

C.A. de Santiago

Santiago, trece de febrero de dos mil veintitrés.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Que comparecen don Joaquín Cortez Huerta, ingeniero civil, en representación de la Comisión para el Mercado Financiero deduciendo Reclamo de Ilegalidad en virtud del artículo 28 de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en contra del Consejo para la Transparencia con motivo a la “Decisión Amparo Rol C4649-21”, adoptada por su Consejo Directivo, con fecha 5 de octubre de 2021, por la cual se acogió el amparo deducido por don Felipe López en contra del Mercado Financiero, ordenando la entrega de “las distintas fiscalizaciones o auditorías realizadas por cada banco y organismo bajo supervisión, en el período comprendido entre enero de 2018 y mayo de 2021, indicando, materia, tipo o subtipo, u otra clasificación interna, breve detalle, mes y año en que se efectuó y, conclusión, con observaciones mayores, menores o sin observaciones”, por constituir la decisión reclamada un acto ilegal que causa agravio.

Indica que el día 26 de mayo de 2021, el señor Felipe López efectuó a la Comisión para el Mercado Financiero la solicitud de acceso a la información pública número AE009T0001743, en el siguiente tenor: *“Agradeceré para el periodo 01/2018 a 05/2021 detallar las distintas fiscalizaciones o auditorías realizadas por cada Banco y organismo bajo supervisión. Agradeceré indicar Materia de la misma, agregando de existir tipo/subtipo u otra clasificación interna. Breve detalle de la misma, mes y año en que efectuó y*

*conclusión de esta (Con observaciones mayores (que llevaron a iniciar procesos sancionatorios), con observaciones menores (que no iniciaron procesos sancionatorios) y sin observaciones).”*

La respuesta dada por la comisión fue que no es posible acceder a la información requerida, ya que la entrega de lo solicitado implica la revisión de todas las actividades de fiscalización efectuadas por la Comisión de Mercado Financiero en ejercicio de su labor de supervisión durante el periodo consultado, para la posterior determinación de las causales de reserva que pudiesen afectar a los antecedentes recabados. Ello constituiría una distracción indebida a los funcionarios de la Comisión en el cumplimiento regular de sus funciones habituales, por lo cual se configura la causal de reserva establecida en la letra c), del numeral 1, del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Lo anterior, y tal como se señaló en el oficio, sin perjuicio de otras causales de reserva que podrían afectar a la información solicitada, que es difícil de precisar por su amplitud.

El mismo día 22 de junio, en virtud de la respuesta antes referida, así como lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, el señor Felipe López dedujo amparo a su derecho de acceso a la información pública en contra de la Comisión fundado en que no se está solicitando información privada solo pública, no el detalle de dichas fiscalizaciones y menos sus papeles de trabajo.

Dicho amparo fue notificado al reclamante con fecha 5 de julio de 2021, a través de Oficio N° E14316, del Consejo para la

Transparencia. Señalando que encontrándose dentro de plazo se realizan los descargos al amparo, solicitando su rechazo.

Señala que la Comisión para el Mercado Financiero, es un ente colaborador y eminentemente fiscalizador, de acuerdo a los artículos 3 y 4 del decreto ley N°3.538, de 1980. En virtud de ello, colaboradora de la función fiscalizadora que realiza el Servicio de Impuestos Internos en ciertas materias y a diciembre de 2020, esta entidad fiscaliza a más del 72% de los activos del mercado financiero y a más de 7.000 entidades.

Estas funciones dan cuenta que, de todas las actividades que realiza la Comisión para el Mercado Financiero, y que a su vez corresponden a un mandato legal, aquellas que dicen relación con el monitoreo y fiscalización de las personas y entidades singularizadas en el artículo 3° del decreto ley N°3.538, de 1980, son las que tienen un papel principal. A mayor abundamiento de las 36 atribuciones y competencias definidas en el artículo 5° del decreto ley N°3.538, de 1980, 27 de ellas corresponden a dicha función fiscalizadora, evidenciando la relevancia de esta función.

La solicitud de acceso a la información, con el nivel de detalle indicado implica tener que recopilar, revisar y procesar el trabajo de, prácticamente, la institución completa, durante 3 años y medio, lo cual representa una distracción de funciones ya que obligaría a todas las unidades a revisar todo su trabajo para los periodos indicados.

La cantidad de información que arrojaría un ejercicio como el que se solicita, como el ejercicio mismo, son casi inconmensurables, implicando una inversión de tiempo y de dedicación de funcionarios

para recopilar todos los antecedentes que afectaría el debido cumplimiento de las funciones propias de la CMF. Además, se consideró como factor la cantidad de documentos que resultarían al final de la búsqueda y el tiempo que tomaría su procesamiento, antecedentes que se encuentran en soporte digital y en papel.

La Comisión señala que, dentro de la información solicitada, se encuentran datos comerciales que pueden afectar derechos de terceros, enfrentando la dificultad –o imposibilidad– de notificar en los términos señalados en el artículo 20 de la Ley de Transparencia que sus derechos pueden verse afectados ante una eventual divulgación.

Menciona que el Consejo para la Transparencia argumentó para acoger el amparo que la Comisión no fundamentó ni acreditó cómo la entrega de los documentos requeridos podría generar la afectación alegada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia, descartando asimismo una vulneración a los derechos de terceros por la entrega de la información.

Respecto de los fundamentos que sustenta el reclamo de ilegalidad indica que la naturaleza de las funciones legales que debe cumplir como organismo público de carácter técnico, de supervisión y fiscalización en el mercado de valores y seguros atendido lo dispuesto en el Decreto Ley N° 3.538. Asimismo, reitera los fundamentos que tuvo para solicitar el rechazo del amparo ante el Consejo de la Transparencia.

Arguye que la solicitud de acceso de información debe ser denegada por la causal del artículo 21 N 1. Letra c) de la Ley de Transparencia en relación al artículo 28 del mismo cuerpo legal.

Sostiene que la información solicitada debe ser denegada por cuanto afecta a derechos de terceros, ya que la información solicitada y se ha ordenado entregar no es pública, pues debe ser extraída de documentos entregados en virtud de fiscalizaciones, que por regla general no conforman procedimientos administrativos y, por ende, no se convierte en información pública.

Entiende que lo antes mencionado no contraviene lo dispuesto por el artículo 8 del Constitución Política de la República, en relación con las normas de Transparencia, artículos 5° inciso segundo y el 10° inciso segundo, no excluye la aplicación de causales de secreto o reserva que permita limitar el acceso público a la información.

Pide, en consecuencia, tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la decisión recaída en el amparo Rol C4649-21 del Consejo para la Transparencia, por la cual se ordenó la entrega de la información antes señalada, declarando el rechazo del amparo por concurrir causales de secreto o reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

**Segundo:** Que, informando, formulando descargos y observaciones, comparece don David Ibaceta Medina, Director General y representante legal del Consejo para la Transparencia, solicitando que el presente reclamo de ilegalidad sea rechazado en todas sus partes, por las consideraciones que expone.

Previa exposición de los antecedentes que dan origen al presente recurso, respecto del objeto de la controversia que motivó el reclamo de ilegalidad, señala que, teniendo en consideración el tenor de los fundamentos en que se apoya el reclamo deducido por la

Comisión para el Mercado Financiero, la controversia en estos autos se encuentra circunscrita a determinar si esa Corporación obró conforme a derecho y, conclusión, con observaciones mayores, menores o sin observaciones, al no configurarse la causal de reserva del artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley de Transparencia.

Indica que La Comisión para el Mercado Financiero se encuentra imposibilitada de reclamar de ilegalidad sobre la base de la referida causal de reserva consistente en la afectación del debido cumplimiento de sus funciones, conforme a la prohibición expresa establecida en el artículo 28 inciso 2° de la Ley de Transparencia, cuyo tenor es claro al sostener que no le asiste la facultad de interponer un reclamo de ilegalidad al órgano de la Administración, por la causal de secreto o reserva de información contenida en el artículo 21 N°1 de la ley antes citada.

Asimismo, agrega que la Comisión agrega antecedentes a este recurso que no fueron parte del debate sostenido ante el Consejo, a saber, que solo en esta sede judicial invoca la causal de reserva que omitió pronunciarse en términos específicos en el marco del procedimiento de amparo. Sumado que estimó que no fueron acreditados los presupuestos que configuran dicha reserva, toda vez que la solicitud de información no tiene potencial para afectar el debido cumplimiento de las funciones de la Comisión, ni implica incurrir en distracciones indebida de sus funcionarios.

Previo a citar abundante y basta jurisprudencia que sustenta sus alegaciones pide, en definitiva, tener por evacuado el informe, y por efectuados los descargos y observaciones, solicitando el rechazo del

reclamo de ilegalidad, resolviendo confirmar o mantener la Decisión de Amparo Rol C4649-21.

**Tercero:** Como primera consideración, antes de entrar al fondo de la decisión, se debe hacer presente, que en este tipo de reclamaciones esta Corte participa de los caracteres de un mecanismo de control de legalidad respecto de lo que ha dispuesto el Consejo para la Transparencia (CPLT), órgano que debe emitir su pronunciamiento en torno a causales de reserva que se hagan valer. Por su lado, la competencia de esta Corte queda determinada por el contenido y alcance de la reclamación, cuyo objeto debe versar, precisamente, sobre la eventual concurrencia de alguna causal de reserva. En efecto, el reclamo de ilegalidad regulado en el artículo 28 de la ley de transparencia es un recurso de derecho estricto, ajeno en todo aspecto, a un recurso de apelación que genera una segunda etapa procesal y en tal carácter, su examen en esta sede está constreñido únicamente a verificar la legalidad de la decisión del CPLT, de acuerdo al mérito del procedimiento administrativo que se conoce.

**Cuarto:** Que, en lo referente a que la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) se encuentra imposibilitada de reclamar de ilegalidad sobre la base de la referida causal de reserva consistente en la afectación del debido cumplimiento de sus funciones, dada la prohibición expresa establecida en el artículo 28 inciso 2° de la Ley de Transparencia, esto es, que carece de legitimación activa para reclamar la legalidad de un decisión sobre una causal de reserva de la ley de transparencia, se debe tener presente que, en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional que incide en este caso, dictada

con fecha 7 de diciembre de 2022, que declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Transparencia, se deben desechar los argumentos del CPLT sobre dicha falta de legitimación o la imposibilidad de reclamar de ilegalidad en contra de la decisión de amparo, por lo que, esta Corte no tiene impedimento para conocer y pronunciarse sobre el fondo del asunto relacionado con la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, relativa a la afectación del debido cumplimiento de las funciones de la Comisión del Mercado Financiero (CMF) como lo plantea en su recurso.

**Quinto:** Que, al tenor de los fundamentos en que se apoya el reclamo de ilegalidad deducido por la CMF, la controversia se encuentra circunscrita a determinar si el CPLT obró conforme a derecho al acoger el amparo deducido, ordenando entregar la información correspondiente a detallar las distintas fiscalizaciones o auditorías realizadas por cada banco y organismo bajo supervisión, en el período comprendido entre enero de 2018 y mayo de 2021, indicando materia, tipo/subtipo u otra clasificación interna, breve detalle, mes y año en que se efectuó y, conclusión, con observaciones mayores, menores o sin observaciones, al no configurarse la causal de reserva del artículo 21 N° 1 letra c) de la ley de transparencia.

**Sexto:** El principio de la transparencia de la función pública hace que toda aquella información con que cuentan los Servicios del Estado, que no sea reservada o secreta es pública y cualquiera tiene derecho a acceder a ella, debiendo el requerido dar las facilidades para su ejercicio. Este principio, además, obliga sin distinción a todos los órganos públicos y exige de éstos, que den a conocer sus actos y



fundamentos obrando en esta materia con mayor transparencia, dado que ello también se relaciona con el derecho de las personas a ser informadas.

**Séptimo:** Que, como se recoge en las normas de la ley 20.285 y se lee en su artículo 1º; el principio rector en materia de transparencia está constituido por la publicidad que asiste a los actos y resoluciones de la Administración. Tal principio, sin embargo, no es absoluto o total, pues reconoce limitaciones que se reflejan en las causales de secreto o reserva que la citada ley establece en su artículo 21, las que se deben hacer valer en sus términos, conforme con la acreditación que deben hacer los propios involucrados acerca de su concurrencia. En otras palabras, la sola consideración de la norma excepcional que sirve como excusa y se esgrime por quien se defiende de la entrega de información, no es suficiente para liberarse del principio general de publicidad y acceso a la información pública, sino que, además, es indispensable demostrar que mediante dicho acceso se produce la concurrencia de la causal que se invoca o la afectación a alguno de los bienes jurídicos expresados en el artículo 8º de la Constitución Política.

**Octavo:** Que la causal que invocó el recurrente de amparo para denegar la entrega de información, la hizo sustentar en el N° 1, letra c) del artículo 21 de la ley, esto es; *“Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”*.

Ahora bien, ante esta Corte, la reclamante CMF invoca y fundamenta la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley, causal respecto de la cual el CPLT omitió pronunciarse en términos específicos en el marco del procedimiento de amparo, ya que no fue parte del debate sostenido ante ella con ocasión del procedimiento de amparo.

**Noveno:** Que, conforme con lo advertido, aparece como extemporánea e improcedente, que la reclamante plantee en sede judicial una causal de excepción que no hizo valer en el proceso administrativo que se analiza, tal pretensión, desde luego, implica transgredir el principio de la buena fe y congruencia procesal que deben guardar las partes de un procedimiento, en que la relación jurídico-procesal debe ser coherente, sin pretender obtener ventajas respecto de alegaciones que no fueron parte de la controversia, alegando argumentos posteriores a la decisión, que pueden resultar sustanciales para la materia que fue conocida en la sede administrativa.

En consecuencia, no resulta factible que el reclamante alegue ex post, una causal que no fue materia del análisis que debió hacer el CPLT para decidir como lo hizo, ya que el recurrente sólo impetró ante ella la prevista en el N° 1 letra c) del artículo 21 de la Ley, por lo que sólo cabe concluir que esta nueva alegación es extemporánea, infringe el principio de congruencia procesal e incide en el ámbito de competencia del examen de legalidad que debe efectuar esta Corte.

**Décimo:** Que, desechada la nueva causal deducida, por extemporánea e improcedente, como se dijo precedentemente, al

analizar la información solicitada, esta Corte no advierte el motivo o razón que excluiría a dicha petición del amparo de la ley de transparencia. Se trata de información pública, que ha sido obtenida por el órgano de la Administración en el cumplimiento de su función pública y si bien pudiera ser abundante y demanda un tiempo su recolección, no le hace perder su condición de ser susceptible de ser informada.

El artículo 10 de la ley 20.285, nos recuerda 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 a acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.*

Por su parte, los literales c) y d) del artículo 11 del mismo cuerpo legal establecen *“El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios...*

*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.*

*d) Principio de máxima divulgación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del estado deben proporcionar*

*información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.”*

Que la reclamante, reconoce la información y su condición pública, sin embargo, pretende asilarse para su no entrega en lo copiosa de la misma, y que por su envergadura y cantidad distraerá las funciones de la organización, las que se verán perturbadas, aspectos que pueden ser atendidos en otras consideraciones, pero que no son impedimentos legales para proceder a su entrega como lo ha decidido el CPLT.

**Undécimo:** Que atendidas las alegaciones que fueron evaluadas en el seno del CPLT y que desencadenaron en la decisión impugnada, esta Corte advierte que lo razonado por aquélla para decidir como lo hizo es suficiente para desestimar el arbitrio en análisis, puesto que, además, no se acredita en modo alguno, que la información requerida carezca del carácter de pública ni que exista una causa de reserva o secreto que la ampare, por lo que el reclamo de legalidad será desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 20.285, se **rechaza** el reclamo de ilegalidad deducido por la Comisión para el Mercado Financiero en contra del Consejo para la Transparencia con motivo a la “Decisión Amparo Rol C4649-21”, adoptada por su Consejo Directivo, con fecha 5 de octubre de 2021, sin costas.

**Regístrese, comuníquese y archívese.**

Redactó Abogado Integrante David Peralta A.

**N°Contencioso Administrativo-526-2021.**