

C.A. de Santiago

Santiago, ocho de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Comparece Mauricio Larraín Errázuriz, en representación de la Comisión para el Mercado Financiero, en adelante CMF, de conformidad a lo previsto en el artículo 28 y siguientes de la Ley N° 20.285, quien deduce reclamo de ilegalidad en contra de la Decisión de Amparo, adoptada el 2 de febrero de 2023, en sesión ordinaria N° 1.339, del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en adelante CPLT, con motivo del proceso de amparo de información pública, Rol N° C5783-2022.

Señala que con fecha 11 de mayo de 2022, el Sr. Álvaro Pérez Castro ingresó a la CMF una solicitud de acceso a la información pública de antecedentes relacionados a una petición efectuada con fecha 30 de marzo de 2022, la cual se encuentra afecta al estatuto de denunciante anónimo,

Refiere que dicha petición fue contestada mediante Oficio N° 43.688, de 2022, en la cual se indicó al solicitante que no era posible pronunciarse respecto de la existencia o inexistencia de la información requerida, configurándose a su respecto las causales de reserva contempladas en los números 1, 2 y 5 de artículo 21 de la Ley de Transparencia.

Agrega que esa respuesta fue objeto de un amparo de acceso a la información ante el CPLT, que dio origen al proceso N° C5783-2022 y que, previos descargos de la CMF, se resolvió en el sentido de acoger parcialmente dicho reclamo y disponer la entrega de “ (...) *todos los antecedentes que se contengan en la o las carpetas a que dio lugar la tramitación de la denuncia WA582795, de fecha 30 de Marzo 2022, interpuesta ante ese órgano; o en su defecto, una vez efectuada una búsqueda exhaustiva, señalar expresa y fundadamente, tanto al reclamante como a este Consejo, si alguno de tales antecedentes no existieran o no obraran en su poder, con los detalles que justifiquen su inexistencia, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2.3 de la Instrucción General N° 10 del Consejo para la Transparencia.*



Con todo, en cumplimiento de la atribución conferida a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia, y en aplicación del principio de divisibilidad, reconocido por el artículo 11, letra e), del mismo cuerpo legal, el órgano deberá, en forma previa a la entrega de la información requerida, tarjar todos aquellos datos personales de contexto de quien efectuó la denuncia, si este fuese un tercero distinto de don Álvaro Pérez Castro y de todo tercero, persona natural, como, por ejemplo, la cédula de identidad, el domicilio particular, la fecha de nacimiento, la nacionalidad, el estado civil, el teléfono, el correo electrónico particular, entre otros, que pudieren estar contenidos en la información cuya entrega se ordena.”.

Observa que la decisión reclamada constituye un acto ilegal que le causa un manifiesto agravio, de acuerdo a los antecedentes que expone.

Indica que cumplir con la orden del CPLT implicaría una violación grave de las obligaciones de secreto y reserva que los funcionarios de la institución deben respetar so pena de incurrir en responsabilidad penal y administrativa, toda vez que estarían revelando antecedentes que permitirían identificar al denunciante anónimo de la solicitud N° WA58279, ya que el artículo 83 del D. L. N° 3.538, de 1980 -modificado por la ley N° 21.000- establece que la identidad del denunciante anónimo es secreta, a menos que el propio denunciante renuncie a su anonimato, obligando a guardar secreto respecto de cualquier antecedente que permita identificarlo.

Advierte que el estatuto del denunciante anónimo, incorporado por la aludida Ley N° 21.000, establece diversas protecciones a su respecto, pues éste puede obtener un porcentaje de la multa recaudada como consecuencia de la sanción impuesta al infractor, tiene el derecho a permanecer en completo anonimato y es objeto de una protección laboral y/o contractual especial, en caso terminación de contrato de servicio como consecuencia de su denuncia, cuya única excepción, como ya ha expresado es la renuncia del propio denunciante a dicho estatuto, lo que no ha acontecido.

Adiciona que tampoco se puede cumplir con la divisibilidad de los antecedentes, por cuanto éstos aún permitirían identificar al denunciante anónimo.



Alega que la decisión reclamada incurre en una errónea apreciación de los hechos en el análisis de la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, al aplicar los criterios establecidos por el CPLT y que son los siguientes: a) que la información sea secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva.

La referida corporación procede a acoger el amparo porque concluye que la CMF no acreditó la concurrencia copulativa de tales requisitos, toda vez que se limitó a esbozar alegaciones abstractas, inespecíficas e hipotéticas al señalar que una eventual revelación de la identidad del denunciante anónimo podría exponerlo a supuestas represalias que atenten contra su seguridad o lo priven de medios de subsistencia, sin aportar antecedentes serios en torno a una afectación de los derechos económicos de éste.

Fundamenta dicha alegación afirmando que en parte alguna de la normativa que reglamenta el funcionamiento del CPLT se indica que éste debe resolver los amparos que se sometan a su conocimiento ponderando la prueba ofrecida de acuerdo con normas preestablecidas y fijas; es más, se establece que los hechos del caso podrán acreditarse por todos los medios producidos e incorporados conforme a la ley. Tampoco otorga al CPLT la facultad de determinar sus propias reglas probatorias. En ese contexto, constituye una ilegalidad el determinar que una causal de reserva no se ha acreditado por no haberse ceñido su justificación a los parámetros que el mismo Consejo expresa, descartando la posibilidad de acreditar los supuestos de la causal de reserva de una forma distinta a aquellos, en particular por que la propia reclamada en la resolución exenta N° 491, de 2022 -que aprueba texto de la Instrucción General del CPLT sobre invocación y prueba de la causal de secreto reserva de distracción indebida-reconoce que los parámetros que establece solo corresponden a orientaciones.



Explica que la argumentación del Consejo para rechazar esta causal de reserva carece de toda lógica debida a que, en esta situación, los riesgos de la divulgación de los antecedentes requeridos -y de cualquier antecedente que se requiera por Ley de Transparencia- sólo se van a materializar una vez que ellos sean efectivamente divulgados por lo que, previo a ello, siempre se estará ante peligros potenciales o hipotéticos.

Recurriendo a las reglas probatorias de la sana crítica afirma que los principios de la lógica y la experiencia indican que los peligros a los que puede estar expuesto un eventual denunciante dicen relación con su seguridad, frente a posibles represalias físicas por haber denunciado, su estabilidad económica o comercial, ya que las represalias pueden decir relación con la privación de sus medios de subsistencia -trabajo- o el entorpecimiento para conseguirlos al cerrarle las puertas a un mercado determinado, además del obvio, patente y evidente atentado contra su intimidad, correspondiente a la develación de su identidad, sea de manera directa o a través de la divulgación de datos y señales que pudiesen llegar a ella. Estiman que este es un riesgo muy alto por lo que, frente a la colisión de derechos entre la publicidad de una información y la protección, no sólo de un herramienta eficaz para la persecución de irregularidades dentro del mercado financiero, sino que además, de la integridad física, vida privada y derechos económicos de un particular amparado en un estatuto legal destinado a resguardarlo, debe primar lo segundo.

Asevera también que la decisión reclamada omitió pronunciarse respecto de la afectación del derecho a la intimidad y seguridad personal, resguardados por el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285. En efecto, en los descargos presentados se argumentó que la divulgación de información atenta contra los derechos del denunciante anónimo, incluyendo su privacidad, seguridad y derechos económicos. Sin embargo, el Consejo omite considerar la afectación de los derechos a la intimidad y seguridad de los denunciantes, limitándose únicamente a aspectos económicos, lo que es contrario a lo establecido en la ley y a la razón misma de existencia del estatuto de denunciante anónimo.

En ese orden de ideas reclama que se presentaron ejemplos concretos de cómo la divulgación de información, incluso estando



anonimizada, puede llevar a la identificación del denunciante y afectar su privacidad y seguridad, derechos son de alta jerarquía y deben ser protegidos.

Sostiene que el artículo 28 del D. L. N° 3.538, de 1980, no se limita a regular un simple deber para los funcionarios de la CMF, sino que la reserva de información se hace extensiva para la institución misma.

Al respecto se remite a lo expuesto en su escrito de descargos en el cual se expresa, en síntesis, que el artículo 28 aludido, reemplazado por la Ley N° 21.000, cumple con los requisitos establecidos en N° 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia para la denegación de información.

Lo anterior en atención a que dicho precepto fue aprobado por el Congreso Nacional, como una ley de quórum calificado, considerando la disposición Cuarta Transitoria de la Carta Fundamental y artículo 1° Transitorio de la Ley de Transparencia.

Además, argumenta que esta norma establece la obligación de guardar reserva sobre los documentos y antecedentes de la CMF, así como sobre los informes y documentos elaborados por la Comisión, con el propósito proteger el cumplimiento de las funciones de dicho órgano de la Administración del Estado y los derechos de terceros, por lo que se ajusta a los términos del artículo 8° de la Carta fundamental de acuerdo a lo exigido por la causal en comento.

Establece que el artículo 28 es una norma de excepción al principio de publicidad y tiene un carácter imperativo para la actividad de la CMF y sus funcionarios, sin que su aplicación se pueda someter a los términos del artículo 21 de la Ley de Transparencia, ya que no hay jerarquía entre ambas normas y el artículo 28 tiene un carácter de excepción.

Releva que adicionalmente dicho cuerpo normativo tiene una regla especial en su artículo 83, conforme a la cual es secreta tanto la identidad, como cualquier antecedente que permite identificar a un denunciante anónimo, además de la resolución que confiere dicha calidad, la que fue incluida a través de la Ley N° 21.314, publicada en abril de 2021, con el objetivo de incentivar la denuncia de hechos por parte de personas -distintas a la víctima-, regla especialísima dentro de la regla general de reserva de la CMF,



LHTXXXJXNH

contenida en el mentado artículo 28. Además, transgredir la regla de secreto del artículo 83 es sancionado con una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, y la destitución del cargo del funcionario que la incumpla. Sin embargo, el CPLT también pasó por alto esta regla de secreto, especial y posterior a la Ley de Transparencia.

Por otra parte, precisa que se afectan los derechos de terceros, reiterando en este punto los argumentos vertidos precedentemente.

Pide, en definitiva, se deje sin efecto la Decisión de Amparo pronunciada en el caso 5783-2022, adoptada en sesión ordinaria N° 1.339 del Consejo Directivo, celebrada el 2 de febrero de 2023, en aquella parte que acoge parcialmente el amparo (literales I y II de lo resolutivo), procediendo a declarar que no procede dar acceso a la información solicitada por el requirente, con costas.

Segundo: Evacuando el informe de rigor, el abogado David Ibaceta Medina, en representación del Consejo para la Transparencia, solicita que el presente reclamo sea rechazado en todas sus partes, en virtud, de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, indica que la información cuya publicidad se controvierte es pública en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política, haciendo presente que la CMF no controvierte que la información pueda ser solicitada por medio de la Ley de Transparencia, y se limita a debatir sobre la existencia de causales de reserva.

Acto seguido, advierte que la CMF en su calidad de órgano público, no puede reclamar de ilegalidad sobre la base de una supuesta afectación al debido cumplimiento de sus funciones en virtud de la prohibición contenida en el artículo 28 inciso segundo de la Ley de Transparencia, y añade que, en subsidio, no se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia de acuerdo a lo latamente razonado en la decisión que se cuestiona.

Arguye a continuación que tampoco se configura la causal de reserva establecida en el N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, ya que la procedencia de dicha causal está supeditada a la prueba de una real y efectiva afectación de los bienes jurídicos que se protegen, en la especie los derechos del denunciante, lo cual no fue cumplido en el procedimiento



administrativo, ya que la reclamante formuló alegaciones abstractas, inespecíficas e hipotéticas al señalar que una eventual revelación de la identidad del denunciante.

En lo que concierne a la eventual afectación a la intimidad y seguridad del denunciante, dicho Consejo ordenó que en forma previa a la entrega de los antecedentes se debía tarjar toda información referente a los datos personales de contexto del denunciante para, de este modo, no poder identificarlo.

En ese contexto estima que no resulta plausible concluir que se genere afectación a alguno de los derechos del denunciante,

Manifiesta enseguida que el artículo 28 del D. L. N° 3.538, sólo consagra un deber funcionario de confidencialidad que no es suficiente para dar por configurada la causal de reserva del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia.

Comenta que la reclamante no indica razones de ilegalidad de la decisión adoptada por ese Consejo, sino más bien reitera los argumentos sostenidos en sede administrativa, pretendiendo utilizar el reclamo de ilegalidad como una especie de recurso de apelación, lo cual no es el objetivo del reclamo de autos.

Sobre el particular pormenoriza que la norma invocada tiene como destinatarios exclusivamente al personal de la CMF, quienes pueden, si así lo desean, revelar o dar a conocer información o antecedentes a los cuales acceden con motivo del ejercicio de sus cargos, más no a la institución propiamente tal, de modo que tal precepto constituye una ley simple, y no una de quórum calificado en los términos exigidos por el artículo 8 inciso segundo de nuestra Carta Magna.

A juicio de dicha entidad, tal interpretación es confirmada por el artículo 14 N° 5 del mismo N° 3.528, a propósito de una de las causales de cesación en el cargo de comisionado. Además, la infracción a la norma afecta a personas y no a la institución, por el incumplimiento al deber funcionario de confidencialidad o reserva, que es sancionado administrativa y penalmente según el caso.

Argumenta que de seguirse la posición e interpretación de la CMF, toda la información de este órgano público producida con motivo del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, y de las demás instituciones que tienen normas similares al citado artículo 28 devendría en “secreta” por la sola circunstancia de concurrir un



“deber funcionario de confidencialidad” referido a las personas que desempeñan cargos en estas instituciones, en circunstancias que, tanto el constituyente como el legislador, exigen que de manera positiva y determinada se establezcan vía ley de quórum calificado el secreto o reserva de “determinada” información, además de existir un mandato legal para la CMF, y de su Presidente, en los artículo 4° y 14 de la Ley de Transparencia, que lo obliga a revelar la información que se le ha solicitado.

Denuncia que la CMF modificó en su reclamo de ilegalidad alegaciones que formuló con ocasión de sus descargos evacuados en sede administrativa, infringiendo el principio de congruencia procesal, lo que podría verificarse comparando el escrito de descargos con su libelo recursivo, pues en el procedimiento administrativo alegó la infracción del artículo 83 del decreto ley N° 3.538, lo cual traía aparejada una supuesta afectación al debido cumplimiento de las funciones de la CMF, en los términos del artículo 21 N° 1, de la Ley de Transparencia, y ahora, reconduce extemporáneamente dicho precepto a la causal de reserva del artículo 21 N° 5, de la Ley de Transparencia, lo cual no fue materia de debate en el procedimiento administrativo, por lo que sostiene que dichas alegaciones deben ser desestimadas por ser claramente improcedentes.

Finalmente aduce que no procede la condena en costas a dicho Consejo en la resolución de los reclamos de ilegalidad, dado que dicha entidad se encuentra obligado a pronunciarse sobre una controversia jurídica suscitada entre un solicitante de información, un órgano del Estado, y eventualmente, un tercero interesado, y que en tal posición tiene motivo plausible para litigar.

Tercero: También compareció en la presente causa Álvaro Pérez Castro, en nombre y representación de Crawford Chile Liquidadores de Seguros Limitada, y en su calidad de tercero interesado, ratificando lo ya expuesto por el CPLT, por el principio de economía procesal, y solicita el rechazo del presente reclamo con costas.

Al efecto indica que la decisión reclamada no vulnera norma alguna.

Añade que toda la información pública que le ha sido denegada por el reclamante, se requiere para ser informada ante las distintas entidades reguladoras nacionales y extranjeras (especialmente en los



Estados Unidos de Norteamérica, ante el United States Securities and Exchange Commission -US SEC- en el caso de marras), entidades con las cuales Chile ha firmado acuerdos internacionales que resguardan la comisión de delitos de lavado de activos, narcotráfico y terrorismo internacional.

Denuncia que la CMF aparece en estos autos entorpeciendo la sanción a sus regulados y, paralelamente, entorpeciendo la entrega de los antecedentes respecto del ciudadano denunciante.

Advierte finamente que la información solicitada es de interés público, que amerita su divulgación, y es en consecuencia superior al interés de particulares.

Concluye que el CPLT ha actuado en forma correcta, legal y proporcionada, considerando a cabalidad el espíritu de la ley N° 20.285, cual es dar cumplimiento a las solicitudes de acceso a la información.

Cuarto: En la presente controversia, no se ha discutido el carácter público de la información requerida por el tercero interesado.

En efecto, lo medular se centra en si concurren o no, en la especie, respecto de esa información ordenada entregar por el CPLT, las causales de reserva alegadas por el CMF en su reclamo, contenidas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

En lo atinente al N° 1 del artículo 21 citado, esto es aquella consistente en *“Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”*, claramente debe ser desestimada, por cuanto el artículo 28 inciso 2° de la Ley N° 20.285, expresamente prohíbe su alegación al órgano de la Administración.

En efecto, esta última norma establece: *“Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.”*

De este modo, no resulta procedente que el CMF invoque como causal de reserva aquella que le está impedida, por lo que esa alegación debe ser desestimada.



Quinto: En lo que concierne a la causal de reserva contemplada en el N° 5 del artículo 21, relativa a aquellos documentos que una ley de quórum calificado haya declarado como reservados o secretos, también hay un impedimento formal para entrar a considerarla, toda vez que la CMF no dedujo esta alegación en la sede administrativa, limitándose en esa instancia a alegar como causal de reserva la prevista en el numeral 2° del citado artículo 21.

Si bien aquello es suficiente para desestimarla, pues de lo contrario se infringiría el principio de la congruencia, cabe agregar, además, que en caso alguno se configura la reserva opuesta, ya que el artículo 28 del D.L. N° 3.538 de 1980, consagra un deber funcionario de confidencialidad que no es suficiente para dar por configurada la causal de reserva del art. 21 N° 5 referida.

En efecto, los deberes u obligaciones del personal de la institución, no pueden entenderse como una causal de reserva que pueda invocar el organismo al que pertenecen dichos funcionarios. El mencionado artículo 28 forma parte del párrafo 4 del aludido D.L., el cual se titula “Del Personal de la Comisión para el Mercado Financiero”, y el artículo 26 que lo encabeza, dispone que “Todo el personal de la Comisión se regirá por un estatuto del personal de carácter especial. En lo no previsto en él o en la presente ley regirá, como legislación supletoria, el Código del Trabajo”.

Una cosa es la responsabilidad de los funcionarios -que es la regulada en la norma señalada- y otra la que tiene el órgano al evaluar una solicitud de información formulada conforme a la LT, caso en que corresponderá al Jefe de Servicio resolver si accede o no a entregar la información requerida. Para ello deberá invocar alguna de las causales establecidas por el artículo 21 de la ella u otra ley de quórum calificado, causales que para ser válidas deberían fundarse en las causales de secreto o reserva que específicamente establece el artículo 8° de la Constitución Política.

Por lo anterior, como ya lo ha resuelto esta Corte, en casos similares (Rol C.A. N° 341-2020) , lo referido en el artículo 28 del D. L. 3.538 citado “...se trata de una regulación que tiene como destinatarios exclusivamente al personal de la CMF, más no a la institución propiamente tal, de modo que tal precepto constituye una ley simple, y no una de quórum calificado en los términos exigidos por el artículo 8 inciso segundo de nuestra Carta Magna, que



establece excepciones al principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado.”

En tal virtud, la causal de reserva del N° 5 del artículo 21 de la LT tampoco puede prosperar.

Sexto: Por último, en lo que respecta a la causal de reserva referida en el N° 2 del artículo 21 de la LT, es decir “... *cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico*”, tampoco concurre en el presente caso, toda vez que, como se puede advertir de la misma Decisión de Amparo, el CPLT ordenó al CMF “... *en forma previa a la entrega de la información requerida, tarjar todos aquellos datos personales de contexto de quien efectuó la denuncia, si este fuese un tercero distinto de don Álvaro Pérez Castro y de todo tercero, persona natural, como, por ejemplo, la cédula de identidad, el domicilio particular, la fecha de nacimiento, la nacionalidad, el estado civil, el teléfono, el correo electrónico particular, entre otros, que pudieren estar contenidos en la información cuya entrega se ordena.*”

De esta forma, entonces, aplicando el CPLT el principio de divisibilidad, ha protegido la identidad del denunciante, cumpliendo de esa forma también con el artículo 83 del citado D. L. N° 3.538, en lo que se refiere al Estatuto del Denunciante.

Séptimo: A mayor abundamiento, en todo caso los argumentos vertidos por el CMF para soslayar que la Decisión de Amparo reclamada infringe el Estatuto del Denunciante, al exponer a esas personas a eventuales represalias si se logra establecer su identidad, son meras especulaciones, y en caso alguno pueden ser consideradas, desde que no cumplen con el estándar del Test de Daños que exige la jurisprudencia administrativa y judicial, motivo por lo cual esas alegaciones tampoco pueden revertir lo que se ha venido sosteniendo.

Octavo: En consecuencia, desestimándose todas las causales de reserva alegadas por el CMF, el reclamo de ilegalidad será rechazado.

Por estas consideraciones y con lo dispuesto, además, en los artículos 5, 11 letras a), c) y e), 28 y 30 de la Ley N° 20.285, se **rechaza**, sin costas, el reclamo de ilegalidad deducido por la



Comisión para el Mercado Financiero en contra de la Decisión de Amparo C5783-202, pronunciada por el Consejo para la Transparencia, con fecha 2 de febrero de 2023.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del ministro Tomás Gray.

Contencioso-Administrativo N° 127-2023.

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por los Ministros señor Jorge Zepeda Arancibia, señor Tomás Gray Gariazzo y el Abogado Integrante señor Sebastián Hamel Rivas. No firma el ministro señor Zepeda Arancibia no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

En Santiago, ocho de noviembre de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Tomas Gray G. y Abogado Integrante Sebastian Ramon Hamel R. Santiago, ocho de noviembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a ocho de noviembre de dos mil veintitrés, 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 03 de septiembre de 2023, 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 dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>