

Santiago, trece de enero de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Se deduce reclamo de ilegalidad por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras -SBIF- (actual Comisión para el Mercado Financiero) en contra de la decisión de amparo C-1844-2018 de 23 de octubre de 2018, emitida por el Consejo para la Transparencia, que acogió el amparo de acceso a la información pública deducido por don Héctor Cárcamo Silva y ordenó: *“Entregar al reclamante copia del expediente o documentación de la fiscalización que realizó la SBIF a Corpbanca a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicha institución financiera para ser invertido en SMU, tanto en el año 2010 como lo fiscalizado también en el año 2013, debiendo tarjar, previamente, aquellos datos personales de contexto que pudieran estar incorporados en la documentación que se entregue, como por ejemplo, número de cédula de identidad, domicilio particular, correo electrónico, estado civil, entre otros.”* Solicita, en consecuencia, que se declare que la información requerida se encuentra en el supuesto del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, en relación con lo dispuesto por el artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política y 7° de la Ley General de Bancos por lo que no corresponde que sea entregada, al ser esta última una causal de secreto o reserva de la información pública, con costas.

Refiere que con fecha 7 de abril de 2018, don Héctor Cárcamo Silva, requirió a la SBIF la siguiente información: *“Solicito expediente o documentación de la fiscalización que realizó la SBIF a CorpBanca a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicha institución financiera para ser invertido en SMU en 2010. La evaluación debió realizarse en 2010 por lo que la información requerida apunta a lo fiscalizado ese año, pero también se solicita información de lo que haya fiscalizado respecto la SBIF en 2013 a partir de junio de ese año cuando se conoce públicamente dicha operación”.*

Afirma que, con fecha 27 de abril de 2018, la SBIF rechazó la petición de particular, invocando para ello la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 5 de la

Ley de Transparencia, por tratarse de información que una Ley de Quórum Calificado ha declarado secreta, a saber, el artículo 7° de la Ley General de Bancos -en adelante, “LGB”- y los artículos 246 y 247 del Código Penal.

Indica que se le señaló al solicitante que: *“Sobre el particular, le hago presente que esta Superintendencia se encuentra impedida de entregar la información solicitada, pues ésta se encuentra amparada por el deber de reserva contemplado en el artículo 7° de la Ley General de Bancos, toda vez que ésta dice relación con información remitida a este Organismo por instituciones fiscalizadas, de forma que de acuerdo a la norma precitada, no puede ser revelada a personas extrañas a la Superintendencia, bajo pena de la aplicación de la sanción establecida en los artículos 246 y 247 del Código Penal”.*

Añade, además, que la SBIF le explicó al solicitante que la norma invocada es de aquellas que contemplaban una reserva legal de entrega de información con anterioridad a la incorporación del actual artículo 8° de la Constitución Política mediante la Ley N° 20.050, de forma que por mandato expreso de la disposición cuarta transitoria constitucional y el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia, el artículo 7° de la LGB tiene la naturaleza jurídica ficta de una ley de quórum calificado.

Expresa que con fecha 02 de mayo de 2018, el señor Cárcamo dedujo amparo a su derecho de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia -CPLT-. Refiere que mediante Oficio de 08 de agosto de 2018, el CPLT solicitó a la SBIF: (a) Remitir el expediente solicitado con la documentación de la fiscalización realizada por la SBIF a Corpbanca, relativo al fondo de inversión Sinergia correspondiente a los años 2010 y 2013; (b) Indicar la forma en que la entrega de la información solicitada podría generar la afectación alegada por la Superintendencia de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución; y (c) Señalar si existen derechos económicos o comerciales de terceros que podrían verse afectados con la entrega de la información solicitada y, en caso de existir, si se dio aplicación al procedimiento dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

Asevera que mediante Ordinario N° 6283 de 16 de agosto de 2018, la Superintendencia contestó la anterior comunicación del CPLT, señalando, en síntesis, que:

(a) Dado el tenor del artículo 7° de la LGB, así como la expresa remisión de dicha norma a la pena de los artículos 246 y 247 del Código Penal en caso de infracción, no resulta posible hacer entrega al CPLT de la información solicitada, toda vez que ello podría generar responsabilidades penales. Con todo, lo anterior es sin perjuicio de ofrecer toda la colaboración al CPLT para la resolución del amparo;

(b) Se expuso la forma en que la entrega de la información solicitada importaría una vulneración a lo dispuesto tanto por el artículo 8° de la Constitución como a lo previsto por el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia;

(c) Que, en relación a una eventual afectación de derechos económicos o comerciales de terceros, no se inició el procedimiento del artículo 20 de la Ley de Transparencia, por tanto, ello no resulta necesario, dado que la causal de reserva no es el derecho de terceros prevista en el N° 2 del mencionado artículo 21.

Indica que con fecha 23 de octubre de 2018, el CPLT acogió el amparo interpuesto por don Héctor Cárcamo Silva, ordenando la entrega de la misma, fundando, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1) Que conforme a la jurisprudencia del mismo CPLT, éste en ocasiones anteriores *“ha desestimado la aplicación del inciso 1° del artículo 7° de la LGB como causal de reserva, en relación con lo dispuesto en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, pues ha razonado que dicha norma (...) ‘no puede conducir a una interpretación que suponga que todos los informes elaborados por los funcionarios de la SBIF o que los hechos, negocios o situaciones de que hubieren tomado conocimiento en el desempeño de su cargo sean secretos o reservados (...), ya que ello invertiría por vía interpretativa, la regla constitucional que exige al legislador establecer positivamente los casos de reserva y fundarlos en alguna de las causales del inciso 2° del artículo 8°’ (...). Además, se estableció que dicha norma no constituye*

en sí misma un caso de reserva, pues no otorga a los datos el carácter de secretos o reservados sino que simplemente explicita un deber funcionario aplicable a las personas que, a cualquier título, presten servicios en la SBIF”.

2) Que, además, así lo habría resuelto la Corte Suprema en la sentencia de los autos Roles 6.663-2012 y 10.474-2013.

De esta forma, en lo resolutivo dispone: *“Entregar al reclamante copia del expediente o documentación de la fiscalización que realizó la SBIF a Corpbanca a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicha institución financiera para ser invertido en SMU, tanto en el año 2010 como lo fiscalizado también en el año 2013, debiendo tarjar, previamente, aquellos datos personales de contexto que pudieran estar incorporados en la documentación que se entregue, como por ejemplo, número de cédula de identidad, domicilio particular, correo electrónico, estado civil, entre otros”.*

Además, expresa que el Consejo acordó: *“Representar, nuevamente al Sr. Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras su falta de colaboración en la tramitación del presente amparo, especialmente respecto de la negativa a entregar una copia del expediente requerido, y al no señalar si podría existir o no afectación a los derechos económicos o comerciales del tercero, traduciéndose ello en una infracción a lo dispuesto en los artículos 33, letra k), y 34 y a los principios de facilitación, oportunidad y responsabilidad previstos en el artículo 11, literales f), h) y j), respectivamente, de la Ley de Transparencia. Lo anterior, con la finalidad de que se adopten las medidas necesarias para que, en lo sucesivo, no se reiteren tales infracciones”.*

Sostiene:

1) Sobre la correcta interpretación que debe darse al inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, en relación con el artículo 5° de la Ley de Transparencia. Asevera que es necesario determinar los márgenes precisos de la regla establecida en el artículo 8° de la Constitución Política: El acceso a la información, no es ni un principio



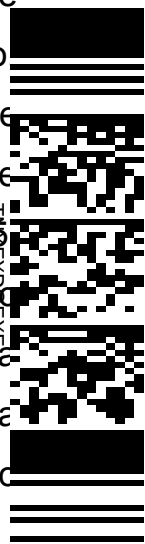
constitucional ni un derecho fundamental, sino un principio meramente legal, contenido en el artículo 5 de la Ley de Transparencia. Señala que la Constitución Política contiene una declaración de publicidad que encuentra las limitaciones en la reserva o secreto que el propio constituyente ha expresado y que encarga en su establecimiento y regulación a una ley de quórum calificado.

Por otra parte, el artículo 5° de la Ley de Transparencia, en general, consagra un principio de transparencia y publicidad, que es de rango meramente legal; por tanto, aun cuando éste es llamado a informar la actuación de todos los órganos de la Administración del Estado, en caso alguno podría pretenderse que su aplicación exceda a lo ya normado por la Constitución.

Cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, que concluyen que derecho a la información no es absoluto ya que existen causales de secreto o reserva que lo restringen.

2) Sobre la correcta determinación del sentido y alcance del artículo 7° de la Ley General de Bancos, en relación con las causales de secreto o reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia y del reconocimiento de las mismas en el texto vigente del artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política.

Explica que de conformidad al artículo 8° de la Constitución, la publicidad de ciertos actos administrativos se encuentra sujeta a que no concurren, a su respecto causales de reserva o secreto que estén expresamente contempladas en leyes de quórum calificado. En efecto, la misma limitación se reconoce en la Ley de Transparencia, en su artículo 21, que dispone, en lo atinente a este caso, en su N° 1. A su vez el artículo 7° de la Ley General de Bancos dispone: “Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo.



Refuerza la radicalidad de la reserva o secreto de la información que la Superintendencia y sus funcionarios conocen en el desempeño de sus funciones, el contenido del artículo 14 de la propia Ley General de Bancos. Dicha norma establece las excepciones a la reserva o secreto de la información, señalando los órganos públicos a los cuales la SBIF está obligada a entregar información en el caso de ser requerida, así como los datos que debe entregar al público y la forma en que debe realizarlo.

En concreto, refiere que los dos primeros incisos de la norma en comento establecen:

- No obstante, lo dispuesto en el artículo 7° y sin perjuicio de las normas sobre secreto bancario contenidas en el artículo 54, la Superintendencia deberá proporcionar informaciones sobre las entidades fiscalizadas al Ministro de Hacienda, al Banco Central de Chile y al Consejo de Estabilidad Financiera.

- La Superintendencia dará también a conocer al público, a lo menos tres veces al año, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones fiscalizadas y su clasificación y evaluación conforme a su grado de recuperabilidad, debiendo la información comprender la de todas las entidades referidas.

Agrega que, a estas excepciones, la Ley General de Bancos sólo agrega la de artículo 18 bis, por la cual se dispone que, con el objeto de cumplir sus respectivas funciones fiscalizadoras, *“los Superintendentes de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones podrán comparar cualquier información, excepto aquella sujeta a secreto bancario”*;

Sostiene que estas normas de secreto -se explican al ser el necesario contrapeso de las amplias facultades inspectivas de la SBIF, ya que las instituciones sujetas a la actividad fiscalizadora de la SBIF están obligadas a entregar una amplísima gama de información sobre sus actividades, por lo que esta obligación de secreto sirve para resguardar el buen funcionamiento de la industria fiscalizada y además garantizar a los



bancos e instituciones financieras que la información entregada a la SBIF en cumplimiento de sus obligaciones no será conocida por su competencia.

3) El artículo 7° de la Ley General de Bancos cumple con la naturaleza prevista por el artículo 8° de la Constitución Política y el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia para establecer válidamente una causal de reserva o secreto.

Destaca que el artículo 7° de la LGB, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, en relación a lo preceptuado en la disposición cuarta transitoria de dicha Carta Fundamental y el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia, tiene el carácter de ley de quórum calificado ficta.

En tal sentido, esgrime que el artículo 4 transitorio de la Constitución señala que: *“Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*.

Indica que por su parte, el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia dispone que: *“De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050 (de reforma constitucional), que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”*.

4) Sobre la especialidad de la legislación bancaria frente a la normativa de rango simplemente legal que establece el principio de transparencia de la información pública.

Explica que el CPLT, mediante su decisión, aplica la normativa de transparencia con preeminencia a la legislación bancaria, cuestión que es jurídicamente improcedente: primero, por cuanto se trata de normas de competencia legislativa



equivalente y, por ende, no es posible someter la aplicación de la regla del artículo 7° LGB a lo dispuesto en la del artículo 21 de la Ley de Transparencia, puesto que entre ambas normas no hay jerarquía formal ni material; y, segundo y a mayor abundamiento, por cuanto, la regla del artículo 7° de la LGB en comento constituye válidamente derecho de excepción a la declaración de publicidad consagrada en el artículo 8° de la Carta Fundamental, por expresa habilitación constitucional en el inciso segundo del mencionado precepto *ius* fundamental con relación a la disposición cuarta transitoria de la misma Carta.

Agrega que el deber de reserva o secreto que deben observar los funcionarios que sirven una función en la SBIF está reforzado por la regla del artículo 7° de la Ley General de Bancos. Evidentemente, su parte no pretende asignar una jerarquía normativa mayor al artículo 7° de la Ley General de Bancos, respecto de las normas de la Ley N° 20.285; mucho menos sostiene que la Ley General de Bancos tenga una jerarquía superior a la Constitución, cuestión que no merecería discusión. Lo que su parte argumenta es que de acuerdo al contenido normativo de los diversos preceptos que se han citado, en la especie concurre una causal de reserva de información, sin que exista una contradicción entre ninguna de las normas involucradas, sino que todas concurren en el caso en la más perfecta armonía.

Señala que en razón de lo anterior, cuando una ley de quórum calificado ha considerado que la divulgación de determinada información afecta el correcto funcionamiento del órgano público respectivo, cumpliendo de esta forma con el mandato constitucional de decretar la reserva si es que ello ocurriese, los tribunales de justicia deben dar aplicación a esa ley, puesto que es la única forma de respetar la Constitución, no siendo optativo para el juez elegir entre la normativa correspondiente aun cuando la legislación posterior prive a alguno de los involucrados de reclamar judicialmente por dicha causal.

Indica que el artículo 7° de la LGB, no establece un deber funcionario, sino que uno de carácter institucional que tiene por objetivo la cautela de buen funcionamiento del sistema bancario en general, evitando que surja información que afecte el

funcionamiento del mismo, cuestión especialmente importante cuando uno de los pilares básicos del sistema es la confianza pública de la comunidad en general respecto del sistema bancario-financiero.

Agrega que siendo ese el contenido del mencionado artículo 7°, puede verse que el deber funcionario del personal de la SBIF que complementa este deber institucional se encuentra en otra norma, a saber, el artículo 17 del DFL N° 1383 de 1975 del Ministerio de Hacienda, que fija el Estatuto del Personal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

5) La decisión recurrida omite señalar que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia se ha manifestado en el sentido en que ha razonado la SBIF al denegar la información solicitada.

Señala que en la decisión reclamada, el CPLT invoca decisiones propias anteriores para justificar la exclusión de aplicación del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia respecto de la información cuya entrega denegó en esta ocasión la SBIF, pero omite la existencia de pronunciamientos de tribunales superiores que han considerado que esa Superintendencia realiza una correcta interpretación del artículo 7° de la LGB y que, por tanto, ésta constituye una causal de reserva o secreto válida tanto para los efectos del artículo 8° inciso segundo de la Constitución como para el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia.

Cita, por ejemplo, lo resuelto por esta Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de causa Rol N° 5746-2011, en que se resolvió respecto del secreto profesional y la vinculación que genera para los abogados y para el órgano en el que desempeñan, respecto de la norma de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, análoga al artículo 7° de la LGB para los funcionarios de la SBIF.

6) De lo arbitrario que resulta la afirmación del Consejo Directivo de CPLT en orden a representar al Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras una supuesta falta de cooperación en la tramitación del amparo de autos.



Sostiene que no corresponde que el Consejo Directivo efectúe tal representación. Menciona que el CPLT no se encuentra entre los órganos del Estado a los cuales la SBIF tenga permitido compartir información; no es el ánimo ni del Superintendente ni de la SBIF el que determina si se comparte o no la información requerida por el CPLT, sino que es la legislación vigente. La SBIF, en tanto órgano de la Administración del Estado, debe sujetar su actuación a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, en virtud del principio de juridicidad de los artículos 6º y 7º constitucionales.

A mayor abundamiento, señala que expresamente al evacuar los descargos, se le expresó al CPLT la voluntad de la SBIF de “brindar toda la colaboración a dicho Consejo para la resolución del amparo”; pero, claramente, siempre dentro de los límites de lo jurídicamente posible.

Concluye que no corresponde que el CPLT represente la respuesta negativa de la SBIF a una solicitud de aquél, si la negativa no se funda en la mera voluntad del órgano requerido, sino en la interpretación que, de acuerdo al correcto saber y entender de la SBIF, corresponde darles a las normas jurídicas involucradas.

Segundo: Con fecha 17 de diciembre de 2018 el Consejo Para la Transparencia evacúa informe requerido, señalando que los antecedentes de contexto previos a la solicitud de amparo de información deducido y que motivó la decisión reclamada por la SBIF. En tal sentido se apuntó que a raíz de lo informado en la Circular N° 3.561 de 19 de noviembre de 2013, que complementa las normas sobre deudores relacionados a entidades bancarias y que comenzaría a regular las operaciones entre partes relacionadas para los bancos, es que Corpbanca fue fiscalizado por la SBIF ante eventuales infracciones al Capítulo 12-4 de la RAN (Recopilación Actualizada de Normas), a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicha institución financiera para ser invertido en SMU, lo cual llevó al solicitante a requerir los antecedentes a cuya entrega se opone la SBIF.

En cuanto al fondo:

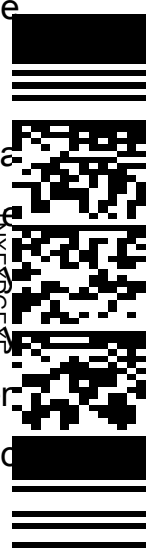


1) Alega que el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política contiene un principio de publicidad, que admite desarrollo legal. Así, estando frente a un principio constitucional, no basta sostener que el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia va más allá de lo consagrado en la norma constitucional, sino que hay que demostrar cómo la ley lo contradice materialmente.

Asevera que, sin perjuicio del argumento literal de la reclamante, resulta necesario señalar que, aunque la Constitución Política no utilice la voz “principio”, ello no quiere decir que en su regulación no se encuentre contenido un principio de publicidad, ni tampoco que implique una restricción o limitación a la libertad de configuración normativa del legislador en materia de publicidad y acceso a la información. Por el contrario, el contenido de dicha norma constitucional corresponde al de un principio constitucional. Luego, si el artículo 8° Constitucional contiene un principio de publicidad, su contenido y alcance no puede ser restrictivo, de modo que la norma legal impugnada no excede el contenido de dicha norma constitucional, sino que desarrolla tal principio, pero no lo contradice materialmente.

Por dicha razón es que, aunque la Constitución, no hable de “información”, no establezca expresamente “un principio de publicidad o transparencia”, ni un “derecho de acceso a la información”, de modo explícito y expreso, ello no quiere decir que en conformidad al actual marco constitucional no exista tal derecho ni tal principio, ni que tampoco se limite su alcance y contenido.

En el mismo sentido, cita sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha hecho referencia a principios, aunque el Constituyente o legislador no los denominó como tales, ya que es necesario acudir a ellos, por cuanto guían la interpretación y aplicación de normas al caso. Cita al efecto, la 2689-INA -considerando undécimo- Rol N° 2870-2871. Asimismo, alude a sentencias de la Corte Suprema que hacen alusión a la consagración constitucional del principio de publicidad, en tal sentido recurso de queja Rol N° 49.981-2016; Rol N° 183-2017 y; Rol N° 46.478-2016.



3) Sostiene que el derecho de acceso a la información pública es una garantía constitucional implícitamente reconocida en el N° 12 del artículo 19 de la carta fundamental y un derecho fundamental incorporado al ordenamiento jurídico, a través del bloque constitucional de derechos.

Indica que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su artículo 19 N° 2 que, *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*

En semejantes términos el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos o CADH) reconoce el acceso a la información como un derecho implícito en la libertad de pensamiento y de expresión.

Explica que mediante la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 8° de la Carta Fundamental establece expresamente 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”.*

Señala que, en atención a las normas señaladas, el Consejo discrepa de lo sostenido por la parte reclamante como argumento para sostener su impugnación, puesto que el derecho de acceso a la información se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, que reenvía el ordenamiento constitucional a su complementariedad con el artículo 13 CADH.

A continuación, cita abundante jurisprudencia de la Corte Suprema, en donde se indica que el derecho a la información es un derecho fundamental implícito, entre ellas recursos de queja Rol N° 6785-2013, N° 2423-2012 y; N° 2582-2015.

4) Afirma que la información solicitada es pública de conformidad a lo dispuesto en los artículos 5° inciso 2°, artículo 10, artículo 11 letra c) de la Ley de Transparencia y artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental, obrando en poder de la SBIF en cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras -artículos que fueron declarados inaplicables por el T.C.

En tal línea, sostiene que el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia establece que: *“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”*.

Agrega que esto se encuentra reforzado por la “presunción de publicidad” contenida en el artículo 11 letra c) de la misma ley, que establece: *“(…) toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”*. En consecuencia, el sólo hecho de que un documento obre en poder de la Administración Pública hace que, en principio, tenga carácter público, sin importar su origen o su formato o el soporte en que se contenga, tal como señala el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia.

Sostiene que ambas normas fijan, entonces, el punto de partida: si la información obra en poder de un organismo de la Administración Pública es, en principio, pública para desvirtuar ello debe acreditarse que concurre una causal de secreto o reserva establecida en una Ley de quórum calificado, como exige el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución. En consecuencia, la carga de la prueba del secreto le corresponde a quien lo invoca.

Señala que, teniendo presente la normativa citada, el Consejo advirtió que la información solicitada por el Sr. Cárcamo Silva, fue recabada y sistematizada por el órgano requerido, en cumplimiento de sus funciones públicas fiscalizadoras, existiendo además un interés público comprometido en su conocimiento. Por tanto, atendido lo



dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política y 5°, 10 y 11, letra c) de la Ley de Transparencia, estos antecedentes detentan carácter eminentemente público.

Indica que, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que la información solicitada no es secreta, por cuanto se refiere a un expediente de fiscalización de una institución financiera, que obra en poder de la SBIF generado en el cumplimiento de sus funciones legales, tal como se indicó en el considerando 9) de la decisión reclamada.

Refiere que por lo tanto, en atención a que la materia sobre la que versa la solicitud de acceso se refiere a información de tipo general que no queda comprendida dentro del artículo 7° de la Ley General de Bancos, por cuanto, no dice relación con informes o antecedentes elaborados por la SBIF que tengan la virtud de afectar el interés general, sino que con información que es levantada por existir normas legales que confieren facultades de fiscalización y revisión de las operaciones bancarias con partes relacionadas, por lo que corresponde que se haga entrega de ella al Sr. Cárcamo Silva, ya que con ello no sufre detrimento o daño alguno, ya sea las facultades fiscalizadoras del órgano, o el buen funcionamiento de la industria bancaria, ni el orden público económico bancario.

5) Alega que el artículo 8° de la Constitución Política establece que la publicidad solo puede limitarse a través de una ley de quórum calificado fundado en la “afectación de uno cualquiera de los siguientes 4 bienes jurídicos: el debido cumplimiento de las funciones del órgano; los derechos de las personas; la seguridad de la nación; o el interés nacional.

Indica que, a pesar de los fundamentos de la SBIF, el Consejo estima que para el caso que nos convoca no existe una norma de quórum calificado que establezca el secreto o reserva de la información que se le ha ordenado entregar, por cuanto el artículo 7° de la Ley General de Bancos es una “ley simple” que en ninguna de sus partes establece el secreto o reserva de “determinados actos o documentos” como lo exige el artículo 1° Transitorio de la Ley de Transparencia.



Agrega que la citada norma de la Ley General de Bancos de una “prohibición funcionaria” y no de un caso de secreto o reserva de determinada información pública, tal como se sostuvo en el considerando 5) de la decisión reclamada.

6) Sostiene que el artículo primero transitorio de la Ley de Transparencia entiende que cumplen con la exigencia de quorum calificado las normas dictadas con anterioridad a la ley N° 20.050, siempre que establezcan el secreto o reserva de “determinados actos o documentos” por las causales del artículo 8° de la Constitución.

Reitera que el artículo 7° de la Ley General de Bancos no cumple con los requisitos del artículo primero transitorio de la Ley de Transparencia, constituyendo una “ley simple”.

Sostiene que lo primero que debe considerarse es que la norma invocada por la SBIF -artículo 7° de la LGB- es anterior al año 2005, fecha en que se dictó la Ley N° 20.050 que modificó el artículo 8° de la Constitución Política, habiéndose dictado en un contexto constitucional y legal diferente.

Al efecto señala que, el Consejo no desconoce la vigencia de la norma legal en cuanto tal, sino que sostiene que no cumple con los requisitos de determinación y especificidad necesarios que exige la Ley de Transparencia, ni tampoco ha sido dictada teniendo en vista las causales o motivos de secreto establecidos en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, razón por la que el Consejo no está agregando requisitos no previstos por el legislador por vía interpretativa para excluir su aplicación al caso concreto.

Indica que por ende, para reconocer y aceptar la interpretación de la SBIF respecto del alcance de la norma del artículo 7° de la Ley General de Bancos, ésta debería cumplir con la exigencia de “determinación” de actos o documentos secretos o reservados, por alguno de los motivos establecidos en el artículo 8° de la Carta Fundamental, acreditando que la revelación de la información que se dispuso entregar pudiere afectar de manera presente, probable y específicamente, o con una alta probabilidad, alguno de los 4 bienes jurídicos que cautela el constituyente, lo que no



ocurre el caso específico, pues la norma en ninguna parte determina el secreto o reserva para expedientes de fiscalización.

A su vez, explica que los destinatarios o sujetos pasivos de la “prohibición” son todos los profesionales y funcionarios que trabajan en la SBIF, quienes conforme a la norma no pueden de muto proprio revelar o dar a conocer información o antecedentes a los cuales acceden con motivo del ejercicio de sus cargos, estableciéndose que, si desatienden el “deber funcionario” que allí se les impone, podrían incurrir en responsabilidad penal.

Agrega que dicho criterio ha sido confirmado por esta Corte, en los autos Rol N° 14.642-2017, como también en el Rol N° 121-2018 sobre reclamo de ilegalidad.

7) Afirma que la Excma. Corte Suprema por sentencias dictadas recientemente en los autos sobre recurso de queja roles N° 14.642-2017 y N° 46.478-2016; además de los roles N° 6663-2012 y N° 10.474-2013, desestimó que la norma del artículo 7° de la Ley General de Bancos sea de quorum calificado, reconociéndole rango de ley simple que contempla un deber funcionario de reserva que no alcanza a la institución obligada por la Ley de Transparencia.

8) Sostiene que la SBIF no acreditó cómo la revelación de la información requerida podría afectar el funcionamiento del sistema bancario ni el interés nacional, bien jurídico protegido que en definitiva sustenta el reclamo de ilegalidad deducido, tal como lo exigió la Excma. Corte Suprema al dictar sentencia en los autos Roles N° 46.478-2016; N° 6663-2012 y N° 10.474-2013.

Alega que en subsidio de las alegaciones anteriores, para el hipotético caso que esta Corte considere que el artículo 7° de la Ley General de Bancos constituye una norma de quórum calificado ficto, y no una ley simple que establece un deber funcionario de confidencialidad, igualmente es posible concluir que no concurre en la especie la causal de reserva alegada, pues teniendo presente que el artículo 8° de la Constitución también exige que para que ceda la publicidad y el acceso a la información pública frente al secreto o reserva deba “afectarse” algunos de los bienes jurídicos



protegidos que ella menciona, es posible concluir que no basta con que exista un caso de secreto o reserva dispuesto por una Ley de Quórum Calificado, o que se invoque alguna de las causales de secreto o reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia, sino que, además de adecuarse a algunas de las hipótesis del artículo 8° de la Constitución, debe acreditarse una real y efectiva afectación de los bienes jurídicos que se protegen, tal como expresamente lo señaló esta Corte en sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, dictada en los autos Rol N° 2314-2011.

Indica que en el caso concreto del presente reclamo de ilegalidad la única causal de secreto o reserva que la SBIF invocó explícitamente para denegar el acceso a la información que se le solicitó fue la contenida en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, al considerar que el artículo 7° de la Ley General de Bancos cumpliría con la exigencia del artículo 1° Transitorio de la Ley de Transparencia, estableciendo el secreto o reserva de la información cuya entrega se ha controvertido en estos autos. A pesar de haberse invocado por la SBIF la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, no acreditó de qué manera el interés general, y el funcionamiento del sistema bancario, se vería afectado con la entrega de la información requerida por el Sr. Cárcamo Silva, para así encontrarse en la hipótesis que contempla el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política.

Agrega que aún para el caso que esta Corte llegase a considerar que el artículo 7° de la Ley General de Bancos es una ley de quórum calificado ficto, ello no basta para reservar la información requerida, ya que tanto la Ley de Transparencia, como la Carta Fundamental, en sus respectivas normas, han dispuesto considerar el criterio de temporalidad respecto a las normas anteriores a la reforma constitucional del año 2005. Por ello es que el artículo 1° Transitorio de la Ley de Transparencia, exige que la reserva que puedan establecer estas leyes de quórum calificado ficto se encuentre establecida respecto de determinados y actos y documentos y por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política. En consecuencia, es inevitable efectuar el examen de “reconducción material”, y verificar en el caso concreto cuál es la afectación al funcionamiento bancario en general (interés nacional) y de qué manera se

produce al divulgarse antecedentes sobre un expediente de fiscalización, previo tarjado de datos personales de contexto, de carácter eminentemente público.

9) Alega que la jurisprudencia invocada por la reclamante de ilegalidad, no es aplicable al caso en estudio, en atención al tipo de información requerida, que no detenta la potencialidad de afectar en forma cierta, probable y específica el interés nacional.

Señala que en relación a la alegación formulada por la parte recurrente en su reclamo y la cita que efectúa a la sentencia pronunciada por esta Corte de Apelaciones y la Excma. Corte Suprema en el Reclamo de Ilegalidad Rol N° 1344-2012 (C1266-11) y Recurso de Queja Rol N° 13.182-2013 (C306-13), respectivamente, lo cierto es que las conclusiones arribadas en ambas sentencias no cabe traerlas a colación por analogía al caso de marras, ya que en aquellas oportunidades lo solicitado consistió en información de carácter general y estadístico sobre las fiscalizaciones efectuadas a un gran número de bancos y otras instituciones financieras, en un período determinado y desglosado en términos específicos, identificando los conglomerados financieros que existían en el país, es decir información muy distinta a la requerida en la solicitud que motivó el amparo Rol C1844-18.

10) Afirma que, en el caso de marras, existe un interés público comprometido en el acceso a la información solicitada, propiciando el control social respecto del ejercicio de sus funciones públicas.

Hace presente que la publicidad del expediente requerido permite transparentar el correcto cumplimiento de las facultades fiscalizadoras de la SBIF, y el funcionamiento correcto del sistema bancario, en lo referido a las operaciones de los bancos con partes relacionadas, lo que demuestra que existe un claro interés público en el conocimiento de dicha información.

Indica que, por otra parte, también se debe tener presente que se trata de información que fue ampliamente difundida por la prensa nacional, y aun disponible en Internet, con lo cual se tornan aún más inficidas las alegaciones de la SBIF en torno



a la eventual reserva del expediente objeto de la presente controversia, y, por el contrario, sólo se refuerza la total publicidad del expediente de fiscalización solicitado.

11) Sostiene que se dispuso representar al Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, debido a su falta de colaboración con la medida para mejor resolver decretada por este consejo.

Explica que de acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes y a lo razonado en la Decisión reclamada, el Consejo resolvió acertadamente al acoger el amparo interpuesto, ajustándose a derecho al disponer la entrega del expediente de fiscalización que la SBIF practicó a Corpbanca, a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicho banco para ser invertidos en SMU, en el año 2010 y 2013. Sin perjuicio de lo anterior, la resolución debió ser adoptada por el Consejo, sin tener a la vista el expediente solicitado el Sr. Cárcamo Silva, pues no obstante que éste fue requerido a la SBIF mediante una medida para mejor resolver, la SBIF evacuó respuesta a dicho requerimiento, mediante Oficio N° 1.035, de 14 de septiembre de 2016, negándose a proporcionar el expediente solicitado, señalando que *“esta Superintendencia no puede hacer entrega de los antecedentes solicitados, toda vez que dicha acción podría generar responsabilidades penales a quienes la divulguen.”*

Expone que la representación efectuada al Superintendente, plasmada en el numeral III de lo resolutivo de la Decisión Rol C1844-18, deviene entonces, de su falta de colaboración para con el Consejo al haberse negado a proporcionar la información solicitada como gestión útil, teniendo presente, que la antedicha colaboración fue solicitada haciendo expresa mención al artículo 26 de la Ley de Transparencia, disposición en virtud de la cual se establece que mientras no se adopte una decisión definitiva se mantendrá el debido resguardo de la información que al efecto se suministre, motivo por el cual este Consejo estimó injustificada la denegación de colaboración, constituyéndose dicha falta de colaboración en una infracción a los artículos 11 letras f), h), y j), 33 letra k), y 34 de la Ley de Transparencia, como asimismo a los artículos 6° y 8° de la Constitución Política, que establecen el principio

de publicidad y la obligación de los órganos del Estado de someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, por cuanto, la información se requirió con el único fin de analizar la procedencia o no de aplicar alguna causal de reserva a su respecto.

12) Finalmente alega que no procede la condena en costas al Consejo para la Transparencia en la resolución de los reclamos de ilegalidad.

En efecto, sostiene que el Consejo para la Transparencia es el órgano imparcial y autónomo encargado de resolver un contencioso-administrativo de conformidad a las facultades que le ha conferido el artículo 33 letra b) de la Ley de Transparencia, tal como lo ha reconocido la Excma. Corte Suprema en sentencia dictada en los autos Rol N° 4000-2011, y esta Corte de Apelaciones de Santiago en fallo dictado en los autos Rol N° 7938-2010. Agrega que, en ese orden de ideas, no son la “contraparte” de la SBIF, como al parecer erradamente lo considera la reclamante de ilegalidad, sino que el órgano obligado a pronunciarse sobre una controversia jurídica suscitada entre un solicitante de información, un órgano del Estado, y eventualmente, un tercero interesado.

Tercero: A requerimiento de esta Corte informó Itaú Corpbanca, en calidad de tercero interesado, en términos similares a los expuestos en el reclamo de ilegalidad, solicitando que la decisión de amparo del Consejo para la Transparencia, que ordena la entrega de la información solicitada por el requirente, sea dejada sin efecto.

Sostiene que la Decisión de Amparo no se ajusta al ordenamiento jurídico porque la información requerida no puede ser entregada en virtud de la Ley de Transparencia debido a que no es pública. Por eso, resulta improcedente analizar o exigir concurrencia de alguna de las causales del artículo 21 de la referida ley, porque estas solo son exigibles cuando la información es pública, y no privada, como ocurre en la especie.

En subsidio, para el caso que esta Corte estime que la información requerida es pública, alega que esta se encuentra sujeta a las causales de secreto o reserva

establecidas en el artículo 21 N° 2 -afectación de los derechos económicos y comerciales del Banco-, N° 4 -afectación del interés nacional al impactar los intereses económicos del país- y N° 5 -existen leyes de quórum calificado que declaran la información como reservada-, todas de la Ley de Transparencia.

Por otra parte, alega que la Decisión de Amparo incurre en ultra petita, otorgando más de lo solicitado por el requirente, al ordenar la entrega del expediente de lo fiscalizado durante todo el año 2013, en circunstancias de que el requirente solamente solicitó el expediente a partir del mes de junio de ese año, no teniendo el Consejo facultades para actuar de oficio.

Cuarto: Que, establecido el marco constitucional y legal aplicable en la especie, se hace necesario precisar lo esencial de los cuestionamientos planteados por la reclamante de autos y el tercero interesado, que conforme a lo ya explicitado en los motivos precedentes, se circunscribió a censurar la Decisión de Amparo Rol C 1844-2018, adoptada por el Consejo para la Transparencia con fecha 23 de octubre de 2018, que acogió el amparo de acceso a la información pública deducido por don Héctor Cárcamo Silva y ordenó: *“Entregar al reclamante copia del expediente o documentación de la fiscalización que realizó la SBIF a Corpbanca a propósito del fondo de inversión Sinergia, que recibió créditos de dicha institución financiera para ser invertido en SMU, tanto en el año 2010 como lo fiscalizado también en el año 2013, debiendo tarjar, previamente, aquellos datos personales de contexto que pudieran estar incorporados en la documentación que se entregue, como por ejemplo, número de cédula de identidad, domicilio particular, correo electrónico, estado civil, entre otros.”*

En cuanto a los fundamentos de derechos, el Consejo para la Transparencia arguyó que conforme al artículo 5 inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley de Transparencia, la información elaborada con presupuesto público o que obra en poder de un órgano de la administración, sería por esa sola circunstancia información pública.

Quinto: A su respecto cabe precisar, que las principales argumentaciones esgrimidas por el recurrente dicen relación con que la información ordenada entregar por el Consejo para la Transparencia no tiene el carácter de pública, conforme lo

previene el artículo 8° de la Constitución Política de la República, dado que todos aquellos antecedentes o información que obren en poder de los órganos del Estado que no estén contenidos en actos administrativos (actos y resoluciones) ni formen parte de sus fundamentos o de los procedimientos para su dictación, quedan fuera de la esfera que debe ser público, conforme lo contempla la Ley de Transparencia, aunado al desconocimiento de una causal de secreto o reserva dispuesta por la ley -artículo 21 N° 5 del referido cuerpo legal en relación con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Bancos, que consideran una Ley de Quorum Calificado y los artículos 246 y 247 del Código Penal-.

A las alegaciones que anteceden, el tercero interesado refirió que en subsidio que esta Corte estime que la información requerida es pública, se encuentra sujeto a las causales de secreto o reserva establecidas en el artículo 21 N° 2 -afectación de los derechos económicos y comerciales del Banco-, N° 4 -afectación del interés nacional al impactar los intereses económicos del país- y N° 5 -existen leyes de quórum calificado que declaran la información como reservada- todas de la Ley de Transparencia.

Sexto: Por otro lado, el Consejo advirtió que la información solicitada por el señor Cárcamo Silva fue recabada y sistematizada por el órgano requerido, en cumplimiento de sus funciones públicas fiscalizadoras, existiendo además un interés público comprometido en su conocimiento, por cuanto, atendido lo dispuesto en el artículo 8 inciso segundo de la Constitución Política de la República y artículos 5, 10 y 11 letra c) de la Ley de Transparencia, estos antecedentes detentan carácter eminentemente público, por cuanto la publicidad del expediente requerido permite transparentar el correcto cumplimiento de las facultades fiscalizadoras de la SBIF y funcionamiento de sistema bancario, en lo referido a las operaciones de los bancos con partes relacionadas. En relación a este acápite añade que, se trata de información que fue ampliamente difundida por la prensa nacional y aún disponible en internet, con lo que aún se tornan más infundadas las alegaciones de la SBIF, en torno a la eventual reserva del expediente objeto de la presente controversia.

Puntualizan, que el artículo 7 de la Ley General de Bancos no es una Ley de Quórum Calificado que establezca el secreto o la reserva de la información que se ha

ordenado entregar -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia, en relación con lo previsto en el artículo 8 de la Constitución Política de la República- sino una ley simple, constituyendo a su respecto sólo una “prohibición funcionaria”, no habiéndose por lo demás acreditado que la revelación de información que se dispuso entregar pudiere afectar de manera presente, probable y específicamente, alguno de los cuatro bienes jurídicos que cautela el constituyente, en especial el interés general y el funcionamiento del sistema bancario.

Sexto: Que, en primer término, corresponde delimitar que el caso sometido a nuestra decisión sólo implicará un pronunciamiento respecto del reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia en cuanto a la naturaleza de la información solicitada -si es o no pública-, fundamento jurídico que sustentó el requerimiento efectuado por el recurrido y en el evento que la respuesta fuere positiva, si cabe asilarse en la causal establecida en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia.

Séptimo: Que, el sustrato jurídico que presupone el presente reclamo de ilegalidad, considera en primer lugar, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, donde se expresa que: *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de publicidad en todas sus actuaciones.”*

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 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 consagración de la garantía constitucional determinó la promulgación, con fecha 20 de agosto de 2008, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, la que en su artículo 32° dispone que: *“El consejo tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.”* Por su parte, el artículo 3°



preceptúa 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.”* Asimismo, el artículo 4° dispone que: *“Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública. Se agrega en el inciso segundo de ese artículo 4° 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.”*

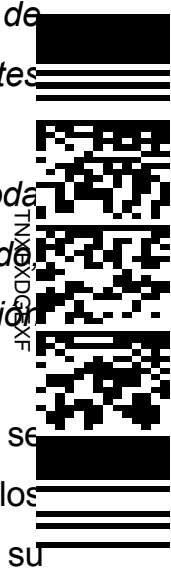
Por su parte, el artículo 2° inciso primero, del referido cuerpo normativo indica que *“Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.*

Además, el artículo 10° inciso primero precisa que: *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley”.*

Por su parte, el artículo 11° refiere que *“El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:*

- a) *Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.”*

En consecuencia, de acuerdo a la Ley de Transparencia, la función pública se ejerce con transparencia, de modo que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en el ejercicio de ella y por su



parte, las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado deberán dar estricto cumplimiento al principio de la transparencia de la función pública.

Octavo: Que, por otro lado, el artículo 21 de la Ley de Transparencia indica, en lo pertinente al conocimiento del presente arbitrio, que "*Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes*": 5. "*Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política*".

Noveno: Que la parte reclamante entiende respecto de la decisión en análisis, que se vulnera el artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285, en relación con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Bancos, el que prevé: "*Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal*".

Por su parte, el artículo 246 del Código Penal dispone que: "*El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.*

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, la penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta unidades tributarias mensuales.

Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados".

Asimismo, el artículo 247 del cuerpo normativo que precede establece que: *“El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”.

Finalmente, cita lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley General de Bancos, a saber: *“No obstante lo dispuesto en el artículo 7º y sin perjuicio de las normas sobre secreto bancario contenidas en el artículo 154, la Superintendencia deberá proporcionar informaciones sobre las entidades fiscalizadas al Ministro de Hacienda y al Banco Central de Chile. La Superintendencia dará también a conocer al público, a lo menos tres veces al año, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones fiscalizadas y su clasificación y evaluación conforme a su grado de recuperabilidad, debiendo la información comprender la de todas las entidades referidas. Podrá, también, mediante instrucciones de carácter general, imponer a dichas empresas la obligación de entregar al público informaciones permanentes u ocasionales sobre las mismas materias.*

Por su parte, el artículo 54 de la Ley General de Bancos dispone que: *“Se prohíbe a los bancos anunciar en forma alguna su capital autorizado o suscrito sin indicar, al mismo tiempo, el monto de su capital pagado. Se prohíbe, asimismo, a las sucursales de los bancos extranjeros anunciar en forma alguna la cuantía del capital y reservas de la institución bancaria matriz sin indicar, al mismo tiempo, la cuantía de capital y reservas asignados a la sucursal que funcione en Chile”.*

Por último, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 17 del DFL N° 1383 de 1975 del Ministerio de Hacienda, que fija el Estatuto del Personal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el que prescribe que: *“Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la*



Superintendencia revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición incurrirá en la pena señalada en los artículos N°s. 246 y 247 del Código Penal. Esta prohibición no obstará a las informaciones que sobre los entes fiscalizados debe proporcionar el Superintendente dentro del ejercicio de sus funciones al Ministro de Hacienda, al Consejo Monetario o al Comité Ejecutivo del Banco Central”.

El recurrente para estos efectos sostiene que la Ley General de Bancos constituye una Ley de Quorum Calificado, concurriendo a su respecto una causal de reserva de información, aunado a que su divulgación afectaría el correcto funcionamiento del órgano público respectivo. Precisa que dicha norma, no establece un deber funcionarios, sino que uno de carácter institucional que tiene por objetivo la cautela del correcto funcionamiento del sistema bancario en general, sustentado en el principio de la confianza pública de la comunidad en general.

Asimismo, sostiene que de acuerdo a la normativa que precede, el Consejo para la Transparencia no se encuentra entre los órganos del Estado a los cuales la SBIF tenga permitido compartir la información, sujetándose de esta forma el actor, a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Décimo: En relación a las alegaciones que preceden, la recurrida en su oportunidad resolvió que: *“ha desestimado la aplicación del inciso 1° del artículo 7° de la LGB como causal de reserva, en relación con lo dispuesto en el artículo 21 N° 5 de la Ley Transparencia, pues ha razonado que dicha norma (...) ‘no puede conducir a una interpretación que suponga que todos los informes elaborados por los funcionarios de la SBIF o que los hechos, negocios o situaciones de que hubieren tomado conocimiento en el desempeño de su cargo sean secretos o reservados (...), ya que ello invertiría por vía interpretativa, la regla constitucional que exige al legislador establecer positivamente los casos de reserva y fundarlos en alguna de las causales del inciso 2° del artículo 8°’ (...). Además, se estableció que dicha norma no constituye*

en sí misma un caso de reserva, pues no otorga a los datos el carácter de secretos o reservados sino que simplemente explicita un deber funcionario aplicable a las personas que, a cualquier título, presten servicios en la SBIF”.

Undécimo: Que, por otro lado, corresponde indicar que con fecha 9 de marzo de 2020, Itaú Corpbanca presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo, 10 inciso segundo, 11 letras b) y c) todos de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el proceso Rol N° 503-2018, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante esta Corte.

En efecto, las normas antes citadas corresponden a:

- El artículo 5 inciso 2° de la Ley N° 20.285 dispone 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. 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; (…)”*
- El artículo 10 de la Ley N° 20.285 establece que: *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en los 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.”*
- El artículo 11 prevé que: *“El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:*



(...) b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado. c) Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Indica el Tribunal Constitucional en el considerando sexto que: “En primer lugar, como primer asunto previo e importante a efectos de analizar la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición impugnada en autos, este Tribunal quiere enfatizar que la decisión que se adopte al respecto no importa cuestionar o discutir – en caso alguno - la facultad fiscalizadora que conforme a la respectiva legislación sectorial compete a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ni tampoco cuestionar que dicho servicio deba contar con los antecedentes que le han sido solicitados. No debe perderse de vista que a luz de lo dispuesto por la Ley General de Bancos, las instituciones sujetas a la supervisión o control de la Superintendencia del ramo están obligadas a entregar una amplísima gama de información sobre sus actividades. Así, en dicha ley existen obligaciones específicas de entrega de información por parte de los bancos y las instituciones financieras a la Superintendencia respectiva, debiendo destacarse una norma -el artículo 12, inciso 3°- que resulta fundamental en cuanto a la información que están obligadas a entregar a requerimiento del Superintendente, estando prevista en términos muy amplios. Así, el precepto establece que podrá “examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia de dichas instituciones y requerir, de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer” (artículo 12 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda). Sin

embargo, la cuestión relevante a efectos del presente proceso constitucional 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;

SÉPTIMO: En segundo lugar, cabe referirse a un argumento que, en este caso, ha esgrimido el Consejo para la Transparencia, para efectos de que el requerimiento de autos sea desestimado, a fojas 158. Sostiene, en síntesis, que la aplicación de los preceptos reprochados, no contravendría el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, toda vez que la información solicitada habría servido de fundamento para la adopción de decisiones públicas por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y habría formado parte del procedimiento seguido por dicha superintendencia para el ejercicio de sus funciones públicas, de conformidad a la normativa que regula la actividad bancaria nacional.

OCTAVO: Dicha alegación ha de ser descartada por esta Magistratura, al menos por dos razones. En primer lugar, toda vez que los conceptos a que alude el Consejo para la Transparencia al fundar esta alegación (“decisiones públicas”, “acto administrativo”, “procedimiento”), no se vinculan con el inciso 2° del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sino que con el inciso primero de dicho precepto y del inciso primero del artículo 10°, que refieren a 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”. De modo que en realidad, las alegaciones referidas engarzan con dichos preceptos que no han sido impugnados en autos, y que por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Magistratura. En segundo lugar, y lógicamente vinculado con lo anterior, salta a la vista el hecho de que lo ahora alegado por el Consejo para la Transparencia choca de modo ostensible con lo que ha sido su actuar en la decisión de amparo, pues, como se ha visto, acudió expresamente a la norma de inciso 2° del artículo 5° - así consta a fojas 21 vuelta - para fundar la entrega

de la información, siendo que en aquella disposición no hay alusión a los conceptos que ahora invoca y que pertenecen al ámbito de aplicación de otros preceptos de la Ley N° 20.285, que no ha sido impugnado, formando entonces parte del conjunto de disposiciones que el Tribunal del fondo podría considerar al resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente de autos.

□NOVENO: En mérito de lo anterior, este Tribunal no pierde de vista que entrar a ponderar la alegación descrita del Consejo para la Transparencia implicaría, por una parte, pronunciarse oblicuamente sobre la aplicación de los artículos 5°, inciso primero y 10, inciso primero, ambos de la Ley de Transparencia, a la par de emitir un pronunciamiento que podría inmiscuirse en el que colocado dentro del ámbito de atribuciones del Tribunal del fondo, toda vez que dicha disposición no ha sido impugnada en autos y es parte del derecho que tiene el juzgador a su disposición para resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente.

DÉCIMO: En razón de las anteriores argumentaciones, la alegación descrita del Consejo para la Transparencia será desestimada, correspondiendo, entonces, a este Tribunal, analizar la inaplicabilidad de las normas impugnadas, entre ellas, los artículos 5°, inciso 2°, y 10, inciso 2°, ambos de la Ley N° 20.285, sin perder de vista que aquellos han sido expresamente invocados en la decisión del Consejo para entregar la información solicitada, como se ha asentado en el considerando tercero”.

En cuanto al pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional, en relación a la inaplicabilidad de las normas antes citadas, indica en el considerando “DÉCIMO PRIMERO: El requerimiento deducido será acogido, en cuanto la aplicación de los preceptos impugnados entraña una contravención a la disposición constitucional contenida en el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, según se desarrollará a continuación.

Posteriormente, razona en la motivación: “DÉCIMO SEGUNDO: Según se ha señalado en las consideraciones precedentes, el problema central planteado por el requirente dice relación precisa con que la aplicación de la norma impugnada



contraviene el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución. Por consiguiente, resulta relevante referirse al alcance de aquella disposición constitucional, cuyo tenor es el siguiente: “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”; DÉCIMO TERCERO: En relación al alcance de la precitada disposición constitucional, cabe consignar que ésta Magistratura ya se ha pronunciado a su respecto - en varias ocasiones - frente a requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, inciso 2° y 10, inciso 2°, de la Ley de Transparencia. Entre otros pronunciamientos, pueden mencionarse las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2558/2013, 2907/2015 y 3111/2016. Respecto del grupo de sentencias indicado, cabe hacer hincapié especialmente las STC Roles N° 2558 y N° 4669. Lo anterior, pues en la primera se determinó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5°, inciso segundo de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, específicamente, sobre la base de un requerimiento de inaplicabilidad deducido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. La segunda, igualmente, acogió un requerimiento deducido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, también relativo al artículo 5°, inciso 2°, de la Ley N° 20.285.”

Posteriormente, señala en el considerando “DÉCIMO QUINTO: En primer lugar, cabe consignar que según se aprecia del tenor del artículo 8°, inciso 2°, constitucional, y tal como lo ha entendido ya ésta 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° 2558, c. 10°; STC Rol N° 3111, c. 21°). 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)”.



DÉCIMO SEXTO: Igualmente, resulta pertinente considerar, tal como se hiciera entre otras, en las STC Roles N° 2907 (C. 24°), 2558 (C. 9°) y 3111 (C. 21°), la evolución que ha tenido el acceso a la información sobre informes y antecedentes que las empresas privadas deben proporcionar a las entidades encargadas de su fiscalización (...).

Por una parte, el artículo 8°. En ella se agrega como principio que rige a los órganos del Estado, junto al de probidad, el de transparencia. Agregando que éste incluye “los principios de publicidad y de acceso a la información pública”. Por la otra, se modifica el artículo 19, N° 12°, estableciendo un nuevo derecho subjetivo, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado”. Dicha reforma – como se sostuvo entre otras en la STC Rol N° 2558 (C. 13°) - es una reacción a fallos de esta Magistratura, en triple sentido. En primer lugar, que el artículo 8° no establece el principio de transparencia (STC Rol N° 1990/2012). En segundo lugar, que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007). En tercer lugar, que la Constitución no habla de información (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013).

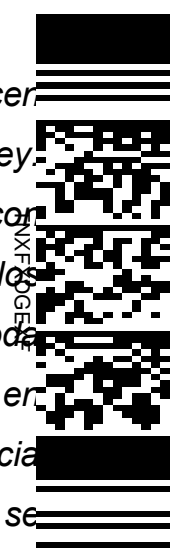
DÉCIMO OCTAVO: En relación a lo anterior, es trascendental considerar que el hecho de que el constituyente haya optado por el camino de la reforma constitucional, y no de la ley interpretativa de la Constitución, demuestra que se ha querido innovar en la materia, coincidiendo con la interpretación que el Tribunal hizo en el ámbito del acceso a la información, independientemente de que se comparta o no. Si se ha querido innovar en la materia, ha destacado este Tribunal, “lo que busca incorporar no existe actualmente en el texto” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 29°; STC Rol N° 2558, c. 15°; STC Rol 3111, c. 26°). Lo importante y que resulta preciso destacar, es el efecto innovativo - que la pretendida reforma constitucional persigue en torno al alcance de la información solicitable. Como ha destacado esta Magistratura, “la eventual reforma constitucional incorporaría una ampliación a lo que se debe entregar como producto del

acceso a la información, pues agrega, a los actos y resoluciones, la información que pueda estar en manos de la Administración” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 29°; STC Rol N° 2558, c. 15°; STC Rol 3111, c. 26°)”.

“VIGÉSIMO: Luego de habernos referido al contexto fáctico en el que se plantea la impugnación y al alcance del artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, este Tribunal estima que el requerimiento ha de ser acogido, por cuanto los preceptos reprochados exceden o contravienen lo que dispone el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución.

VIGÉSIMO PRIMERO: En efecto, y tal como ya se apuntara previamente en la presente sentencia, en relación a lo que se ha sostenido en varios pronunciamientos de esta Magistratura -entre otras las STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013- la Ley de Transparencia introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012), no la usa la Constitución. Aquello contrasta -nítidamente- con lo preceptuado por la Ley N° 20.285, por la que se aprueba la Ley de Transparencia, cuya tendencia es utilizar la expresión “información” en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10, inciso primero). Así por lo demás, ha sido reiterado en sentencias pertinentes a efectos de autos (STC Rol N° 2558, c. 18; STC Rol N° 4669, c. 21).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Por su parte, los preceptos impugnados, que pertenecen a la Ley N° 20.285, constituyen un reflejo de esta tendencia plasmada en dicha Ley. Así, el artículo 5°, inciso 2°, obliga a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”. Por su parte, el artículo 10, inciso 2°, alude “toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga”. En el caso de los literales impugnados del artículo 11, se aprecia igual tendencia. En su letra b), refiriéndose al principio de la libertad de información, se establece el derecho de acceder a “la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado”. Igualmente, el literal c), referido al principio de apertura o



transparencia, refiere nuevamente a “toda información en poder de los órganos de la Administración del Estado”.

VIGÉSIMO TERCERO: De lo antes señalado anteriormente fluye nítidamente que las normas impugnadas amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, 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” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 2558, c. 18°; STC Rol N° 4669, c. 23°).

VIGÉSIMO CUARTO: En contraste a lo que fluye de las normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 2558, c. 19°; STC Rol N° 3111, C. 32°; STC Rol N° 4669, c. 24°).

VIGÉSIMO QUINTO: Tal como se ha considerado en ocasiones anteriores la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880” (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes)”



(Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 2558, c. 20°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 4669, c. 25°).

VIGÉSIMO SEXTO: Además (...) si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la 15 Constitución comienza señalando: “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol N° 2558, c. 21°; STC Rol 4669, c. 26°).

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En mérito de las anteriores consideraciones, es que este Tribunal estima que la aplicación de los preceptos reprochados, todos de la Ley de Transparencia, no resulta coherente con la regulación dispuesta en el artículo 8° de la Constitución. Como se ha dicho, y ahora se reiterará, en parte alguna de dicha disposición “se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta de la prevista en el ordenamiento legal, debiendo realizar operaciones distintas tales como procesar, sistematizar, construir o elaborar un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley de Transparencia). Pero la obligación de la Administración se limita a publicar dichos actos o resoluciones o a “proporcionar” o “entregar” lo requerido (artículo 16, Ley de Transparencia)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol N° 3111, c. 34°; STC Rol N° 4669, c. 27°).

VIGÉSIMO OCTAVO: En abono de todo lo anterior, cobra relevancia la reforma constitucional (Boletín 8805-07) a la que se ha aludido en los considerandos décimo séptimo a décimo noveno de la presente sentencia, y que según se ha visto, incorpora la expresión “información” en la Constitución a propósito del nuevo principio de transparencia y del derecho a buscar, requerir y recibir información pública. Como lo ha entendido esta Magistratura, dicha reforma “reconoce que en este momento el texto no

TNXXDGEH



establece esta variable” (STC Roles N° 2907, c. 39°; STC Rol N° 2558, c. 23°; STC Rol N° 3111, c. 35°; STC Rol N° 4669, c. 28°).

VIGÉSIMO NOVENO: Igualmente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos impugnados encuentra asidero en la historia fidedigna del artículo 8°. Como se apuntó en el considerando noveno de este fallo, consta en aquella que expresamente se rechazó la posibilidad de que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueron entregados a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en el artículo 8°.

Cabe recordar, según se ha visto, que antes del artículo 8°, esa posibilidad la permitía el artículo 13 de la Ley N° 19.653. También, las mociones originales que dieron origen a la reforma constitucional del año 2005, contemplaban la publicidad no sólo de las actuaciones de los órganos del Estado, sino también “de los documentos que obren en su poder”. Pero eso no avanzó en su tramitación. De lo anterior se infiere que la información que empresas privadas entreguen al Estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esa posibilidad expresamente fue descartada en la Reforma Constitucional de 2005, en contraste con la situación previa al 2005, donde eso era posible. Así, por lo demás, ha sido entendido los pronunciamientos que resulta más pertinentes a efectos del caso de autos (STC Rol N° 2558, c. 25 y STC Rol N° 4669, c. 29°) y en otros casos más recientes, vinculados igualmente a la entrega de informes y antecedentes de empresas que entregan a órganos públicos encargados de su fiscalización (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 24°; STC Rol N° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 12°).

TRIGÉSIMO: En contraste, el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o

TNXP000000000000



“información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Además, es menester considerar que si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos”.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En abono de todo lo anterior va la reforma constitucional (Boletín 8805-07), a la que hemos hecho alusión, que incorpora la expresión información en la Constitución a propósito del nuevo principio de transparencia y del derecho a buscar, requerir y recibir información pública. Dicha reforma reconoce que en este momento el texto no establece esta variable”.

Por último, como corolario el Tribunal Constitucional sostiene en la motivación: *“TRIGÉSIMO TERCERO: (...) el legislador no puede -bajo el riesgo de incurrir en una causal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad- establecer un marco regulatorio diverso o paralelo al dispuesto por la Constitución respecto de aquello que, con toda precisión, ha sido establecido como público por él Constituyente, conforme al artículo 8°, inciso 2°, del texto constitucional. Dicho vicio es el que -precisamente- se produce por aplicación de los preceptos impugnados, pues como se ha precisado en esta sentencia, al contrastarse el alcance del artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución y en tenor de las normas 17 impugnadas y su aplicación al caso concreto, se constata que en virtud de ellas se puede considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente establecido, trastocando así los precisos límites que el constituyente ha previsto al efecto.*

TRIGÉSIMO CUARTO: En definitiva, por todas las razones expuestas en la presente sentencia, este Tribunal acogerá íntegramente el presente requerimiento de inaplicabilidad y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, SE RESUELVE:


- I. *QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO, 11, LETRAS B) Y C), TODOS, DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN EL PROCESO ROL N° 503-2018, SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO). OFÍCIESE.*
- II. *ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE”.*

Duodécimo: En este orden de ideas, en primer término, es dable indicar que la decisión del Consejo para la Transparencia se funda en lo dispuesto en los artículos 5° inciso segundo, 10 inciso segundo y 11 letra c) de la Ley de Transparencia, preceptos que el Tribunal Constitucional declaró inaplicables en relación con lo previsto en el artículo 8 inciso segundo de la Carta Fundamental.

Así las cosas, es posible sostener que la sentencia que acoge un requerimiento de esta naturaleza, excluye y retira del universo de normas aplicables aquella declarada inaplicable, la que no sólo deja de vincular al tribunal que conoce el proceso particular en que incide la cuestión, sino que se establece la obligación de no considerarla -expulsión normativa-. Señala el profesor Manuel Núñez P. “que la inaplicabilidad judicialmente declarada opera como una suerte de dispensa de tribunal a tribunal, que



aunque no libera al juez de la gestión inexcusable deber de fallar, lo exime de la obligación de aplicar el precepto legal cuestionado si se han dado todos los supuestos hipotéticos para que la norma sea aplicable al caso. Esta dispensa particular genera un pseudo-vacío legal o una laguna impropia, que es inmediatamente llenada por las reglas comunes y los principios generales que corresponde aplicar en virtud del principio de inexcusabilidad” (“Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile”, Revista de Estudios Constitucionales, año 10, N° 1, 2012).

En tales condiciones, la decisión del Tribunal Constitucional de excluir determinadas normas declaradas inaplicables al caso concreto -artículos 5 inciso segundo, 10 y 11 letra c) de la Ley de Transparencia-, dejó sin fundamento normativo la petición de información a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, por lo que esta Corte queda situada en una posición de imposibilidad práctica de considerar válido el pronunciamiento jurídico fundado en dichos preceptos, deviniendo ella en ilegal y arbitrario, por carecer de un requisito esencial de todo acto administrativo -debidamente fundamentado-, conforme lo previenen los artículos 41 -“*las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*”- y 11 de la Ley N° 19.880 -*Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos*-.


En efecto, la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 31.875-2017, motivación tercera, indicó que la declaración de inaplicabilidad que produce una decisión del Tribunal Constitucional, consiste en que los respectivos preceptos no pueden ser aplicados en el pleito de que se trata.

En consecuencia, quedando sin marco sancionatorio posible la información solicitada por el Consejo de Transparencia, fundado en determinados preceptos legales que fueron declarados inconstitucionales, no es viable para esta Corte aplicar, de

manera oficiosa, otra que pudiera ajustarse a la misma -artículo 8 inciso segundo de la Constitucional Política de la República y artículo 5 inciso primero de la Ley de Transparencia-, lo que evidentemente escapa de los límites de la presente *litis*, en cuanto altera el objeto y la causa a pedir.

Decimotercero: Por otro lado, aun cuando se estimare que es procedente sustentar la decisión del Consejo para la Transparencia en las normas de los artículos 8 inciso segundo de la Carta Fundamental y 5 inciso primero de la Ley de Transparencia, la naturaleza de la información requerida por el recurrido a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no reviste el carácter de pública, por cuanto no ha constituido el fundamento de decisiones estatales -actos y resoluciones administrativas-, que han quedado contenidos en un expediente de fiscalización y que han integrado un procedimiento administrativo, no pudiendo por tanto justificarse en que dicha información obre en poder de un órgano del Estado.

En efecto, la información solicitada no es un acto, ni una resolución de un órgano de la Administración -de carácter decisorio tanto en sus contenidos y fundamentos-, pues se trata de aquella relativa a una operación de crédito entre Itaú y otra entidad privada, información que fue entregada a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras. Asimismo, la información requerida tampoco integra un procedimiento de un órgano de la administración, pues conforme al artículo 18 de la Ley N° 19.880, el procedimiento administrativo es *“una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto administrativo terminal”*.

A mayor abundamiento, permite sustentar el razonamiento que precede, dispuesto en el Decreto N° 13/2009 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia -Reglamento de la Ley de Transparencia- señala que son *“sustento o complemento directo”* de un acto administrativo según el artículo 2 letras g) y h) de referido cuerpo normativo que *“los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurre y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e*

inequívocamente, sobre la base de esos documentos” y que son “sustento o complemento esencial” aquellos “documentos para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo” .

En efecto, la información que se entrega por los bancos e instituciones financieras a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no constituye un procedimiento administrativo en el sentido técnico que contempla la Ley N° 19.880, en atención a que la respectiva remisión no genera una cadena de actos que termine en uno decisorio, sino que, en este caso se trata de una etapa previa, en la que atendida la especial naturaleza de las primeras están obligadas a enviar de manera periódica a la entidad fiscalizadora y solo en el evento en que la autoridad detecte alguna situación que amerite una investigación, dará inicio a un consecuente procedimiento. De esta forma, dicha información no constituyó el fundamento de ningún acto administrativo, sino que correspondió a antecedentes que pueden, eventualmente, ser parte de un procedimiento posterior porque su fin es exponer a la autoridad que ha realizado sus actividades bancarias conforme al ordenamiento que los regula.

En consecuencia, la información solicitada por el Consejo para la Transparencia no dio origen de manera inmediata y directa a un acto administrativo terminal ni a otros actos trámites señalados de manera precisa, determinada e inequívocamente, por cuanto se trató de un simple requerimiento de información efectuado en el ejercicio de las potestades de fiscalización de que dispone la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, lo que claramente no puede devenir en que dada su intervención y la calidad que reviste este órgano, transforme aquélla en una de carácter pública.

Es así, como el Tribunal Constitucional resolvió 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 ahero de artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución”*. (STC, Rol N° 8474-20-INA, de 27 de octubre de 2020, considerando sexto).



En el mismo orden de ideas que precede, la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 7.484-2020 en su motivación décima, señaló que: *“El constituyente ha dispuesto la publicidad sólo respecto de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, declaración precisa y carente de toda ambigüedad que conduce a estos sentenciadores a concluir, basados en su claro tenor literal, que el acceso a la información, respecto de los órganos del Estado, sólo se refiere o abarca sus actos y resoluciones, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.*

De igual forma, con fecha 6 de octubre de 2020, la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 36.305-2019 resolvió en su motivación octava: *“(…) 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 solo hecho, a la información que se le entregue a dicho órgano, como parte o fundamento de un acto administrativo que, para este 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 la 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 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 solo 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 (...)”.

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 1824-2019, de fecha 25 de febrero de 2020, en la motivación octava indicó que para la aplicación del artículo 5 inciso 1° de la Ley de Transparencia es necesario que la información se relacione *“de manera inmediata y directa con un acto de la Administración del Estado preciso y determinado, al punto que no se entiende sin él, circunstancias, todas, que denotan la complementariedad esencial exigida por el artículo 5° inciso primero, de la Ley N° 20.285 para ser entendida como información pública (...)*”

Decimocuarto: Además, en cuanto a la historia fidedigna de la ley que modificó el artículo 8 de nuestra Carta Fundamental -tal como se consigna en el considerando decimosexto del referido fallo del Tribunal Constitucional que reviste incidencia en el conocimiento de esta causa- se expresa que se rechazó una indicación 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”*. Agrega que, *“Allí se asentó que nuestra primera ley de acceso a la información (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N° 19.653), establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes que las empresas privadas, si éstos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Se recordó, además, que esta norma desapareció de la Ley de Transparencia.*

Esta Magistratura enfatizó, enseguida que “durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actuar artículo 8° de la Constitución, se rechazó 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”.

Finalmente, es necesario considerar que en la misma reforma constitucional, en el texto de las mociones que le dieron origen, se hacían públicos no los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos, como lo establece el texto vigente, sino que “las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder”. Pero eso no prosperó.

En los casos citados, esta Magistratura concluyó de lo anteriormente señalado que “Como se observa, la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan” (STC Rol N° 2907, C. 24°; STC Rol N° 2558, C. 9°; STC Rol N° 3111, C. 21°).

Al respecto, la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 12.509-2019, acogiendo un recurso de queja señaló que *“la información emanada de una empresa privada, Administradora de un Fondo de Inversión Privado de aquellos regulados por la Ley N° 20.712 y que dice relación con una sociedad (Sociedad Innovaciones Forestal SpA) cuya propiedad pertenece en su totalidad al Fondo Equitas Capital II, FIP que la quejosa administra (...). Esta información ha sido entregada por la recurrente a la Corfo, en atención a que es este organismo el que le ha aperturado la línea de crédito para invertir en empresas en etapa de creación o expansión, con proyectos de innovación, de modo que en estas circunstancias, la quejosa se encuentra obligada, reglamentariamente, a entregar la información que la Corfo le solicita en relación a las inversiones que realiza en cumplimiento del Programa respectivo”*. Por lo tanto, la solicitud de acceso fundada en los incisos primero y segundo del artículo 5 e inciso segundo del artículo 10 de la Ley N° 20.285 comprendía *“información que no reviste la calidad de “información pública de la Administración del Estado” en los términos de los preceptos pertinentes de la Ley N° 20.285 ya citados, pues tienen no sólo su origen sino, además, están referidas a inversiones de entes privados. Por otro lado, es dable concluir en base a la misma normativa, que la información requerida tampoco reviste el carácter de información pública por el solo hecho de encontrarse a disposición del organismo público -la Corfo en este caso (...)*”. Finalmente agrega, la Excma. Corte

Suprema que *“No existe ninguna norma legal que disponga que la información recibida, en estas condiciones, adquiera el carácter de información pública por ese solo hecho”*.

Decimoquinto: En base a lo razonado precedentemente, resulta innecesario pronunciarse acerca si la información solicitada está sujeta a la causal de reserva o secreto establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia en relación con lo dispuesto en los artículos 154 y 7 de la Ley General de Bancos, como asimismo si este último precepto es o no una Ley de Quórum Calificado y en el evento de estimarse que sí lo fuere, su consecuente afectación o vulneración a los bienes jurídicos contemplados en el artículo 8 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, por cuanto dicha hipótesis sólo debe ser analizada en el evento de estimarse que aquélla reviste el carácter de pública, lo que según se ha indicado no ha acontecido en la especie.

Decimosexto: Que, por consiguiente, habiéndose declarado inaplicables por parte del Tribunal Constitucional los preceptos legales fundantes de la decisión de amparo que se revisa por esta vía -artículos 5 inciso segundo, 10 inciso segundo y 11 letras b y c) de la Ley N° 20.285-, el acto deviene en consecuencia en ilegal y arbitrario, aunado a que la naturaleza de la información requerida por el Consejo de la Transparencia a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no es de carácter pública, se acogerá el reclamo de ilegalidad impetrado, en la forma en que será dispuesta en la parte resolutive de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley N° 20.285, **se acoge** el reclamo de ilegalidad interpuesto a favor de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras -actual Comisión para el Mercado Financiero- en contra de la Decisión de Amparo Rol N° C-1844-2018 dictada por el Consejo para la Transparencia con fecha 23 de octubre de 2018, que acogió el Amparo por denegación de acceso a la información deducido por don Héctor Cárcamo Silva, sin costas.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministro señora Verónica Sabaj Escudero.



No firman las Ministras (s) señoras Sandoval y Orellana, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y del acuerdo, por haber cesado funciones en esta Corte.

Rol N° 503-2018



Proveído por el Señor Presidente de la Novena Sala de la C.A. de Santiago.

En Santiago, a trece de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>