2021

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10.164-2021

[11 de noviembre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, Y 10, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CAPITAL S.A.

EN EL PROCESO ROL N° 119.696-2020, SOBRE RECURSO DE QUEJA, SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA

VISTOS:

Que, con fecha 22 de enero de 2021, Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A., representada convencionalmente por César Soto Cavieres, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en los autos caratulados "Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A. con Consejo para la Transparencia", sobre recurso de queja, seguidos ante la Corte Suprema, bajo el Rol N° 119.696-2020;

Preceptos legales cuya aplicación se impugna:

El texto de los preceptos impugnados dispone:

Ley 20.285

Art. 5°- *"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*

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

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, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas".

Art. 10.- "*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 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".

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

A fojas 1, la requirente refiere que en octubre del año 2018, Esteban Rodríguez González solicitó a la Superintendencia de Pensiones información consistente en "Planilla Excel con comisiones efectivas cobradas a los Fondos de Pensiones por las administradoras de fondos mutuos y de inversión de 2002 a la fecha".

Señala que previa oposición de su parte, la Superintendencia resolvió denegar la solicitud, por lo que el solicitante recurrió de amparo ante el Consejo para la Transparencia.

Agrega que dicho organismo acogió la solicitud de amparo, y ordenó entregar la información en los términos solicitados, por lo que posteriormente la actora presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Dicho reclamo de ilegalidad, añade, fue rechazado, por lo que presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema, el que constituye la gestión pendiente para estos autos constitucionales.

Indica la requirente, que la información solicitada corresponde a un conjunto de antecedentes que las AFP deben entregar a la Superintendencia de Pensiones de conformidad con la normativa vigente, y en el marco de las facultades de fiscalización y supervisión que corresponden a este organismo.

Añade que esta información se solicita a las AFP para ser divulgada al mercado en forma agregada, pero no desagregada y específica como lo requiere el solicitante.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Agrega que esto queda de manifiesto en el hecho de que la Superintendencia publica en su sitio web, las comisiones efectivas en un cuadro resumen, de manera trimestral.

Enfatiza que el detalle de las comisiones efectivas constituye información privada y altamente sensible, y el acceso a ésta permite conocer los acuerdos a que cada AFP ha llegado con sus contrapartes, dentro del marco de la libre competencia, y permite obtener una ventaja competitiva en la industria.

Como conflicto constitucional, la requirente afirma en primer lugar que las disposiciones legales cuestionadas vulneran la igualdad ante la ley, consagrada como garantía fundamental en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

En este punto, refiere que se produce un efecto contrario al ordenamiento constitucional, al otorgar un privilegio injustificado a ciertos particulares en perjuicio de entes privados que entregaron información sensible al ente regulador con ocasión de sus facultades fiscalizadoras. A juicio de la requirente, esta diferencia de trato carece de justificación racional, y por ende deviene en arbitraria.

En segundo término, estima transgredida la garantía constitucional de la libre iniciativa económica, establecida en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Señala que el legislador ha detallado cuál es la información que las AFP deben hacer pública, y ha mantenido el carácter privado de todo el resto de los antecedentes, como queda de manifiesto en el artículo 154 letra D) del D.L. 3500.

Por ello, insiste la actora, los preceptos legales cuestionados afectan en su esencia las atribuciones de quien desarrolla una actividad económica lícita.

Luego, la requirente señala que las normas en examen vulneran el derecho de propiedad consagrado en el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Política.

Señala que estas reglas vienen a disponer arbitrariamente de la información de un ente privado, sin justificación suficiente, generándose un perjuicio a la actividad que realiza, no sólo provocando una afectación a la propiedad de AFP Capital, sino que también a la propiedad de los fondos de pensiones que administra y por ende a la de los afiliados a ella.

En cuarto lugar, la actora refiere que la preceptiva cuestionada vulnera el derecho de propiedad intelectual e industrial consagrada como derecho fundamental en el numeral 25 del artículo 19 de la Constitución, pues permite que se tenga acceso a antecedentes que permiten apreciar cuáles son los modelos y sistemas específicos que AFP Capital utiliza en su actuación, lo que es parte de su acervo de creación intelectual y técnica.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 10 de febrero de 2021, a fojas 136, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma sala el día 11 de marzo de 2021, a fojas 244.

Confiriéndose los traslados de estilo, formuló oportunamente sus observaciones sobre el fondo, el Consejo para la Transparencia a fojas 253, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes.

Refiere que la Superintendencia de Pensiones denegó la información relativa a las comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones para las administradoras de fondos mutuos y de inversión en el extranjero, respecto de AFP Capital y otras cuatro administradoras de fondos de pensiones, por concurrir a su juicio la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

Señala, a su turno, que la información solicitada está en poder de la Superintendencia de Pensiones porque es necesaria para que dicho organismo ejerza sus facultades fiscalizadoras, de conformidad al D.L. 3500, y dicte resoluciones cuyo fundamento directo y esencial es dicha información.

Enfatiza que por más que las AFP se constituyan como sociedades anónimas, son de carácter especial, sometidas a las reglas de las sociedades anónimas abiertas, con legislación especial para efectos de la fiscalización de las inversiones que realizan con los recursos de los fondos de pensiones. De hecho, manifiesta que la información que remiten las AFP constituye fundamento del acto administrativo conjunto con el que la Superintendencia de Pensiones junto con la Comisión para el Mercado Financiero debe establecer anualmente las comisiones máximas a ser pagadas con cargo a los fondos de pensiones, a los fondos mutuos, los fondos de inversión y otros emisores, y además forman parte de procedimientos administrativos de fiscalización y control.

De este modo, su publicidad, indica el Consejo, se ajusta precisamente a lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo de la Carta Política, pues se trata de información que integra una decisión de la administración del Estado, toda vez que ha servido de fundamento a actos y resoluciones dictadas.

A su turno, el Consejo señala que el requerimiento presenta contradicciones en su argumentación, pues resulta incompatible solicitar en un requerimiento de inaplicabilidad, la impugnación de las normas cuestionadas, sosteniendo que la información solicitada está al margen del estatuto de lo público por exceder el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, y, a la vez, debatir su calificación como una excepción a la publicidad, en el caso particular, aquella contemplada en el N° 2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285. Señala que justamente es dicha causal de reserva la que el legislador estableció para la información que en principio es de carácter pública, pero susceptible de reservarse, por acreditarse que su publicidad afecta los derechos de las

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

personas. Por ello sostiene la insalvable contradicción en la que incurre el requerimiento de inaplicabilidad de autos, cuando alega infracción a los derechos consagrados en los numerales 2, 21, 24, y, 25 del artículo 19 de la Constitución.

Agrega el Consejo que en cuanto a la infracción a las garantías constitucionales invocadas, la requirente no aporta ningún elemento de hecho o de derecho para entender cómo la aplicación de los preceptos impugnados puede producir un resultado inconstitucional concreto en la gestión pendiente.

Finalmente, señala el Consejo que existen normas constitucionales, como son el artículo 8° inciso 2° y el artículo 19 N° 12 de la Constitución, y otros preceptos legales no impugnados de la Ley de Transparencia, tales como los artículos 3°, 4°, 5° inciso 1°, 10 inciso 1°, y 11 y del D.L. N° 3.500, que son aplicables al caso que corresponde resolver a la Corte Suprema, que permitirán igualmente sostener que procede ejercer el derecho de acceso a la información respecto de los antecedentes consultados y llegar a la misma conclusión.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 27 de julio de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Diego Kother Kraemer, por la parte requirente y Patricio González Tapia, por el Consejo para la Transparencia. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I.- EL CONTEXTO FÁCTICO Y LA IMPUGNACIÓN DEDUCIDA EN AUTOS.

PRIMERO. Como punto de partida, cabe consignar que el caso de autos se origina sobre la base de una solicitud realizada por don Esteban Rodríguez González, quien pidió a la Superintendencia de Pensiones, acceder a información correspondiente a: "a) Planilla Excel con comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones por las administradoras de fondos mutuos y de inversión 2002 a la fecha, (Nemotécnico, nombre de fondo inversión, fecha cobro/cargo, monto); b) Funcionarios a cargo de fiscalizar comisiones efectivas cobradas con cargo a los fondos de pensiones, durante cada año, 2002 a la fecha; c) Nombre del sistema informático utilizado por los funcionarios anteriores para fiscalizar comisiones cargadas a los fondos de pensiones; d) Unidad administrativa que creó y gestiona sistema informático del punto anterior; y, e) Funcionarios responsables de las respuestas entregadas en los numerales anteriores y de la tramitación de esta solicitud".

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

SEGUNDO. Luego, cabe señalar que mediante Oficio N° 23.910, de 31 de octubre de 2018, el órgano accedió parcialmente a lo requerido. Mediante Oficio N° 24996, de 16 de noviembre de 2018, la Superintendencia informa que AFP CAPITAL -y otras cuatro AFP- se opusieron a dicha solicitud, por cuanto entienden que dicha información no es (ni puede ser considerada como), pública, y que su entrega a terceros afecta sus derechos, los de los Fondos de Pensiones que administra y los de sus afiliados en cuanto titulares finales de tales fondos (concurrencia de causal de art. 21, N° 2, LT).

Señala la AFP requirente que, el conjunto de antecedentes y datos (detallados) que las AFP deben entregar a la Superintendencia de Pensiones, lo hacen de conformidad a la normativa vigente y en el marco de las facultades de fiscalización y supervisión que corresponden al referido ente público. La información contenida se requiere de las AFP para ser divulgada al mercado en forma agregada, más no desagregada y específica como lo requiere el señor Rodríguez. Por correo electrónico de 19 de marzo de 2019, el reclamante se desiste parcialmente del amparo respecto de los literales b), c) y d). Respecto del literal a), la Superintendencia de Pensiones señala que, para el caso de los Fondos Nacionales, la información correspondiente al período 2002 y segundo trimestre de 2009, no se encuentra disponible.

Frente a la denegación, el solicitante de la información presentó amparo ante el Consejo para la Transparencia, haciéndose parte las 5 AFP que se opusieron a la entrega de información solicitada.

El Consejo para la Transparencia acogió la petición en decisión C6093-18, de 29 de agosto de 2019, ordenando al órgano requerido: "a) Hacer entrega al reclamante, en formato Excel, de la información requerida en el literal a) de la solicitud, que no fue entregada en su oportunidad, especialmente, para el caso de los fondos nacionales, aquella correspondiente al período 2002 y segundo trimestre de 2009; y, además, la información del literal a), para el caso de los fondos extranjeros, desde 2002 a la fecha, con la desagregación requerida: (Nemotécnico, nombre de fondo inversión, fecha cobro/cargo, monto)."

TERCERO. Frente a la decisión del Consejo para la Transparencia, la requirente presentó reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso 511-2019, el que fue rechazado en fecha 21 de septiembre de 2020.

En contra de la sentencia anterior, la AFP requirente interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema, en contra de los Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago doña Marisol Rojas Moya y don Juan Carlos silva Opazo (s), y en contra del Fiscal Judicial de la misma Corte, don Daniel Calvo Flores, quienes, rechazaron reclamo de ilegalidad deducido por AFP CAPITAL S.A., en contra de la decisión de

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Amparo del Consejo para la Transparencia. El recurso de queja ante la Corte Suprema, en actual tramitación bajo el rol de ingreso N° 119696-2020.

El recurso de queja se encuentra en tabla, pendiente de vista, con procedimiento suspendido por resolución de la Primera Sala de nuestra Magistratura, de fecha 10 de febrero de 2021.

II.- ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.

CUARTO. En primer lugar, como asunto previo e importante al analizar la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas en autos, este Tribunal estima del caso enfatizar que la que se razone al efecto no importa cuestionar o discutir – en caso alguno - la facultad fiscalizadora que conforme a la respectiva legislación sectorial compete a la Superintendencia de Pensiones, ni tampoco cuestionar que dicho servicio deba contar con los antecedentes que le han sido solicitados.

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

QUINTO. En segundo lugar, cabe referirse también 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 254 y siguientes.

Sostiene, en síntesis, que la aplicación del inciso 2° del artículo 5° de la Ley N° 20.285 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 Pensiones y habría formado parte del procedimiento seguido por dicha superintendencia para el ejercicio de sus funciones públicas, de conformidad a la normativa sectorial que le rige.

SEXTO. Dicha alegación – como lo fue también recientemente en STC Roles N° 4669 (C. 8°), N° 4986 (C. 8° y 9°) y 5950 (c. 8° y 9°), entre otras – debe ser descartada, 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, que refiere 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". Tampoco, con las restantes disposiciones impugnadas.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

De modo que en realidad, las alegaciones referidas engarzan el artículo 5, inciso 1°, que no ha sido impugnado en autos, y que por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

Aquellos conceptos, entonces, pertenecen al ámbito de aplicación de otro precepto 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, debiendo abstenernos de manifestar un pronunciamiento – aún oblicuo – a su respecto, velando con ello por el respeto de los límites funcionales de nuestra Magistratura y de la Judicatura encargada de conocer la gestión sub lite pendiente.

SÉPTIMO. Finalmente, como cuestión previa, cabe reafirmar que el recurso de queja constituye una gestión judicial pendiente, en la que pueden tener aplicación los preceptos impugnados, de modo que es apto para que en su contexto, se ejerza una acción de inaplicabilidad.

No se aprecia inconveniente para que un recurso de queja sirva de gestión pendiente. Desde luego, porque no es la primera vez que ante esta Magistratura se presenta como gestión pendiente, en un requerimiento de inaplicabilidad, un recurso de queja. Ello ha sucedido, por ejemplo, en varias ocasiones anteriores (STC roles N°s 1268/2008, 1507/2009, 1711/2010, 1831/2010, 1892/2011, 2290/2012, 2620/2014, 2652/2014, 2505/2013, 2492/2013, 2695/2014, 2558/2013, 2876/2015, 2802/2015, 2891/2015, 2697/2014, 2722/2014, 2931/2015, 4785/2018, 4986/2018, 6136/2018). **De hecho, en seis de estos casos, el Tribunal se pronunció sobre la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, entre otras normas de la Ley de Transparencia** (STC roles N°s 2290/2012, 2558/2013, 2505/2013, 4785/2018, 4986/2018. 6136/2018).

Además, es claro que las normas legales impugnadas sin duda influyen en la gestión pendiente de autos, puesto que en ella lo que se analizará será la existencia o no de una falta grave o abuso de parte de la Corte de Apelaciones en la aplicación que dio a dichas normas en el reclamo de ilegalidad, que ordenó entregar la información solicitada y a cuya entrega se opuso la requirente.

III.- ALGUNOS ANTECEDENTES EN TORNO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 8, INCISO 2°, DE LA CONSTITUCIÓN, CONSIDERADOS EN SENTENCIAS PREVIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

OCTAVO. Según se ha apuntado en la parte expositiva, uno de los problemas planteados por el requirente dice relación precisa con que la aplicación de los preceptos impugnados entraña una contravención al artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

En este sentido, 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".

NOVENO. En relación al alcance de la precitada disposición constitucional, cabe consignar que esta 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, 2907/2015, 3111/2016, 3974/2018 y 4986/2019.

DÉCIMO. En las consideraciones siguientes, siguiendo lo razonado ya por nuestra Magistratura al efecto, nos referiremos al alcance de la disposición contenida en el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución.

DÉCIMO PRIMERO. 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° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 11°). O dicho en otros términos, "son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen" (C. 26°, STC Rol N° 2982).

DÉCIMO SEGUNDO. Igualmente, resulta pertinente considerar, tal como se hiciere entre otras, en las STC Roles N° 2907 (C. 24°), 3111 (C. 21°) y 3974 (12°), 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.

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 de 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 actual artículo 8° de la Constitución, se

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

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° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 12°).

DÉCIMO TERCERO. En línea de lo anterior, y en aras a fijar el alcance del precepto constitucional sobre el que se construye el conflicto constitucional de autos, es menester considerar – como ya lo ha hecho esta Magistratura – que se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una *reforma constitucional* (Boletín 8805-07) destinada a reconocer constitucionalmente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Aquella modifica dos preceptos de la Constitución.

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 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 CUARTO. 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.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

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 3111, c. 26°; STC Rol N° 3974, c. 14°).

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 3111, c. 26°; STC Rol N° 3974, c. 14°).

DÉCIMO QUINTO. Debiendo nuestra Magistratura resolver conforme al texto constitucional vigente, en este caso preciso, el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, cuya modificación se pretende con la reforma a que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes y que innova respecto de la información solicitable, cabe considerar que en la disposición vigente, como ha consignado esta Magistratura, actualmente no existe obligación de entregar la información que la reforma pretende agregar a la mentada disposición constitucional. Se ha resuelto, en este sentido, que "no existe la obligación de entregar esta información. No tendría sentido una modificación constitucional para agregar algo que ya existe" (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 30°; STC Rol N° 3111, c. 27°; STC Rol N° 3974, c. 15°).

DÉCIMO SEXTO. Luego de señalado lo anterior, cabe explicitar que el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, señala cuales son las excepciones a la publicidad, considerando dentro de ellas, a la afectación de los derechos de las personas. Como ha señalado esta Magistratura, al efecto, la Constitución habla de "derechos de las personas", de manera genérica, sin en listarlos y sin referirse a ellos como derechos constitucionales (STC Roles N° 1990, c. 27°; STC Rol N° 3111, c. 28°; STC Rol N° 2907, c. 31°; STC Rol N° 3974, c. 16°). Ha sido, por cierto, el legislador, quien ha desarrollado – en el ámbito en el que se ventila esta causa – esta causal de reserva, específicamente, en el art. 21, N° 2, de la Ley de Transparencia. Aquel puntualiza que dicha causal ha de estimarse concurrente cuando la 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". Por lo mismo, ha entendido esta Magistratura que cuando el legislador califica ciertos antecedentes como secretos o reservados, siendo claro al respecto, como lo es en el referido artículo 21, N° 2, no caben interpretaciones administrativas respecto de su alcance (STC Rol N° 2278, c. 8°; STC Rol N° 2290, c. 8°; STC Rol N° 2907, c. 32°; STC Rol N° 3974, c. 16°);

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

IV.-LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS SON INAPLICABLES, AL CONTRAVENIR EL ARTÍCULO 8°, INCISO 2°, DE LA CONSTITUCIÓN.

DÉCIMO SÉPTIMO. 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 – que es el parámetro constitucional respecto del cual habrá de enjuiciarse la inaplicabilidad de las normas impugnadas – corresponde explicar los motivos por los cuales el requerimiento será acogido, bajo la premisa de que la aplicación de los preceptos impugnados excede o contraviene lo que dispone el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución.

DÉCIMO OCTAVO. En efecto, y tal como ya se apuntó previamente 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 recientes y pertinentes a efectos de autos (STC Rol N° 2907, c. 34°; STC Rol N° 3111, c. 30°; STC Rol N° 3974, c. 18°; STC Rol N° 4986, c. 20°).

DÉCIMO NOVENO. 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, tanto el artículo 5°, inciso 2°, como el artículo 10, inciso 2°, obligan a entregar "la información elaborada con presupuesto público" y también "toda otra *información* que obre en poder de los órganos de la Administración".

VIGÉSIMO. De lo señalado anteriormente fluye nítidamente que dos preceptos impugnados 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

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración" (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 20°; STC Rol N° 4986, c. 22°).

VIGÉSIMO PRIMERO. En contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las normas impugnadas, nuestra 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° 3111, C. 32°; STC Rol N° 3974, c. 21°; STC Rol N° 4986, c. 23°).

VIGÉSIMO SEGUNDO. Tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16 y 3974/18, 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; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (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° 3111, c. 33°; STC Rol N° 3974, c. 22°; STC Rol N° 4986, c. 24°).

VIGÉSIMO TERCERO. Además - y tal como lo ha entendido previamente nuestra Magistratura - 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 Constitución comienza señalando: "son públicos" (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol 3111N° 34°; STC Rol N° 3974, 23°; STC Rol N° 4986, c. 25°).

VIGÉSIMO CUARTO. En mérito de las anteriores consideraciones, es la aplicación de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, no resulta coherente con la regulación dispuesta en el 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

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

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° 3974, c. 24°; STC Rol N° 4986, c. 26°).

VIGÉSIMO QUINTO. En abono de todo lo anterior, cobra relevancia la reforma constitucional (Boletín 8805-07) a la que se ha aludido previamente, 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 establece esta variable" (STC Roles N° 2907, c. 39°; STC Rol N° 3111, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 25°; STC Rol N° 4986, c. 27°).

VIGÉSIMO SEXTO. Igualmente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos impugnados encuentra asidero en la historia fidedigna del artículo 8°. Como se apuntó, 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 en pronunciamientos recientes y pertinentes a efectos del caso de autos (entre otros, STC Rol N° 2907, c. 40°; STC Rol N° 3111, c. 36°; STC Rol N° 3974, c. 26°; STC Rol N° 4986, c. 28°).

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En suma, por las razones expuestas, se acogerá el requerimiento impetrado, en tanto la aplicación de los preceptos se revela contraria al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución y así se declarará.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, 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 FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, Y 10, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN EL PROCESO ROL N° 119.696-2020, SOBRE RECURSO DE QUEJA, SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA. OFÍCIESE.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.

DISIDENCIA

El Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro SEÑOR RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar el requerimiento por las siguientes consideraciones:

I.- Conflicto constitucionalmente planteado

1º. El requirente, AFP CAPITAL S. A., presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *respecto de los artículos 5, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública*, con el objeto de ser declarada inaplicable en su reclamo de ilegalidad en contra de decisión de amparo del Consejo para la Transparencia, ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 511-2019), en actual tramitación ante la Corte Suprema (rol 119.696-2020), por recurso de queja. El recurso se encuentra pendiente de vista y fallo.

2º. Con fecha 2 de octubre de 2018, don Esteban Rodríguez solicitó a la Superintendencia de Pensiones la siguiente información:

"-planilla Excel con comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones por las administradoras de fondos mutuos y de inversión 2002 a la fecha, (Nemotécnico, nombre de fondo inversión, fecha cobro/cargo, monto).

-funcionarios a cargo de fiscalizar comisiones efectivas cobradas con cargo a los fondos de pensiones, durante cada año, 2002 a la fecha.

-nombre del sistema informático utilizado por los funcionarios anteriores para fiscalizar comisiones cargadas a los fondos de pensiones.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

-unidad administrativa que creó y gestiona sistema informático del punto anterior.

-funcionarios responsables de las respuestas entregadas en los numerales anteriores y de la tramitación de esta SAI [solicitud de acceso a la información].".

La Superintendencia de Pensiones accedió parcialmente a la entrega de información. En cuanto a las comisiones cobradas por los fondos nacionales, mediante Oficio Nº 23.910, de 31 de octubre de 2018, la Superintendencia informó que la información correspondiente al periodo 2002 y segundo trimestre de 2009 no se encontraba disponible. Para el periodo posterior, la Superintendencia informó que los antecedentes se encontraban disponibles en el sitio web de la Superintendencia. Luego, respecto de las comisiones cobradas por los fondos extranjeros, mediante Oficio Nº 24.996, de 16 de noviembre de 2018, denegó la entrega de esa información atendido que las AFP Capital S.A., Provida S.A, Modelo S.A., Cuprum S.A. y Hábitat S.A. se opusieron a la entrega de los antecedentes, ya que estos contendrían información comercial o económica de su propiedad y, además, se trataría de información privada y confidencial.

El solicitante de información recurrió de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Con fecha 29 de agosto de 2019, el Consejo aludido (rol C6093-18) acogió parcialmente el amparo, ordenando a la Superintendencia de Pensiones a entregar "en formato Excel, la información sobre comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones por las administradoras de fondos mutuos y de inversión, para el caso de los fondos nacionales, correspondiente al período 2002 y segundo trimestre de 2009; y, además, para el caso de los fondos extranjeros, desde 2002 a la fecha, con la desagregación requerida: (Nemotécnico, nombre de fondo inversión, fecha cobro/cargo, monto)".

Con fecha 21 de septiembre de 2020, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el reclamo de ilegalidad interpuesto por la requirente en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia. Frente a ello, la requirente dedujo recurso de queja, en actual tramitación ante la Corte Suprema.

3º. En cuanto al conflicto planteado ante esta Magistratura, la requirente sostiene que los preceptos impugnados exceden el marco constitucional establecido en el artículo 8º, inciso segundo, al pretender configurar una definición de información pública que carece de sustento constitucional.

Alega que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera la igualdad ante la ley (artículo 19, Nº 2 de la Constitución), pues viene a otorgar un privilegio injustificado a ciertos particulares (todos los entes que operan en el mercado financiero) en perjuicio de los entes privados que entregan determinada información sensible (de las AFP) al ente regulador con ocasión de sus facultades fiscalizadoras.

Así también, se infringe la libre iniciativa económica (artículo 19 Nº 21 de la Constitución), ya que el legislador ha abordado expresamente cuál es la información

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

que las AFP deben hacer pública, dentro de la cual no se encuentran las comisiones efectivas cobradas a los Fondos de Pensiones, de manera que la aplicación de los preceptos impugnados altera el esquema legal previsto para la operación de las AFP.

Enseguida, sostiene que se vulnera el derecho de propiedad (art. 19 Nº 24 de la Constitución) de la requirente y de los Fondos de Pensiones, pues la entrega al público de información reservada, sin sustento legal, genera un perjuicio a la actividad desarrollada por la requirente. Asimismo, se contraviene el derecho de propiedad intelectual e industrial (art. 19 Nº 25 de la Constitución), ya que la difusión de la información solicitada permitirá el acceso a los modelos y sistemas específicos que utiliza la AFP Capital en su actuación, lo que, precisamente, es su acervo de creación intelectual y técnica y, en tal carácter, es mantenido en reserva.

4º. En cuanto a las normas impugnadas de la Ley N° 20.285, se destacan subrayadamente las partes que el requirente solicita su inaplicabilidad:

Artículo 5°.- *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, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Artículo 10.- *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 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.

II.- Criterios interpretativos

5º. Como cuestión previa cabe constatar que esta Magistratura ha tenido una jurisprudencia cada vez más habitual y reiterativa respecto de la inaplicabilidad de los incisos segundos de los artículos 5° y 10° de la Ley N° 20.285, de acceso a la información pública en multiplicidad de requerimientos (STC 2153, 2246, 2379, 2907, 2997, 3974, 4402, 4669, 4785, 4886, 4986, 5841, 5950, 5958, 6136 y 7425, entre otros). Se trata de casos específicos en donde se han reproducido criterios de mayoría y minoría que con pocas varianzas ha terminado por acoger un buen conjunto de requerimientos.

No obstante, si bien el núcleo central de dichas cuestiones permanecen y vale la pena ser reconducidas a dicha jurisprudencia, lo cierto es que aquí nos haremos

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

cargo de una nueva reestructuración de los estándares sobre el contencioso administrativo de acceso a la información para aplicarlo a una Administradora de Fondos de Pensión, según los criterios que especificaremos seguidamente.

6º. Dentro de los criterios interpretativos de este caso y que servirán de guía para su resolución identificaremos los siguientes elementos. Primero, encuadraremos el caso dentro de lo que se conoce como el problema de las relaciones informativas de terceros con el Estado. En segundo lugar, veremos cómo las AFP no están obligadas por la Ley N° 20.285 sino que por el régimen de publicidad del DL 3.500. En tercer término estudiaremos el origen de la documentación solicitada en la gestión pendiente y su vínculo con el procedimiento y fundamento de un acto de la Administración. En cuarto lugar, analizaremos el modo en que se decide la naturaleza de esta información, relevando la importancia de la razón democrática por sobre la razón tecnocrática aunque sin oponerse a ésta. De ahí en adelante se analizan cómo no se producen infracciones ni a la igualdad ante la ley, ni ante el derecho a la libre iniciativa económica, ni al derecho de propiedad ni al derecho de propiedad industrial, según se estudiará.

a.- El problema de las relaciones informativas de terceros con el Estado

7º. El desarrollo tecnológico de los últimos decenios ha tenido una progresión cuántica que modificó la realidad de un modo tal que hoy nos transformó en una sociedad de la información al alcance de todos los ciudadanos.

Se promueve una "ciudadanía digital" y se amplían las estrategias para acceder a la "formación digital" de cada persona. Esta auténtica revolución tecnológica abarca al Estado mismo exigiendo una transformación de su propio obrar. El Estado requiere, exige y elabora información para su pretendida actuación fundada, pertinente y oportuna. Los medios tecnológicos potencian este vínculo y se abre un espacio para el acceso a bienes públicos que obligan a una identificación de beneficiarios que exige un tratamiento de datos personales.

Esta realidad implica que la frontera que distingue entre lo público y lo privado se encuentra sometida a una particular tensión. Hay información privada que se necesita para acceder a bienes públicos; para ejercer derechos fundamentales o son el medio para alcanzar fines públicos. Los datos son claves y sin ellos el Estado no sólo actuaría ciegamente sino que su ausencia propiciaría la desconfianza de los ciudadanos en los órganos del Estado que no tendrían idea de la realidad llamada a gobernar y administrar. A veces, "en la sociedad actual, las Administraciones públicas poseen informaciones inaccesibles por otros medios" y su difusión "previene la corrupción y el derroche de fondos públicos" [Guichot, Emilio (2003),"El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública", Revista de Administración Pública, N° 160, Enero-abril de 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 291).

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

En este sentido, los terceros caracterizados indiferenciadamente, entran en un intenso proceso de relaciones informativas con diversos organismos estatales. Los terceros no pierden el control sobre sus datos ni su autodeterminación informativa lo que está garantizado constitucionalmente (artículo 19, numerales 4° y 12°, de la Constitución), pero hay un problema objetivo sobre su sola tenencia, tratamiento y accesibilidad. Esa relación es inescapable y la tarea de la jurisprudencia constitucional y ordinaria es el resguardo de las esferas de desarrollo de los derechos fundamentales en el contexto de la intensidad de estos vínculos.

8º. Atendido lo anterior, en este contencioso se pone en juego un tipo particular de dilema jurídico que se asocia a la vinculación que tienen los terceros con el Estado en sus relaciones de información. Ese vínculo depende de tres dilemas previos a la determinación constitucional.

Por una parte, el examen del sujeto obligado. Si tiene obligaciones activas y pasivas de información y el tipo específico de tercero que es en relación con la Administración.

Un segundo problema es si lo solicitado es un acceso a una información o a una documentación, según veremos. Y si la información/documentación es propia o ajena.

Y, finalmente, sobre quién o quiénes tiene la responsabilidad de fijar una interpretación o apreciación sobre dicha información/documentación.

b.- Las AFP no están obligadas por la Ley N° 20.285 sino que por el régimen de publicidad del DL 3.500

9º. La AFP es un tercero en esta relación con el Estado. No es un órgano estatal y no se encuentran sometido a obligaciones de transparencia activa ni a los mandatos de la Ley N° 20.285. Los proyectos de ley (Boletín 6480 tramitado el año 2009, entre otros) que han pretendido incorporarlas en su carácter de obligadas evidencian que nos encontramos frente a una materia clara. No son sujetos pasivos de esta obligación general de transparencia.

Las AFP son sociedades anónimas que "tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley" (artículo 23 del Decreto Ley 3.500).

Las AFP se manifiestan desde una forma jurídica societaria al servicio de una finalidad pública exclusiva. Se trata de áreas que los tratadistas han entendido eran viejas tareas del Estado y de su Administración que han vuelto a organismos de la sociedad civil. "Son ahora los agentes sociales y los operadores económicos privados los que están asumiendo muchas funciones en esos y otros frentes, desarrollando actividades que tienen una marcada significación pública y esa noción sobre el carácter público, fundamental para el conjunto de la sociedad, no se ha perdido"

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

[Esteve Pardo, José (2016), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Sexta edición, Marcial Pons, Madrid, p. 53).

10º. Esta dimensión pública se desenvuelve en una relación particular con el Estado en la determinación de su forma, objeto, finalidad y sujeción a un órgano regulador público. Este carácter de relación de servicio a lo público se revela por la ausencia de autonomía para determinar otras finalidades diversas a la de invertir los fondos que administra y produce en términos de prestaciones sociales de seguridad social. No sólo carece de libertad sino que es el legislador el que provee la voluntad genérica de acción sobre sus finalidades. Su objeto también está delimitado normativamente. Su margen de acción es controlado y fiscalizado por un órgano público de la Administración del Estado como es la Superintendencia de Pensiones.

En consecuencia, es un tercero cuya autonomía está severamente restringida al punto que respecto de ella prácticamente se aplica el principio de la regla de oro del derecho público en cuanto a las potestades previas autorizatorias de actuación más que un ejercicio de libertad. Es evidente que éstas tienen márgenes de actuación propio pero dentro de un marco pre ordenado por el legislador, especialmente, en cuanto a sus finalidades.

11º. Pero esta relación no se limita al Estado ni se satisface en ese vínculo. Lo más relevante es el sentido de su vínculo con otros terceros.

La dimensión de servicio es instrumental a favor de sus cotizantes de seguridad social que son todos los trabajadores de Chile. Lo más relevante es que su origen se funda en una obligación impuesta a todos los trabajadores de realizar cotizaciones obligatorias autorizadas por la Constitución (artículo 19, N° 18 de la Constitución). Sin esta obligación constitucional no existiría un vínculo de servicio con los terceros trabajadores.

Esta relación con los trabajadores partió en el mercado formal de las relaciones contractuales desde sus inicios con el Decreto Ley N° 3.500 y desde el año 2018 abarca a todo trabajador independiente descontándose a éstos cotizaciones sociales de sus honorarios (Ley 21.133).

Respecto de ellos, la AFP tiene una administración fiduciaria de esos fondos; responden por los perjuicios causados a sus cotizantes en sus cuentas de capitalización individual (artículo 39 del DL 3.500); responden por la información contenida en el sistema de consultas y ofertas de montos de pensión (artículo 61 bis DL 3500); responden por la protección de los datos personales de los cotizantes; responden hasta la culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones (artículo 147 DL 3500) y éstas deben efectuar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administra (artículo 147 del DL 3500).

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Esta relación fiduciaria con los cotizantes nos reivindica que las relaciones de información no se dan en un marco dialógico Superintendencia/AFP sino que en una tríada que tiene como actor esencial a los otros auténticos terceros, que son los trabajadores, a quienes les administran obligadamente sus recursos por disposiciones de la Constitución y las leyes (STC 7442).

12º. La presencia de los cotizantes y sus prestaciones de seguridad social como el objeto último de las AFPs no lleva a modificar el patrón normativo de sustraerse de las obligaciones generales de la Ley N° 20.285. El no estar obligado por el régimen general no implica que no tenga ninguno. Su régimen de publicidad está predeterminado por el propio DL 3.500 y en ese marco debe examinar esta Magistratura el presente caso.

Nuestro Tribunal ha sostenido que la Ley N° 20.285 no monopoliza ni totaliza el contenido completo del artículo 8° de la Constitución. Por lo mismo, sea por la concurrencia de la disposición cuarta transitoria, respecto de reglas anteriores al 2005, así como todo régimen normativo posterior a la indicada reforma constitucional puede contener previsiones normativas sobre estas cuestiones. Así lo sostienen la STCs 2907 (cc. 43 y 44); 5950 (c. 31) y 7425 (c. 30), entre otras.

Así como la jurisprudencia del Tribunal ha validado un conjunto fundado de reservas y secretos que están considerados en diversas leyes [la ficha clínica de la Ley N° 20.584- STC 4785; actuaciones procesales penales temporalmente secretas-STC 4512, entre otras], también la noción de publicidad se encuentra en diversas reglas constitucionales (artículos 38, 63 numeral 18°, 65 inciso 4° y numeral 2°). "El punto es importante, porque no una sino varias leyes pueden establecer excepciones a la publicidad de determinados actos, procedimientos o fundamentos. La Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental. De hecho, este mismo cuerpo legal asume la existencia de otras disposiciones (por ejemplo, artículos 5°, inciso primero; 10, inciso segundo; 11, letras b) y d); 21, N° 5, y 22, del artículo primero de la Ley N° 20.285)" (STC 2505, c. 26°).

En consecuencia, hay un régimen plural de publicidades y reservas, lo que deriva en una modalidad genérica de acceso a la información pública (Ley N° 20.285) pero no única.

c.- Origen de la documentación y su relación con el procedimiento y fundamento de un acto de la Administración

13º. El objeto del artículo 8° de la Constitución es calificar la publicidad de los actos, resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos utilizados en dichas decisiones jurídicas.

Nuestra Magistratura se ha encargado de precisar el sentido genérico de dicho mandato de publicidad como marco de actuación de todos los órganos del Estado. No menciona acceso, entrega, transparencia ni información; no los descarta, pero tampoco

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

cierra posibilidad al legislador. No establece un principio de publicidad, como sí lo hace respecto de la probidad, ni señala que los órganos del Estado deban dar estricto cumplimiento a él. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento, pero sí constituye un elemento de interpretación (STC 1990, cc. 18° y 19°).

Ahora bien, más allá de la dimensión que nos divide acerca de la presencia de un principio de publicidad, el artículo 8° tiene un alcance superior a las reglas legales de transparencia existentes antes de la reforma constitucional del 2005.

En tal sentido, nuestra Constitución amplió la publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado extendiéndola no solo a los "actos" emanados de éstos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, la extendió a los fundamentos de tales actos o resoluciones, así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo, como lo hacía la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, sólo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial (STC 634, c. 14°).

14º. Específicamente, la Constitución "manda que sean públicos los actos y resoluciones. Esta expresión es suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad. No pueden, entonces, interpretarse estas expresiones desde la perspectiva de los órganos de la Administración del Estado, pues caben aquí las leyes. Quedan incluidos, entonces, los actos administrativos, sea que decidan o no. En la expresión resoluciones, por su parte, se incluyen no sólo las municipales, las que emanan de los jefes de servicio, los reglamentos regionales. También quedan comprendidas aquí las sentencias" (STC 1990, c. 21°).

Por su parte, "fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41)." (STC 2379, c. 43°).

15º. Definidos estos estándares generales, la jurisprudencia nuestra ha definido un test de constitucionalidad y otro de legalidad.

"La dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8° de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas" (STC 2505, c. 26°).

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

16º. En consecuencia, para definir el segundo problema a que aludimos con las relaciones informativas de terceros con el Estado, nos corresponde dilucidar si lo solicitado es un acceso a una información o a una documentación, según veremos. Y si la información/documentación es propia o ajena y en el marco de qué características específicas.

La gestión pendiente gira en torno a la entrega de información relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones en el marco de las inversiones realizadas con ellos.

Al respecto, cabe mencionar que son de cargo de los Fondos de Pensiones, esto es, de los ahorros en las cuentas de capitalización individual de cada afiliado, las comisiones de administración incluidas en cuotas de fondos mutuos y de inversión, títulos representativos de índices financieros y vehículos de capital y deuda privada extranjera, las comisiones pagadas por sus inversiones en cuotas de fondos mutuos y de inversión extranjeros y en títulos representativos de índices financieros, las comisiones pagadas por sus inversiones en vehículos de capital y deuda privada extranjera directa y las comisiones pagadas a los fondos mutuos y de inversión nacionales.

De conformidad con el inciso sexto del artículo 45 bis del DL Nº 3.500, para efectos de las inversiones con los recursos de los Fondos de Pensiones en los instrumentos antes señalados, la Superintendencia de Pensiones y la Comisión para el Mercado Financiero establecerán anualmente, por resolución conjunta, debidamente fundada y que procure reflejar valores de mercado, las comisiones máximas a ser pagadas con cargo a los Fondos de Pensiones. Si las comisiones pagadas son mayores a los máximos establecidos, los excesos sobre estas últimas serán de cargo de las AFPs.

Asimismo, de acuerdo con el inciso séptimo del artículo 45 bis del DL Nº 3.500, para efectos de las comisiones de administración pagadas por las AFP a entidades extranjeras, la Superintendencia de Pensiones establecerá anualmente, por resolución conjunta, debidamente fundada y que procure reflejar valores de mercado, las comisiones máximas a ser pagadas con cargo a los Fondos de Pensiones. Si las comisiones pagadas son mayores a los máximos establecidos, los excesos sobre estas últimas serán de cargo de las AFPs.

A su turno, el inciso octavo del artículo 45 bis del DL Nº 3.500 establece que la Superintendencia de Pensiones deberá informar trimestralmente las comisiones efectivamente pagadas por los Fondos de Pensiones y las administradoras a los fondos de inversión, fondos mutuos y otros emisores con comisiones implícitas, así como también las comisiones efectivamente pagadas a las entidades mandatarias. Las AFPs también deberán publicar estas comisiones. Este deber de publicidad se especifica en la letra C del Título IV del Libro IV del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones. Así, las AFPs deben publicar en su sitio web los informes que trimestralmente emite la Superintendencia de Pensiones sobre comisiones pagadas,

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

dentro de los primeros 5 días hábiles de los meses de septiembre, diciembre, marzo y junio, para los trimestres primero, segundo, tercero y cuarto, respectivamente.

Para efectos de fiscalizar el cumplimiento del límite máximo a cobrar por comisiones con cargo a los Fondos de Pensiones, en el Título IV del Libro IV del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones se define el procedimiento para determinar las comisiones a pagar por los Fondos de Pensiones, la información que las AFPs deberán remitir a la Superintendencia de Pensiones, el formato específico en que dicha información deberá constar y el procedimiento para la determinación de la comisión pagada en exceso.

17º. En consecuencia, la información relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones por las inversiones en determinados instrumentos de inversión consta en la Superintendencia de Pensiones, ya que no se trata de información que haya que elaborar sino que se enmarca dentro de la obligación de dar y no de hacer, según el estándar fijado por esta Magistratura. El acceso es a información existente y no a un derecho a procesar, sistematizar u ordenar antecedentes con cargo a la Administración del Estado.

Y, en segundo lugar, se trata de una información que se adapta a los formatos públicos y se elabora con la actividad de inversión de la AFP. Aunque sea un matiz, no se trata de información elaborada libremente por la AFP sino que es el resultado de una acción intencionada de la Superintendencia de Pensiones en el examen de las inversiones de los fondos y sus rentabilidades.

18º. Como corresponde al ámbito del artículo octavo constitucional, éste no menciona la expresión documento ni información. En consecuencia, para calibrar cuándo nos encontramos al amparo de su régimen normativo la determinación esencial es partir con un análisis que principie con un sentido de realidad y que se articule con un sentido finalista.

El sentido de realidad es que la Administración en sus relaciones informativas opera, y cada vez más en el futuro, ampliando su margen de actuaciones mediante todo tipo de formatos: archivos físicos, virtuales, sonoros, escritos, documentales, videos, gráficos, fórmulas, mapas, algoritmos, etc., informaciones en general. En todas ellas, ha de primar el contenido por sobre el continente. No resulta razonable estrechar el marco de acción del precepto constitucional por una definición lingüística de uno de sus elementos materiales y no del contenido que expresa.

Sin embargo, el factor decisivo es el sentido finalista que determina la asociación del contenido de la información en su vínculo con un acto, resolución, fundamento y procedimiento.

Como consecuencia de estas definiciones, las informaciones solicitadas deben estar conectadas con el régimen público del sector regulado de un modo doble. Por un lado, la conexión puede ser directa (acto, resolución o procedimiento) o indirecta (fundamento). Y, en segundo lugar, esa conexión debe ser necesaria al acto, resolución

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

o procedimiento de un modo tal que si omitimos esa información habría que estar al cumplimiento del fin público que la satisfizo. Dicho de otro modo, lo que se debe demostrar es si la ausencia de dicha información es irrelevante o relevante para satisfacer el estándar público o, simplemente, es un conjunto de antecedentes tan remotos que ni siquiera fundan acto público alguno.

19º. El caso que nos ocupa es uno de aquellos en donde la información (relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones) no configura por sí mismo ni un acto ni una resolución pública. Sin embargo, sostendremos que, en regla de principio, dichas informaciones se sitúan en la esfera del fundamento de un acto público con vista a un procedimiento de fiscalización de la Superintendencia de Pensiones.

Recordemos que esta Magistratura ha sostenido por tal, que el "fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). Los procedimientos que se utilicen para la dictación de un acto administrativo, constituyen el conjunto de reglas que configuran un método o sistema que conlleva a un órgano del Estado a adoptar una decisión que se traduce en un acto jurídico administrativo o, bien, en la ejecución de un acto determinado" (STC 2870, c. 15°; 2871; c. 15°; 2982, c. 45°, entre otros).

20º. En efecto, el conflicto constitucional implica sostener que la dicotomía pública/privada es resorte del juez constitucional y para ello debe verificar la existencia de esa conexión con la dimensión de lo público en cualquiera de las cuatro vertientes de actuación de un órgano del Estado (acto, resolución, procedimiento o fundamento). Lo anterior, no implica que toda la información sea pública puesto que el propio artículo 8° de la Constitución garantiza reservas. Y el examen de publicidad/secretos es propio del juez ordinario en el proceso contencioso administrativo de información. En tal sentido, el Tribunal Constitucional no puede reemplazar la decisión del Consejo para la Transparencia ni de las Cortes en la verificación de las causales de reserva y su aplicación en el caso concreto.

En este caso, el vínculo de la información relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones se sostiene en un conjunto de reglas propiamente públicas desde una doble perspectiva. Primero, atendiendo a los fundamentos de los actos de fiscalización de la Superintendencia de Pensiones en relación con la política de inversiones de las AFPs. Y, en segundo lugar, por el procedimiento establecido para la determinación de las comisiones a pagar por los Fondos de Pensiones. En cualquier caso, se trata de una información producida para la administración del Estado. Si la Superintendencia de Pensiones no se la pidiera, no existiría como información sino que como un conjunto desconectado de datos de inversión.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

21º. En cuanto a los fundamentos, toda la información está estrechamente asociada al régimen de inversiones de los fondos de pensiones por tres tipos de razones: el objetivo de las inversiones; la manera en que se cautelan los conflictos de interés y, en tercer término, acerca de cómo la publicidad da luz a ambos tipos de objetivos puesto que sin ellas no existiría claridad de cómo alcanzar ambos objetivos públicos.

De acuerdo con el artículo 45 del Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, las inversiones de los fondos de pensiones tienen como único objetivo la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad, de manera que todo otro objetivo que se les dé es contrario a los intereses de los afiliados y constituye un incumplimiento grave de las obligaciones de las AFP. Para dicho efecto, la ley define los instrumentos de inversión y, junto con el Régimen de Inversión de los Fondos de Pensiones, fija los límites por instrumento y emisor. Las comisiones efectivamente pagadas por los Fondos de Pensiones se enmarcan dentro del proceso de inversiones antes señalado.

Asimismo, la ley establece la normativa relativa a los conflictos de intereses que pueden generarse en dichas inversiones, entre otras materias. El artículo 50 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, previene que las AFP deben contar con políticas de inversión para cada uno de los fondos de pensiones, así como con una política de solución de conflictos de interés, las cuales deben ser comunicadas a la Superintendencia de Pensiones y al público en general.

En último lugar, "toda publicación de la composición de la cartera de inversión de los distintos Tipos de Fondos de Pensiones de cada una de las Administradoras, deberá referirse a períodos anteriores al último día del cuarto mes precedente. El contenido de dichas publicaciones se sujetará a lo que establezca una norma de carácter general de la Superintendencia. Con todo, esta última podrá publicar la composición de la cartera de inversión agregada de los Fondos de Pensiones referida a períodos posteriores al señalado" (inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 3.500).

22º. Ahora bien, esta información también se vincula a un procedimiento público. Lo anterior, puesto que la metodología requerida es el procedimiento estandarizado que definió la Superintendencia de Pensiones para permitir su tarea. La información solicitada permitirá ilustrar las particularidades de las inversiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones y publicidad.

23º. No escapa a esta Magistratura que las reglas legales de publicidad identificadas en este caso se fundan en normas legales previas y posteriores a la reforma constitucional del 2005. En tal sentido, la función que cumple la disposición transitoria cuarta cambia en un caso u otro. Por solo dar un ejemplo de los cambios posteriores, el artículo 26 en su inciso final, fue establecido por el Congreso Nacional mediante la Ley N° 20.255, de 17 de marzo de 2008 y que incorpora lo que estima una regla clave en este caso.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Los modos en que se incorporan estas reglas de publicidad y la naturaleza temporal de sus obligaciones pueden llevar a un examen de segundo grado de estas reglas, esto es, al análisis de publicidad/secretos, propios del análisis de los jueces de fondo. Lo anterior, se funda en la existencia del principio de divisibilidad [literal e) del artículo 11 de la L. 20.285], no reprochado en autos, que permite realizar un adecuado balance entre secretos y publicidad, con lo que satisface el artículo 8° de la Constitución, según lo ha determinado nuestra jurisprudencia (STC 2506).

d.- ¿Quién fija la interpretación? Razón tecnocrática y democrática

24º. Una de las últimas objeciones del manejo de estas informaciones tiene que ver con el hecho de que estos datos han sido entregados bajo una particular relación existente entre la AFP y la Superintendencia de Pensiones. Esa relación estaría dominada por una "fiscalización" bajo reserva entre el regulador y el regulado como una especie de relación de confianza que surge de la especialidad técnica del manejo de las pensiones.

A esta relación la denominaremos razón tecnocrática que se da en un determinado marco de la relación estatal con terceros regulados. Examinaremos la plausibilidad de esta hipótesis y después veremos sus efectos.

25º. Este vínculo de una relación especial de reserva debería corresponderse con las reglas legales del régimen específico de publicidad del sistema de administración de pensiones. Ello obliga examinar esas normas legales.

Lo cierto es que encontramos tres tipos de normas sobre reservas. Por una parte, las que afectan a determinadas funciones del sistema de pensiones. En segundo lugar, las que atienden a las propias AFPs. Y, por último las que vinculan a los funcionarios públicos, particularmente, bajo dependencia de la Superintendencia de Pensiones.

Hay determinadas funciones críticas del control sobre las AFPs que exigen reglas de particular cuidado y reserva por el efecto general sistémico que se derivaría de su conocimiento y difusión sin límites. Bajo estos criterios las funciones relativas al Inspector Delegado en una AFP para resguardar la seguridad de los fondos (artículo 94, N° 18, del DL 3500); a la Comisión Clasificadora de Riesgos (artículo 99 y siguientes del DL 3500); el análisis de riesgos de la Superintendencia respecto de las AFPs y la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía (artículo 94 bis del DL 3500) o los Informes del Consejo Técnico de Inversiones (artículo 168 del DL 3500) serían parte de esas funciones.

Un segundo ámbito de las reservas se vincula a las propias AFP relativas a información que "no haya sido divulgada oficialmente al mercado y que por su naturaleza sea capaz de influir en las cotizaciones de los valores de dichas inversiones" (artículo 151). Adicionalmente, hay prohibiciones en el artículo 154 del DL 3.500 relativas a "c) La utilización en beneficio propio o ajeno de información relativa a operaciones a realizar por cualquiera de los Fondos, con anticipación a que

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

éstas se efectúen;" y a "d) La comunicación de información esencial relativa a la adquisición, enajenación y mantención de activos por cuenta de cualquiera de los Fondos a personas distintas de aquellas que estrictamente deban participar en las operaciones respectivas, en representación de la Administradora".

Una tercera dimensión recae en los funcionarios que, en el marco de la clasificación de riesgos, "deberán guardar reserva sobre los documentos y antecedentes de los emisores e instrumentos sujetos a clasificación, y siempre que éstos no tengan el carácter de públicos" (artículo 103 del DL 3500).

26º. De esta relación legal sobre reservas podemos extraer un conjunto muy apreciable de consecuencias. Primero, que no existe ninguna cláusula general que establezca una relación de reservas en el trabajo de los funcionarios públicos y de la Superintendencia de Pensiones. En segundo lugar, parece evidente que no podemos confundir la precisión de identificar los efectos sistémicos de los riesgos asociados a los volúmenes e instrumentos de inversión de las AFPs, con un margen de opacidad de las inversiones mismas. En tercer término, tampoco podemos confundir los efectos que sobre el mercado tienen las inversiones proyectadas que las realizadas, como las que constan en el sistema o informe diario de inversiones ni menos con aquellas que no se podían compartir previamente pero que después ya son de dominio público. Y, por último, que el sistema de acceso a la información pública de la L. 20.285 se desarrolla, según lo dispone el artículo 7° de la Constitución, en "la forma que prescriba la ley". Esto implica que los deberes de información se canalizan a través de la organización jerárquica del órgano del Estado requerido. Lo anterior, permite que las responsabilidades queden nítidamente establecidas entre los funcionarios en general respecto de aquél que tiene en último término el deber de denegar o entregar la información. En tal sentido, el artículo 8°, inciso segundo de la Constitución contiene publicidades y reservas que son parte igualmente integrantes de sus contenidos, siendo resorte del juez ordinario deslindarlas cuando se invoquen derechos comerciales o económicos por parte de la autoridad pública.

27º. En conclusión no hay una razón tecnocrática que pueda limitar la solicitud de información a un vínculo exclusivo entre el regulado y el regulador, en el entendido que las AFPs no son sujeto pasivo de acceso a la información pública de la L. 20.285, puesto que, como ya vimos, hay un tercero fundamental que son los cotizantes o trabajadores.

La consecuencia de esa conclusión errada es muy significativa para el ámbito constitucional. Básicamente, porque el artículo 8° de la Constitución no cumpliría función alguna en ese mandato de publicidad de los actos de la administración de los órganos del Estado desde el año 2005 en adelante respecto del régimen de publicidad especial del sistema de pensiones. Parece que el Decreto Ley N° 3.500 gobernase sus propias reglas de publicidad sin vínculo constitucional alguno.

Esta consecuencia tiene una ausencia de conexión con el sentido con el cual están establecidas todas las normas de las Bases de la Institucionalidad propias del

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Capítulo I de la Constitución. La función de ese capítulo es conectar la fuente de legitimidad sustantiva con las normas formales de funcionamiento de la Administración.

Esa es la razón por la cual el "Estado está al servicio de la persona humana" y no al revés. Esa es la razón por la cual nuestra República es "democrática" y no una administración científica o técnica. Esa es la razón por la cual la soberanía tiene límites en su relación con los derechos. Esa es la razón por la cual el principio de probidad es la manifestación sustantiva del obrar al servicio de la comunidad como interés público prioritario.

Por eso hay una razón democrática que no se contrapone a la razón tecnocrática sino que le da sentido a la misma. Las fuentes de legitimidad de la tarea pública están en hacer coincidentes ambos órdenes.

e.- No hay infracción a la igualdad ante la ley

28º. Se cuestiona que esta solicitud de acceso a la información contribuye a crear un privilegio a favor del solicitante de información. En tal sentido, tal solicitud ante el Consejo para la Transparencia estaría al margen de las opciones normativas que el artículo 19, numeral 2° de la Constitución ampararía.

No compartimos tal criterio por varias razones. Primero, porque la solicitud la realizó al conjunto del sistema de administradoras de fondos de pensiones y a todas en particular. Y si bien la mayoría de las AFPs se opusieron a la entrega de la información, hubo una AFP que accedió a la entrega. En efecto, AFP Planvital S.A. sostuvo que la información requerida no estaba protegida por la causal de reserva contenida en el numeral 2º del artículo 21 de la Ley Nº 20.285, pues solo constituye un mayor detalle de información actualmente en poder del público general.

En segundo lugar, porque entendemos como básico que lo cuestionado por el requirente es el resultado del requerimiento pero no la norma base que autoriza la entrega de información, conforme lo dispone el artículo 26 del DL 3.500.

En tercer término, porque las AFP no son como todas las demás entidades que operan en el mercado financiero, sino que son un sector especialmente regulado y que administran fondos provenientes de cotizaciones obligatorias. En tal sentido, los trabajadores dependientes y los independientes a honorarios solo eligen entre las AFP, ya que no pueden optar por no cotizar en ninguna de ellas.

29º. Entender que el solicitante de información debe tener motivaciones plausibles o informar sus razones de la solicitud es un tipo de tratamiento que una AFP no podría dar a un cotizante ni a uno que deseara cambiarse a su AFP. Aquí las motivaciones o las razones están al margen de toda consideración y debemos ceñirnos al fondo del régimen especial de publicidad de administración de las AFP.

Lo contrario, implicaría tener un régimen de publicidad de la administración de pensiones sin los cotizantes. Eso sería construir un modelo previsional al margen

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

del acceso de información de los beneficiarios y bajo una lógica impropia de sus derechos.

¿Cómo decidir cambiar a uno de los multifondos que el propio sistema ofrece para estimar la mejor rentabilidad?; ¿Por qué debo quedarme con la información que me ofrece la propia AFP si tengo derecho a cambiarme de ella?; ¿De dónde se puede extraer la idea que las inversiones de tus fondos previsionales en el mercado de valores es algo que resulta ajeno a los intereses de los ciudadanos si todos han sido constitucionalmente empujados a ser expertos en el mercado de valores?

En el caso concreto, la información solicitada se requirió respecto de todas las AFP, de manera que se encuentran en la misma situación, sin que exista privilegio alguno.

f.- No se vulnera la libre iniciativa económica

30º. El requirente no explica respecto a este supuesto vicio constitucional cómo la publicidad de la información obstaría el ejercicio de su actividad económica, sino que más bien formula un reproche abstracto en el sentido de que la ley define la información que las AFP deben hacer pública, de manera que, producto de la aplicación de los preceptos impugnados, nueva información, no prevista por el DL Nº 3.500, de 1980, deberá ser pública. Este argumento reproduce un conflicto de legalidad. El que las AFP estén sujetas a un estatuto de regulación especial no las sustrae de cumplir con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico y corresponderá al juez de fondo resolver el conflicto que se suscite entre leyes.

g.- No se infringe el derecho de propiedad de la AFP

31º. El requirente señala que la publicidad de la información afecta su derecho de propiedad, por cuanto perjudica su actividad, así como el derecho de propiedad de los afiliados suyos, por los efectos negativos que generará en los fondos de pensiones la utilización de la información por terceros.

En primer lugar, la AFP Capital no tiene titularidad para invocar el derecho de propiedad de sus afiliados. En segundo lugar, la requirente no aporta ningún antecedente que permita concluir que en alguna forma se verá restringida o privada de cualquiera de los atributos del dominio.

h.- No se infringe el derecho de propiedad intelectual o industrial

32º. La requirente tampoco entrega información que dé cuenta de sus derechos de propiedad intelectual o industrial, de manera que cabe descartar una infracción a éstos.

Por lo demás, los aspectos estratégicos acerca del desarrollo de la actividad económica de las AFP están resguardados por la causal de reserva del artículo 21 Nº 2 de la Ley Nº 20.285, cuya concurrencia en el caso concreto corresponde dirimir al juez de fondo, al ser una clásica cuestión de legalidad. La verificación del título, patente o derecho que tenga sobre el modelo de inversiones que aplique la AFP son

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

cuestiones que se deben probar y rendir ante el juez de fondo conforme a la dicotomía publicidad/secreto.

III.- Aplicación al caso concreto.

33º. Los criterios de aplicación al caso nos encuadran el mismo dentro del dilema de las relaciones informativas de terceros con la Administración del Estado. Concordamos que el caso se trata de uno de aquellos en donde no existe una obligación de las AFPs de sostenerse bajo el régimen general de publicidad de la Ley N° 20.285 y, por lo mismo, hay proyectos de ley que busca su incorporación expresa a dicha obligación.

Sin embargo, una dimensión es sustraerse de la legislación general pero otra diferente es sustraerse de los mandatos de la Constitución desde el artículo 8° que autoriza regímenes especiales de publicidad los que se reflejan ampliamente en diversos preceptos del DL 3.500.

34º. Ahora bien, la información relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones no solo se vinculan a inversiones ya realizadas y pasadas con aspectos de publicidad y reservas que deben ser estimados en su temporalidad por el juez de fondo, sino que se asocian estrechamente a una relación en donde existe un tercero ausente del caso: los cotizantes que obligadamente por el artículo 19, numeral 18°, de la Constitución deben imponer obligatoriamente en dichas AFP sus ahorros con miras a la satisfacción de prestaciones básicas y uniformes de seguridad social.

En consecuencia, en esta relación no es posible asumir que hay un régimen de publicidad especial que solo se establece entre el órgano regulador y fiscalizador y el sujeto regulado. En este caso, se impone una determinación finalista para incorporar la dimensión del tercero excluido respecto de las inversiones de sus fondos.

Solo con el tercero ciudadano y cotizante se logra que el Estado esté al servicio de la persona humana, conforme lo obliga el artículo 1° de la Constitución. Bajo esta misma lógica, esta apertura ciudadana es la que permite que la razón tecnocrática del vínculo AFP-Superintendencia se transforme en una razón democrática puesto que dichas regulaciones y fiscalizaciones están al servicio de los cotizantes atentos a las inversiones de la que dependen sus pensiones. No es una actividad ciudadana el seguimiento informativo de los vaivenes del mercado financiero sino que es una exigencia impuesta por el legislador al someter el resultado de sus pensiones a la capitalización individual. Si se corta el nexo que une ese vínculo con las informaciones sobre las inversiones, ¿qué sentido tendría reconocer a los cotizantes derechos a escoger AFPs, multifondos o estar atento al valor cuota, etc.? Se trata de fondos de su propiedad y sin acceso a la información de los actos de la AFP se corta la legitimidad del sistema de administración de sus fondos. Por eso, la razón democrática de la inversión ha de estar atenta a la razón tecnocrática que opera las reglas de un sistema complejo que sin esa conexión pierde toda legitimidad.

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

En consecuencia, la información relativa a las comisiones efectivamente cobradas a los Fondos de Pensiones dice relación con las inversiones hechas con los fondos de pensiones, de manera que su publicidad contribuye a una fiscalización también por parte de la ciudadanía, y no solo de la Superintendencia de Pensiones, acerca de los costos asumidos por sus ahorros, permitiendo también que los afiliados al sistema de capitalización individual cuenten con más información para optar entre fondos de pensiones y entre AFP.

35º. En consecuencia, sirvan todas estas razones para desestimar el presente requerimiento.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y la disidencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.164-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Se certifica que los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse con permiso administrativo y licencia médica, respectivamente.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

Juan José Romero Guzmán
Tribunal Constitucional
Fecha: 11-11-2021

María Angélica Barriga Meza
Tribunal Constitucional
Fecha: 11-11-2021

ESTE DOCUMENTO TIENE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU ORIGINAL PUEDE SER VALIDADO EN HTTPS://WWW.TRIBUNALCONSTITUCIONAL.CL/BUSCADOR EN LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.