

Entidad pública: Comisión para el
Mercado Financiero

DECISIÓN AMPARO ROL C8791-22

Requirente: Gustavo Querelle
Riveros

Ingreso Consejo: 12.09.2022

RESUMEN

Se acoge el amparo deducido en contra de la Comisión para el Mercado Financiero, ordenando la entrega de una nómina de las entidades financieras o bancarias que están autorizadas por ésta para realizar operaciones de lease back en Chile.

Lo anterior, por cuanto se trata de información de naturaleza pública, respecto de la cual la reclamada no acreditó la inexistencia, en virtud del numeral 2.3. de la Instrucción General N° 10 de este Consejo para la Transparencia.

En sesión ordinaria N° 1344 del Consejo Directivo, celebrada el 28 de febrero de 2023, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto de la solicitud de amparo al derecho de acceso a la información Rol C8791-22.

VISTO:

Los artículos 5º, inciso 2º, 8º y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y de la ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; lo previsto en el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado; y los decretos supremos N° 13, de 2009 y N° 20, de 2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban,



respectivamente, el reglamento del artículo primero de la ley N° 20.285, en adelante e indistintamente, el Reglamento, y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 14 de agosto de 2022, don Gustavo Querelle Riveros solicitó a la Comisión para el Mercado Financiero, en adelante e indistintamente la Comisión, *“se me informe sobre la nómina de entidades financieras o bancarias que están autorizada por la CMF para realizar operaciones de lease back en Chile”*.
- 2) **RESPUESTA:** El 7 de septiembre de 2022, la Comisión para el Mercado Financiero respondió a dicho requerimiento de información mediante Oficio Ordinario N° 69301 de la misma fecha, indicando que no es posible acceder a lo solicitado en consideración a que no posee una nómina o registro con las características descritas en el requerimiento. Agrega que, dentro de la normativa aplicable a la Comisión, no se encuentra alguna que le exija mantener una nómina como la solicitada.
- 3) **AMPARO:** El 12 de septiembre de 2022, don Gustavo Querelle Riveros dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del señalado órgano de la Administración del Estado, fundado en que recibió respuesta negativa. Agrega el reclamante: *“Transcribo texto de Cap. 8-37 de la Recopilación actualizada de normas, de la CMF: “Los bancos que deseen incluir las operaciones de leasing dentro de su giro, deberán solicitar por escrito la autorización de esta Comisión, para cuyo efecto deberán cumplir los siguientes requisitos:” (los enumera) De aquí se desprende que si la CMF debe autorizar alguna operación, también debe conservar un registro de a quienes autoriza.”II. CONTRATOS DE LEASING.”1. Características de los contratos. “Los contratos de arriendo que lleven a cabo los bancos, deberán ajustarse a las definiciones generales de lo que se denomina “leasing financiero”, para lo cual deberán contemplar los siguientes elementos: “2. Leasing Inmobiliario. “Los contratos de leasing inmobiliario deberán contemplar un plazo mínimo de 5 años y el valor actual de la totalidad de las cuotas no podrá ser inferior al 40% del valor de tasación del correspondiente bien o, cuando se trate de lease-back de un bien usado, del valor de tasación (sic)”*.



- 4) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de esta Corporación acordó admitir a tramitación este amparo, confiriendo traslado a la Sra. Presidenta de la Comisión para el Mercado Financiero, mediante Oficio E25459 de 2 de diciembre de 2022 solicitando que: (1°) en atención a lo señalado por el reclamante en su amparo, señale si la información reclamada obra en poder del órgano que representa, constando en alguno de los soportes documentales que señala el inciso segundo del artículo 10 de Ley de Transparencia; (2°) se refiera a la eventual concurrencia de alguna circunstancia de hecho que haga procedente la denegación de la información reclamada; (3°) se pronuncie acerca de la eventual concurrencia de algunas de las causales constitucionales o legales de secreto o reserva que, a su juicio, harían procedente la denegación de la información reclamada.

Mediante correo electrónico de 20 de diciembre de 2022, la Comisión evacuó sus descargos adjuntando el Oficio Ordinario N° 96311 de la misma fecha, que señala, en lo pertinente, que: *“esta Comisión informa que reitera lo señalado en la respuesta remitida al solicitante, en el sentido que no contamos con una nómina como la requerida”*.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que, el objeto del presente amparo dice relación con la respuesta negativa de la Comisión para el Mercado Financiero a la solicitud sobre la nómina de entidades financieras o bancarias, que están autorizada por dicho organismo para realizar operaciones de lease back en Chile.
- 2) Que, respecto de la información solicitada se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República, en orden a 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”*. Por su parte, según lo establecido en los artículos 5 inciso segundo y 10 de la Ley de Transparencia, se considera información pública toda aquella que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, además de aquella contenida en *“actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda*



información elaborada con presupuesto público”, salvo que dicha información se encuentre sujeta a las excepciones establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia u otras excepciones legales.

- 3) Que, la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de la Comisión para el Mercado Financiero regula en su Capítulo 8-37 las Operaciones de Leasing. En su numeral I. *Disposiciones Generales, 1. Autorización para efectuar operaciones de leasing, 1.1. Requisitos*, señala que los bancos que deseen incluir operaciones de leasing en su giro deben solicitar por escrito dicha autorización a la Comisión para el Mercado Financiero, cumpliendo determinados requisitos. Luego, en su numeral II. *Contratos de Leasing, 3. Lease-back de bienes usados*, señala *“Los bancos podrán efectuar operaciones de lease-back de bienes usados bajo las condiciones señaladas en los números precedentes, debiendo además cumplir con las que se establecen en los numerales siguientes”*.
- 4) Que, de lo expuesto, se desprende que los bancos para efectuar operaciones de lease-back, al menos de bienes usados, debieran requerir autorización por parte de la Comisión para el Mercado Financiero, cumpliendo los requisitos establecidos al efecto.
- 5) Que, en su respuesta y descargos, la reclamada no explicitó si posee información sobre entidades financieras o bancarias autorizadas por ésta para realizar operaciones de lease-back en Chile, y tampoco refirió que en su marco legal esta actuación corresponda a sus atribuciones, sino que se limitó a señalar que no posee una nómina o registro con las características descritas en el requerimiento y que, dentro de su normativa aplicable, no se encuentra alguna que le exija mantener una nómina como la solicitada. Es decir, fundamentó su respuesta en la inexistencia de una nómina sobre lo requerido.
- 6) Que, para efectos de resolver la alegación principal del presente reclamo, cabe consignar que este Consejo ha sostenido reiteradamente en las decisiones de amparo roles C1179-11, C409-13, C3691-17 y C3692-17, entre otras, que la inexistencia de la información solicitada constituye una circunstancia de hecho cuya sola invocación no exime a los órganos de la Administración de su obligación de entregarla. En efecto, esta alegación debe ser fundada, indicando el motivo específico por el cual la información requerida no obra en su poder y debiendo acreditarla fehacientemente. Resulta aplicable a su vez, lo prescrito en el numeral 2.3 de la Instrucción General N° 10 de esta Corporación, que señala *“En esta etapa el órgano público procederá a efectuar la búsqueda de los actos,*



resoluciones, actas, expedientes y contratos, así como de toda otra información que obre en su poder, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, que sirvan para dar respuesta a la solicitud formulada”; para continuar indicando que, “Si realizada la búsqueda, el órgano público constata que no posee la información deberá: (...) b) De no existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, agotar todos los medios a su disposición para encontrar la información y, en caso de estimarse que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria, instruir el correspondiente procedimiento sancionatorio. Si la información no fuere habida, deberá comunicarse esta circunstancia al solicitante, indicándole detalladamente las razones que lo justifiquen” (énfasis agregado).

- 7) Que, respecto de las alegaciones efectuadas por la Comisión recurrida, cabe tener presente los estándares de acreditación de la inexistencia de la información requerida, impuestos por la Instrucción General N° 10, de esta Corporación. En particular, la reclamada indicó que no posee una nómina o registro con las características descritas en la solicitud y que, no tiene deber legal de mantener una nómina como la referida, sin referirse a que, sin perjuicio de que no dispondría de una nómina elaborada previamente, pueda poseer información sobre sobre entidades financieras o bancarias autorizada por ésta para realizar operaciones de lease-back en nuestro país. Por dicha razón, será desestimada la alegación de inexistencia invocada por el órgano recurrido.
- 8) Que, en dichas circunstancias, se acogerá el presente amparo y se ordenará a la Comisión para el Mercado Financiero entregar al reclamante una nómina de las entidades financieras o bancarias que están autorizadas por ésta para realizar operaciones de lease back en Chile y, en el evento que dicha información no obre en su poder, deberá comunicar dicha circunstancia al solicitante y a este Consejo, indicando detalladamente las razones que lo justifiquen, en la etapa de cumplimiento de la presente decisión.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTÍCULOS 24 Y SIGUIENTES Y 33 LETRA B) DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- I. Acoger el amparo deducido por don Gustavo Querelle Riveros en contra de la Comisión para el Mercado Financiero, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.



II. Requerir a la Sra. Presidenta de la Comisión para el Mercado Financiero lo siguiente:

- a) Hacer entrega al reclamante de una nómina de las entidades financieras o bancarias que están autorizadas por ésta para realizar operaciones de lease back en Chile y, en el evento que dicha información no obre en su poder, deberá comunicar dicha circunstancia al solicitante y a este Consejo, indicando detalladamente las razones que lo justifiquen, en la etapa de cumplimiento de la presente decisión.
- b) Cumpla dicho requerimiento en un plazo que no supere los 5 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia, que sanciona la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.
- c) Acredite la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago), acompañando todos los medios probatorios, de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma.

III. Encomendar al Director General y a la Directora Jurídica (S) de este Consejo, indistintamente, notificar la presente decisión a don Gustavo Querelle Riveros y a la Sra. Presidenta de la Comisión para el Mercado Financiero.

En contra de la presente decisión procede la interposición del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en el plazo de 15 días corridos, contados



desde la notificación de la resolución reclamada, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. Con todo, los órganos de la Administración del Estado no podrán intentar dicho reclamo en contra de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información solicitada, cuando su denegación se hubiere fundado en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Además, no procederá el recurso de reposición establecido en el artículo 59 de la ley N° 19.880, según los fundamentos expresados por este Consejo en el acuerdo publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por sus Consejeras doña Gloria de la Fuente González y doña Natalia González Bañados y su Consejero don Bernardo Navarrete Yáñez. El Presidente don Francisco Leturia Infante no concurre al presente acuerdo por encontrarse ausente.

Por orden del Consejo Directivo, certifica la Directora Jurídica (S) del Consejo para la Transparencia doña Ana María Muñoz Massouh.