibilidad. Así, el presente requerimiento debe ser acogido a tramitación y ser declarado admisible por este Excmo. Tribunal.

B. LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

22. Los preceptos legales que se impugnan en esta presentación son los siguientes.

¹⁰ Ley 17.997, Artículo 84 número 5. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”).

¹¹ Ley 17.997, Artículo 84 número 6. (“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 6. Cuando carezca de fundamento plausible”).

23. *En primer lugar*, se impugna el artículo 5 inciso 2 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que dispone lo siguiente:

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

24. *En segundo lugar*, se impugna el artículo 10 inciso 2 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que dispone lo siguiente:

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

C. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL QUE CONSTITUYE LA GESTIÓN PENDIENTE A CUYO RESPECTO SE SOLICITA LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

25. El procedimiento judicial que se sigue bajo el Rol N°119702-2020 ante la Excma. Corte Suprema corresponde a un recurso de queja.
26. El referido recurso de queja fue interpuesto por AFP Provida con fecha 26 de septiembre de 2020 en contra de los Ministros de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago doña Marisol Rojas Moya y don Juan Carlos Silva Opazo, y en contra del Fiscal Judicial de misma Corte, don Daniel Calvo Flores. Dichos Ministros recurridos, en autos caratulados “*Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A. con Consejo para la Transparencia*”, tramitados bajo el Rol N° 508-2019, dictaron, con fecha 21 de septiembre del año 2020 la resolución, mediante la cual se rechazó el reclamo de ilegalidad deducido por AFP Provida, en contra de la decisión final recaída en el Amparo C-6093-2018 pronunciada por el Consejo para la Transparencia en su sesión ordinaria N° 1027, de 29 de agosto de 2019, en cuya virtud se acogió el amparo interpuesto por don Esteban Rodríguez González. Dicha resolución se acompaña en el tercer otrosí de esta presentación.
27. Con fecha 15 de octubre de 2020, la Excma. Corte Suprema tuvo por interpuesto el recurso de queja deducido por AFP Provida, solicitó el correspondiente informe a los jueces recurridos, y accedió a la orden de no innovar solicitada por AFP Provida acompañada en el tercer otrosí de esta presentación. Posteriormente se evacuó el informe y la causa quedó en relación, habiéndose puesto en tabla varias semanas del año en curso.

II. HECHOS QUE DIERON LUGAR AL RECURSO DE QUEJA ACTUALMENTE PENDIENTE

28. Con fecha 2 de octubre de 2018, don Esteban Rodríguez González presentó una solicitud de acceso a la información pública respecto de las Administradoras de Fondos de Pensiones (“AFPs”), entre las cuales se encuentra AFP Provida, ante la Superintendencia de Pensiones que decía relación con las siguientes categorías de documentos e información:
- (a) Planilla Excel con comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones por las Administradoras de Fondos Mutuos y de Inversión 2002 a la fecha; (nemo-técnico, nombre del fondo de inversión, fecha cobro/cargo, monto);
 - (b) Funcionario a cargo de fiscalizar comisiones efectivamente cobradas con cargo a los fondos de pensiones durante cada año, 2002 a la fecha;
 - (c) Nombre del sistema informático utilizado por los funcionarios anteriores para fiscalizar comisiones cargadas a los fondos de pensiones;
 - (d) Unidad administrativa que creó y gestiona sistema informático del punto anterior;
 - (e) Funcionarios responsables de las respuestas entregadas en los numerales anteriores y de la transmisión de esa solicitud de acceso a la Información.
29. Mediante Oficio Ordinario N° 24996, de fecha 16 de noviembre de 2018 (el “Oficio 24996”), la Superintendencia se pronunció respecto a los requerimientos del reclamante. En respuesta a dicha solicitud, la Superintendencia de Pensiones informó que las AFPs en su conjunto resolvieron no entregar la información solicitada debido a que esta contiene información comercial estratégica de su propiedad e información personal y confidencial, amparada bajo reserva y confidencialidad legal y cuya entrega afectaría derechos de terceros, particularmente aquellos relativos a su vida privada y a sus derechos de carácter comercial y económico.
30. Posteriormente, mediante Oficio N° E1041 de fecha 27 de enero de 2019, Provida fue notificada del amparo de acceso a la información pública presentado por don Esteban Rodríguez González, en contra de la Superintendencia de Pensiones. Lo anterior, ya que dicha entidad se negó a entregar la información ya señalada precedentemente.
31. Finalmente, mediante Oficio N° E12605 de fecha 5 de septiembre de 2019, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia acordó acoger parcialmente el amparo deducido por parte de don Esteban Rodríguez González. En particular, el Consejo para la Transparencia ordenó la entrega de información relacionada con las comisiones pagadas por Provida a los fondos nacionales correspondiente al periodo 2002 y el segundo trimestre de 2009; y, además, la información del literal a), para el caso de los fondos extranjeros, desde 2002 a la fecha, con desagregación requerida por el solicitante: (nemo-técnico, nombre del fondo de inversión, fecha de cobro/cargo, monto).

32. Con fecha 26 de septiembre de 2019, AFP Provida promovió ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago la Reclamación de Ilegalidad en contra del Oficio N° E12605. Conjuntamente con AFP Provida, las demás AFPs afectadas intentaron similares acciones de reclamación de ilegalidad contra del Oficio N° E12605.
33. Con fecha 21 de septiembre de 2020, los Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones, conociendo de la Reclamación de Ilegalidad promovida por AFP Provida, dictaron la resolución que es objeto del recurso de queja pendiente, rechazando dicha acción y confirmando la decisión del Consejo para la Transparencia.

III. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ADUCIDOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSGREDIDAS

34. *En primer lugar*, la aplicación de los preceptos que se impugnan implica una vulneración del principio de publicidad establecido en el artículo 8 inciso 2 de la CPR, por cuanto amplía más allá de los límites establecidos por el constituyente la determinación de lo que debe considerarse como información pública y, en consecuencia, que debe incluirse en el acceso a la información.
35. Así, en esta sección se analizará cómo (A) la aplicación de los preceptos que se impugnan vulnera dicho principio de publicidad consagrado en el artículo 8 inciso 2 de la CPR.
36. *En segundo lugar*, entre las excepciones del principio de publicidad establecidos en el artículo 8 inciso 2 de la CPR se establece la reserva o secreto, cuando la publicidad de la información afecte los derechos de las personas, en este caso, de las AFPs. En el caso concreto, respecto de la información solicitada AFP provida tiene derechos de carácter comercial y económicos que deben ser resguardados. Así, la aplicación de los preceptos que se impugnan vulneraría tales derechos que la AFP detenta en relación con dicha información.
37. En esta sección se analiza cómo la aplicación de los preceptos que se impugnan por medio de este requerimiento vulnera los derechos constitucionales de AFP Provida, en particular: (B) la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la CPR y (C) el derecho de propiedad privada, consagrado en el artículo 19 N° 24 de la CPR.

A. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS EN EL RECURSO DE QUEJA PENDIENTE IMPLICA LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 8 INCISO 2 DE LA CPR

38. Según se señaló precedentemente, el Consejo para la Transparencia ordenó a AFP Provida, así como a todas las AFPs que fueron objeto de la solicitud de don Esteban Rodríguez González, entregar la información relacionada con las comisiones pagadas por Provida a los fondos nacionales correspondiente al periodo 2002 y el segundo trimestre de 2009; y, además, la información del literal a), para el caso de los fondos extranjeros, desde 2002 a la fecha, con

desagregación requerida por el solicitante: (nematécnico, nombre del fondo de inversión, fecha de cobro/cargo, monto).

39. Dicha decisión ha sido confirmada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el entendimiento de que dicha información es pública, de conformidad con los preceptos que se impugnan por medio de este requerimiento.
40. Así, el artículo 5 inciso 2 de la Ley de Transparencia señala que es pública *“toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”*. Por su parte, el artículo 10 inciso 2 de la Ley de Transparencia señala que *“el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga”*.
41. Sin embargo, la aplicación de estos preceptos llevaría a concluir que la información solicitada a AFP Provida y que se le ha ordenado entregar sería información de suyo pública, únicamente por obrar en poder de los órganos de la Administración del Estado (en particular, de la Superintendencia de Pensiones en su rol fiscalizador de las AFPs) y que, en consecuencia, se comprendería en el alcance del acceso a la información pública.
42. Pero dicha aplicación implicaría una grave infracción constitucional en relación con AFP Provida.
43. En efecto, la información solicitada y que se pretende divulgar, dice relación con la información específica de las comisiones que las AFPs pagan a terceros como administradoras de fondos mutuos o de inversión en Chile y en el extranjero, por las inversiones que se realizan con los recursos de los fondos de pensiones que administran. Así, el contenido técnico, comercial y financiero de esta información exige cierta protección de la esfera pública que el constituyente sopesó y valoró al elegir el diseño constitucional de publicidad de la información.
44. El constituyente ha previsto que no toda información en poder de un órgano del estado es pública, por el solo hecho de encontrarse a disposición del organismo público. Información pública es aquella que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 8 inciso 2 de la CPR, desarrollados en la Ley 20.285. Concretamente, son públicos (i) los actos y resoluciones de los órganos del Estado, (ii) sus fundamentos y (iii) los procedimientos que se utilicen. Por su parte, se establece como excepción al principio de publicidad la reserva o secreto de la información, cuando la publicación de dicha información afectare, entre otros, los derechos de las personas.
45. Señala el citado artículo 8 inciso 2 de la CPR:

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 aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare** el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, **los derechos de las personas**, la seguridad de la Nación o el interés nacional. [Énfasis añadido]

46. De conformidad con la disposición recién transcrita, la información requerida no es pública pues no se refiere a un acto o resolución concreta, ni a sus fundamentos, ni a los procedimientos utilizados. Aún más, la información que obra en poder de la Superintendencia se trata de información de *propiedad* de Provida, originada por Provida y que, además, se encuentra sujeta a obligaciones contractuales de confidencialidad. Esta información ha debido entregarse a la Superintendencia únicamente en virtud de las facultades de fiscalización del referido órgano administrativo y para dicho fin, sin que ello implique que dicha información deja de ser información de propiedad de Provida o pierda su carácter de confidencial. El solo hecho de que la información esté en poder de una autoridad u órgano del Estado no la transforma, ni ésta deviene, en pública.
47. Así, la aplicación de los preceptos que se impugnan llevaría al extremo de que toda la información de propiedad de entidades y/o personas (naturales y jurídicas) sujetas a fiscalización de órganos y autoridades administrativas—como, por ejemplo, las respectivas Superintendencias o el Servicio de Impuestos Internos—sería pública y divulgable. Esta aplicación lleva al absurdo de que, por ejemplo, toda la información financiera, contable y patrimonial que el Servicio de Impuestos Internos recibe de contribuyentes (personas naturales o jurídicas que entregan información privada a ese servicio a través de sus declaraciones de impuestos), es pública y disponible a terceros. Y ello sería por el solo hecho de que esta información está en manos de la autoridad tributaria.
48. El objetivo del constituyente es que la información relativa a (i) los actos y resoluciones de los órganos del Estado, (ii) sus fundamentos y (iii) los procedimientos que se utilicen, es pública. **Mas no que toda la información en poder o custodiada por los organismos públicos es pública, pues eso implicaría dejar sin sentido las excepciones de publicidad establecidas en la propia CPR y las leyes aplicables.**
49. Esta posición ha sido recogida expresamente por este Excmo. Tribunal. En efecto, en sentencia ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, interpretando el artículo 8 de la CPR, al conocer sobre recursos de inaplicabilidad por constitucionalidad de los artículos 5 inciso 2 y 10 inciso 2, interpuestos por AFP Capital en el contexto de un recurso de queja similar al de autos, en que se discutía la entrega, por parte de la AFP, de las notas explicativas de sus informes diarios, este Excmo. Tribunal confirmó esta delimitación.

50. En concreto, S.S. Excma. concluyó que no es pública toda la información que posee el Estado es pública y que son públicos solo ciertos aspectos de la actuación administrativa, esto es; los actos y resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos¹²:

La cuestión estriba, como se verá, en que **no toda información que es producida o que corresponde a privados y que es entregada por estos a la autoridad encargada de su fiscalización resulta pública para otros particulares**, al alero del artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución. [Énfasis añadido]

[...]

En primer lugar, cabe consignar que según se aprecia del tenor del artículo 8°, inciso 2°, constitucional, y tal como lo ha entendido ya esta Magistratura, **aquel “no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen”** (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 25°; STC Rol N° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 11°). O dicho en otros términos, **“son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”** (C. 26°, STC Rol N° 2982). [Énfasis añadido]

51. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, concluyó que el artículo 8 inciso 2 de la CPR excluye expresamente del acceso a la información aquella información entregada por las empresas privadas al Estado. En concreto, señaló que *“la información que empresas privadas entreguen al estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información”* dado que dicha posibilidad fue “expresamente descartada” en la historia fidedigna de la tramitación de la Reforma Constitucional de 2005 que introdujo el artículo 8 inciso 2 de la Constitución¹³.
52. Explicó este Excmo. Tribunal que las mociones que dieron origen a dicha reforma constitucional establecían la publicidad de *“las actuaciones de los órganos del estado y los documentos que obran en su poder”*. Asimismo, se introdujo una indicación del ejecutivo que hacía públicos *“los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público”*. Sin embargo, ninguna de estas opciones de texto prosperó. Por el contrario, se impuso el actual texto constitucional del artículo 8 inciso 2, que establece que son públicos los actos y resoluciones del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, descartando aquella información que no corresponde a un acto o procedimiento administrativo, sus fundamentos y procedimientos¹⁴.
53. Por las consideraciones anteriores, S.S. Excma. concluyó que el artículo 5 inciso 1 de la Ley de Transparencia es concordante con el artículo 8 inciso 2 de la CPR. Sin embargo, y a renglón seguido, declaró inaplicable en razón de su inconstitucionalidad, el artículo 5 inciso 2 de la

¹² Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, considerando cuarto.

¹³ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, considerando vigesimosexto.

¹⁴ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, considerando duodécimo.

Ley de Transparencia, por estimar excede y contraviene el texto del artículo 8 inciso 2 de la CPR.

54. S.S. Excma. señaló que dicho precepto legal amplía de tal manera la determinación de la información que es pública según la norma constitucional, que llegaría al punto de calificar toda información como pública. En palabras de este Excmo. Tribunal “*resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración*”¹⁵.
55. S.S. Excma. concluyó que tal amplitud no era la buscada por el constituyente¹⁶.
56. A mayor abundamiento, esta postura de S.S. Excma. ha sido confirmada no solo respecto de la información de las AFPs, sino que, en diversas materias referidas a información privada, tales como información bancaria, financiera, entre otras¹⁷.

B. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS EN EL RECURSO DE QUEJA PENDIENTE IMPLICA LA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY, CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 19 N° 2 DE LA CPR

57. El artículo 19 N° 2 de la CPR consagra la igualdad ante la ley, en los siguientes términos:

La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

¹⁵ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, considerando vigésimo.

¹⁶ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8118-2020, de 23 de julio de 2020, considerando vigesimoprimerero.

¹⁷ Ver, por ejemplo:

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 8474-2020, de fecha 27 de octubre de 2020, en el marco de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovido por Itaú Corpbanca en el marco de un reclamo de ilegalidad seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la resolución del Consejo que ordenó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (actual Comisión Para el Mercado Financiero) entregar información relativa a Itaú Corpbanca que se encontraba en su poder y relativo a un crédito otorgado a un fondo de inversión privado.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 4669-2018, de fecha 14 de marzo de 2019, en el marco de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (actual Comisión Para el Mercado Financiero), en el marco de un reclamo de ilegalidad seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la resolución del que ordenó a la Superintendencia entregar información relativa a la “*deuda bancaria local de los registros administrativos de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)*”.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, ROL 2558-2013 de fecha 15 de enero de 2015, relativa al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (actual Comisión Para el Mercado Financiero), en el marco de un recurso de queja seguido ante la Corte Suprema respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones que rechazó el reclamo de ilegalidad en contra de la resolución del Consejo que ordenó a la Superintendencia entregar información relativa a la fiscalizaciones, auditorías, revisiones, estudios y los resultados de los mismos.

58. En el contexto de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, este Excmo. Tribunal ha señalado que se prohíbe que el legislador u otro órgano del Estado establezca diferencias arbitrarias entre las personas, respecto de situaciones o personas que se encuentren en situaciones similares.
59. Ahora bien, la aplicación de los preceptos que se impugnan por medio de este requerimiento, a saber, el artículo 5 inciso 2 y artículo 10 inciso 2, ambos de la Ley de Transparencia, implican una grave vulneración de la igualdad ante la ley, en relación con la información privada que las AFPs utilizan en el desarrollo de sus funciones.
60. Así, se establece una diferencia arbitraria en perjuicio de las AFPs, y en particular de AFP Provida, por cuanto se les impone la obligación de entregar información que, además de no ser pública, como se verá a continuación, es confidencial y altamente sensible, a diferencia de otros entes privados que cuentan con información que es privada y entregada a organismos públicos y que no se han visto obligados a entregar y publicitar dicha información, tales como los restantes organismos privados, y regulados, que interactúan en el mercado financiero. Respecto de ellos, se crea un privilegio injustificado pues información de la misma naturaleza, sería considerada privada respecto de ellos, mas pública respecto de las AFPs.
61. Así, se otorga un privilegio injustificado a aquellos organismos privados que no han debido otorgar información privada, sensible y confidencial al ente regulador con la finalidad de control y fiscalización.
62. Ello, con especial atención a la postura de este Excmo. Tribunal desarrollada en la sección anterior, en que se ha confirmado que no toda la información que obra en poder de los entes regulados es información pública en los términos del artículo 8 inciso 2 de la CPR.
63. En conclusión, la aplicación de los preceptos que se impugnan implicaría el establecimiento de una diferencia arbitraria, injustificada y caprichosa respecto de las AFPs en relación de los restantes organismos que interactúan en el mercado financiero, obligando a las AFPs a la entrega de información que respecto de ellas se consideraría pública, mientras que para los demás organismos información de similar naturaleza se considera como privada.

C. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS EN EL RECURSO DE QUEJA PENDIENTE IMPLICA LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 19 N° 24 DE LA CPR

64. La CPR también consagra el derecho de propiedad privada, en sus diversas especies.

La Constitución asegura a todas las personas: 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

65. Pues bien, la vulneración a este derecho es evidente; si la información que se ordena entregar a AFP Provida no es pública en los términos del artículo 8 inciso 2 de la CPR, como se

desarrolló en detalle en la sección precedente, se trata de información privada *de propiedad* de AFP Provida.

66. En consecuencia, si se obliga a AFP Provida a entregar información que es privada, de su propiedad y confidencial, se vulnera su derecho de propiedad sobre dicha información.
67. Así, en presencia de información que es *de propiedad* de AFP Provida, los preceptos que se impugnan no cumplen con los requisitos que el constituyente establece respecto del modo de usar, gozar y disponer de la propiedad, y las limitaciones y obligaciones a que está sujeta, ni en cuanto precepto legal que pretenda integrar un procedimiento expropiatorio. Por el contrario, los preceptos disponen—arbitrariamente, además, según ya se explicó—de la información privada de propiedad de AFP Provida.
68. Pero aún más, la aplicación de los preceptos que se impugnan no solo afecta la propiedad de AFP Provida, sino que se traduce en consecuencias económicas negativas y perjuicios significativos en los fondos de pensiones que administra. En definitiva, se vulnera también la propiedad de dichos fondos, así como de los afiliados de AFP Provida, quienes son los titulares de dichos fondos.
69. En efecto, la entrega de la información solicitada no tiene un impacto meramente formal en la distinción de información privada versus información pública, sino que tiene un impacto significativo en el mercado de administración de fondos chileno, en el que funcionan las AFPs.
70. En el contexto de la industria de las administradoras de fondos de pensiones recae un alto nivel de regulación, una profusa acción fiscalizadora por la autoridad, y que deben satisfacer altísimos estándares en materia de información y transparencia. En consecuencia, existe poco espacio para la determinación de actuaciones concretas y el uso de información que no sea fácilmente accesible al mercado. Así, la poca información que debe ser considerada privada, por regla general es altamente sensible y sujeta a cláusulas de confidencialidad.
71. Así, por ejemplo, y en relación con la información solicitada, el Libro IV del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, normativa sectorial de la Superintendencia, contempla una exhaustiva regulación sobre las comisiones, sus montos máximos y, de existir pagos en exceso, la restitución de estos por la Administradora a los fondos de pensiones (Libro IV, Título IV, Letra B Capítulo IV Compendio).
72. Ahora bien, existe una figura muy vinculada a las comisiones, que se refiere a los contratos de devolución de comisiones de fondos mutuos (también regulado en el Libro IV del Compendio) o rebates. Básicamente, son pagos que los fondos de pensiones reciben por inversiones de fondos mutuos extranjeros como resultado de las rebajas que las AFPs negocian con las administradoras de fondos extranjeros (“*managers*”) sobre las comisiones que estos *managers* cobran por la administración de fondos en los que invierten las AFPs.

73. Estas negociaciones son extremadamente importantes para el sistema de pensiones chileno y para el desarrollo de esta actividad económica. Solo en los últimos 9 años los fondos administrados por AFP Provida recibieron en promedio la suma de \$24.194.345.518 por concepto de rebates.
74. La aplicación de los preceptos que se impugnan no solo afecta la propiedad privada de AFP Provida, sino que va en directo perjuicio de los afiliados y de los fondos de pensiones. Ello porque, la divulgación de la información referida a los rebates puede provocar un enorme daño a los fondos de pensiones, pues los *managers* extranjeros con los que se han acordado estos rebates no les dan el mismo trato a todos sus clientes. De hacerse pública la información sobre el pago de los rebates a los fondos de pensiones chilenos, los *managers* extranjeros se verían enfrentados a la presión de sus otros clientes para recibir un trato similar, lo que en definitiva puede implicar que se les pague un rebote muchísimo menor a todos o que no se le pague a nadie en el futuro.
75. Quienes pierden en definitiva son los fondos de pensiones y, por tanto, los afiliados y futuros pensionados chilenos.
76. En conclusión, la aplicación de los preceptos que se impugnan implicaría una afectación al derecho de propiedad de AFP Provida en su esencia, obligando a las AFPs a la entrega de información que, según los objetivos y regulación establecida por el Constituyente, debe ser considerada como información privada, de propiedad de AFP Provida.

POR TANTO, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República y los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

A S.S. EXCMA SOLICITO: tener por deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para que se declare inaplicable el inciso 2° del artículo 5 y el inciso 2° del artículo 10, ambos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el recurso de queja caratulado “**A.F.P. PROVIDA S.A. (CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA)**”, que se tramita bajo el Rol N° 119702-2020, ante la Excelentísima Corte Suprema, acogerlo a tramitación, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes.

PRIMER OTROSI: solicito tener por acompañado el certificado de causa pendiente emitido por la Excma. Corte Suprema, con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 79 inciso segundo de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: tener por acompañado certificado de causa pendiente.

SEGUNDO OTROSÍ: con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 82 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicito a este Excmo. Tribunal que se requiera a la Excma. Corte Suprema remitir expediente de los autos Rol N°119702-2020 y que los tenga a la vista, autos que, según se ha indicado en esta presentación, constituyen la causa pendiente en relación con la cual se interpone el presente requerimiento.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: solicito tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Copia de la solicitud de acceso a información presentada por don Esteban Rodríguez González, ante la Superintendencia de Pensiones, el día 2 de octubre de 2018.
2. Copia de oposición presentada por AFP Provida S.A., ante la Superintendencia de Pensiones, con fecha 27 de septiembre de 2019.
3. Copia de Oficio Ordinario N° 24.996, de fecha 16 de noviembre de 2018, de la Superintendencia de Pensiones.
4. Copia del Amparo deducido por don Esteban Rodríguez González ante el Consejo para la Transparencia, Rol C6093 - 2018, con fecha 6 de diciembre de 2018.
5. Copia de la Decisión Final de Amparo Rol C6093 - 2018, pronunciada por el Consejo para la Transparencia con fecha 29 de agosto de 2019.
6. Copia del Reclamo de Ilegalidad deducido por AFP Provida S.A., ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 508-2019.
7. Copia de la sentencia dictada en causa Rol N° 508-2019 el día 21 de septiembre de 2020.
8. Copia del Recurso de Queja presentado por AFP Provida S.A., ante la Excelentísima Corte Suprema, Rol Ingreso N°119702-2020.
9. Copia de la resolución dictada por la Excelentísima Corte Suprema, el día 15 de octubre de 2020, en causa Rol Ingreso Corte N°119702-2020.
10. Copia de la escritura pública otorgada en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha con fecha 02 de octubre de dos mil quince, en la que consta la personería de Daniel Garrido Santoni para representar a A.F.P. Provida S.A.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: tener por acompañados los documentos individualizados, con citación.

CUARTO OTROSÍ: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicito a este Excmo. Tribunal que decrete la suspensión del procedimiento en que se ha promovido la cuestión de inaplicabilidad, esto es, el Recurso de Queja seguido ante la Excma. Corte Suprema, Rol N° 119702-2020.

La suspensión del procedimiento resulta especialmente procedente y aún necesaria en este caso considerando el grado de avance del proceso al que se ha hecho referencia y que se encuentra en estado de relación. Así, dado el importante efecto que tendría el que este Excmo. Tribunal acogiera el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se deduce en esta presentación, es que resulta especialmente procedente y necesario que se decrete la suspensión del procedimiento solicitada.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: acceder a lo solicitado.

QUINTO OTROSÍ: solicito a este Excmo. Tribunal que, atendido el estado de tramitación de la causa pendiente en relación a la cual se deduce el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según lo señalado en el cuarto otrosí de esta presentación, se resuelva la solicitud de suspensión del procedimiento formulada en el referido cuarto otrosí, a la mayor brevedad y con urgencia, pronunciándose sobre ella al momento de resolver si se acoge a trámite el requerimiento de inaplicabilidad que consta en esta presentación.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: acceder a lo solicitado.

SEXTO OTROSÍ: solicito a S.S. Excma. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y patrocinante de AFP Provida S.A., asumo personalmente el patrocinio y poder de este recurso de queja, y señalo domicilio para estos efectos en Avenida Nueva Costanera 3300, piso 4, Vitacura, Santiago.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: Tenerlo presente.

SÉPTIMO OTROSÍ: solicito a S.S. Excma. tener presente que delego poder en el abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, don **Gianfranco Lotito Aránguiz**, cedula nacional de identidad 15.617.454-8, domiciliado en calle Juan de Valiente 3630, Piso 7, Vitacura Santiago, con quien podré obrar indistintamente en forma conjunta o separada, y que firma en señal de aceptación.

POR TANTO,

A S.S. EXCMA SOLICITO: Tenerlo presente.

AUTORIZO PODER

