

PROCEDIMIENTO : Especial

MATERIA : Reclamo de ilegalidad

DEMANDANTE : Marine Harvest Chile S.A.

R.U.T. : 96.633.780-K

REPRESENTANTE LEGAL : Sergio Fernando Villarroel Toledo

R.U.T. : 15.318.633-2

ABOGADO PATROCINANTE : José Pablo Cabello Andrade

R.U.T. : 12.222.744-8

APODERADO : José Pablo Cabello Andrade

R.U.T. : 12.222.744-8

DOMICILIO : Benjamín 2935, oficina 301, Las Condes

RECLAMADO : Consejo para la Transparencia

R.U.T. : 61.979.430-3

REPRESENTANTE LEGAL : Andrea Ruiz Rosas, Directora General (S)

R.U.T. : Se ignora

DOMICILIO : Morandé 360, piso 7, Santiago

EN LO PRINCIPAL: interpone reclamo de ilegalidad; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** acompaña documento; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** designa domicilio; **EN EL TERCER OTROSÍ:** patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

JOSÉ PABLO CABELLO ANDRADE, abogado, en representación convencional, según se acreditará, de **MARINE HARVEST CHILE S.A.**, empresa del giro de reproducción de peces y mariscos y elaboración de alimentos, todos con domicilio, para estos efectos, en Benjamín 2935, oficina 301, comuna de Las Condes, Santiago, a S.S.I. respetuosamente digo:

Que actuando dentro de plazo, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28° y siguientes de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley de Transparencia), aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, interpongo reclamo de ilegalidad en contra de la decisión final recaída en el amparo rol C1003-18, por denegación de acceso a la información, deducido por Oceana Inc. en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), acordada en su sesión ordinaria N° 914, de 2 de agosto de 2018, por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia (“el Consejo” o “CPLT”), corporación de derecho público, creada por el aludido texto legal, representada por su Directora General (S), doña Andrea Ruiz Rosas, ambos con domicilio en calle Morandé N° 360, piso 7, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

Lo anterior, a objeto de que se haga lugar al presente reclamo y se deje sin efecto la referida decisión, que ordenó la entrega al solicitante de la información, desagregada por empresa y centros de cultivo de la industria del salmón, sobre cantidades y clases de antibióticos utilizados, y biomasa producida, durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas), rechazando, en consecuencia, el correspondiente amparo de acceso a la información.

Fundo este reclamo, en síntesis, en las ilegalidades en que incurre la decisión recurrida, en primer término, al ignorar que la información que es objeto del presente reclamo no tiene el carácter de pública, por cuanto excede de aquello que el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República ha decidido hacer público, y que se restringe a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, sin que pueda extenderse al caso de la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entregan a las entidades que los controlan, como en la especie. En segundo lugar, y en subsidio de lo anterior, porque la decisión impugnada desconoce la concurrencia de una causal legal de secreto y reserva que protege los derechos de las personas, particularmente tratándose de aquellos de carácter comercial o económico, contenida en el N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

I) ANTECEDENTES DE HECHO

1) El 6 de febrero de 2018, Oceana Inc. solicitó al SERNAPESCA la siguiente información, desagregada por empresa y centro cultivo de la industria del salmón: a) Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas); y, b) Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas).

2) Mediante oficio N° 122512, de 8 de febrero de 2018, la Subdirectora de Acuicultura del SERNAPESCA, comunicó a las empresas a que se refiere la información correspondiente – entre ellas, MARINE HARVEST– la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de

los antecedentes solicitados, a lo que mi representada dio respuesta por carta de 13 de febrero de 2018, oponiéndose a la entrega de la información, en síntesis, porque esta forma parte de aspectos estratégicos de la empresa, por lo que su divulgación la pondría en riesgo desde un punto de vista competitivo, económico y comercial.

3) El 27 de febrero de 2018, el SERNAPESCA respondió al requerimiento de información mediante la resolución exenta N° 691, denegando la entrega de la información requerida respecto de las empresas que manifestaron su oposición, por concurrir a su respecto la causal de secreto o reserva contemplada por el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285 y la contenida en el artículo 7 N° 2 de su Reglamento.

4) El 14 de marzo de 2018, Oceana Inc. dedujo ante el Consejo para la Transparencia (rol C1003-18), amparo a su derecho de acceso a la información en contra del señalado órgano de la Administración del Estado, fundado en que se denegó la entrega de la información.

5) El Consejo confirió traslado al Director Nacional del SERNAPESCA, quien cumplió con evacuar sus observaciones y descargos.

De igual modo, mediante oficio N° E1738, de 27 de marzo de 2018, notificó la reclamación a MARINE HARVEST, como tercero involucrado, con igual propósito, quien dio respuesta por escrito de fecha 30 de abril de 2018.

6) El 2 de agosto de 2018, en su sesión ordinaria N° 914, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia acordó la decisión final recaída en el aludido amparo rol N° C1003-18, la que fue comunicada a MARINE HARVEST mediante oficio N° E5699, de fecha 6 de agosto de 2018, entregada por carta certificada en el domicilio de mi representada el día 10 de agosto de 2018.

La decisión en comento acogió parcialmente el amparo deducido por Oceana Inc., y ordenó al Director del SERNAPESCA hacer entrega al reclamante de la siguiente información: i. Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón; ii. Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón correspondiente a las empresas que han accedido a publicar el dato referido a “Cosecha peso vivo (ton)” concerniente a los años en que tales empresas han consentido en publicar.

II) LA INFORMACIÓN ORDENADA ENTREGAR POR EL CPLT NO TIENE EL CARÁCTER DE PÚBLICA CONFORME LO PREVISTO EN EL ARTICULO 8°, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA.

Al respecto, cabe tener presente que la información sobre uso de antibióticos e índices de producción en la industria salmonicultora –tal y como lo apuntó el Consejo en la propia decisión impugnada (considerando 2)–, *“fue entregada por las empresas salmoneras al SERNAPESCA, en cumplimiento de una obligación establecida en la Ley de Pesca, en el decreto supremo N° 129, que fija el Reglamento para la entrega de información de pesca y acuicultura y la acreditación de origen”*.

Se trata, como se entiende, de **antecedentes que las empresas salmoneras se encuentran obligadas a entregar al SERNAPESCA, a cuya fiscalización se encuentran sujetas, en cumplimiento de la normativa sectorial.**

En este contexto, resulta equivocada la afirmación que, a continuación, realiza la decisión impugnada y que sirve de sustento central a la misma, en el sentido que, *“por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política, así como los artículos 5° y 10° de la Ley de Transparencia, dicha información es de carácter pública, salvo la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva”* (considerando 2).

Por el contrario, la conclusión que se desprende inequívocamente, tras invocar la Carta Fundamental, es que **la información que ahora se requiere no es pública, sino privada,** por lo que no puede ser revelada por la entidad fiscalizadora a quien le ha sido obligatoriamente proporcionada por sus titulares, sin el consentimiento de éstos.

Lo anterior, **de manera coincidente con el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional,** entre otras, en las sentencias de los roles N°s. 2153-12, 2246-12, 2379-12, 2558-13, 2689-14, 2907-15, 2982-16, 3116-16, según el cual, en síntesis, el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia excede o contraviene lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en cuanto amplía el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de estos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, que es aquello a lo que la Carta Fundamental ha dado carácter público, sin que pueda extenderse a la información que las empresas privadas entregan al Estado.

De acuerdo a lo anterior, y en resguardo de los **principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos constitucionales,** consagrados en el artículo 6° de la Constitución Política de la República, el Excelentísimo Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo constitucional, concluye que, en lo particular del caso, ello **obliga a no acceder a la entrega de la información requerida, por no tener esta el carácter público necesario para ello.**

En consecuencia, el primer capítulo del presente reclamo en contra de la decisión del Consejo se funda en que esta contraría la Constitución, al disponer la entrega de información que no tiene carácter público.

III) DESCONOCIMIENTO DE UNA CAUSAL DE SECRETO O RESERVA DISPUESTA POR LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COMERCIALES Y ECONÓMICOS DE LAS PERSONAS.

En otro orden de consideraciones, y en forma previa, resulta necesario precisar que el régimen de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado supone la realización de dos niveles sucesivos de análisis para determinar si la información es o no pública. El primero tiene por objeto resolver si la información es o no susceptible, en principio, de ser conocida por el público. El segundo busca dirimir si una información que sí es susceptible de acceso público, ha de ser o no entregada a quienes lo soliciten dependiendo de la concurrencia de causales de reserva.

El primer tipo de examen exige determinar el sentido y alcance de la primera oración del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*, el cual ha sido realizado en el capítulo anterior, concluyendo que la información del caso no se encuentra incluida dentro de aquella que la Carta Fundamental ha querido hacer pública.

El segundo importa una evaluación acerca de si se dan o no las causales que permiten negar el acceso a información potencialmente pública, de manera que, **en subsidio del reclamo del capítulo anterior, para el caso que S.S.I. estimare que la información ordenada entregar por la decisión impugnada es pública**, el presente reclamo también se funda en **el desconocimiento por parte de aquella de una causal legal de secreto y reserva que protege los derechos de las personas, particularmente tratándose de aquellos de carácter comercial o económico**, contenida en el N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

De acuerdo a la disposición legal citada, *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: (...) 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”*.

En este sentido, la entrega de la información reclamada afecta derechos económicos y comerciales de mi representada, en materia de secreto empresarial, planificación estratégica e imagen comercial, vulnerando el secreto empresarial y proporcionando una ventaja

competitiva a las demás empresas, cuya concurrencia, no obstante, ha sido desestimada por la decisión del Consejo, lo que constituye un nuevo motivo para su impugnación.

Ahora bien, la información cuya entrega se reclama en la especie guarda relación con dos materias propias de la industria del salmón: (i) por una parte, **aquella relativa al uso de antibióticos**; y, (ii) por otra, los **antecedentes de biomasa o producción**. La impugnación de la decisión y la fundamentación acerca de la afectación de los derechos comerciales y económicos se desarrolla, entonces, a continuación, de manera separada para una y otra información.

IV. EN LO RELATIVO A LA INFORMACIÓN DE ANTIBIÓTICOS

IV.1) EL CONSEJO BASA SU DECISIÓN EN UN PRECEDENTE QUE NO ES TAL (ROL C2454-17), PORQUE SE REFIERE A INFORMACIÓN A NIVEL DE EMPRESA, NO DE CENTROS DE CULTIVOS

La decisión del CPLT reconoce haber seguido el criterio sostenido por el mismo en la decisión **Rol C2454-17**, que dispuso la entrega de *“información sobre el uso de antimicrobianos por empresa, utilizadas en la salmonicultura en el año 2016, detallando la cantidad antimicrobiano (ton), peso cosecha vivo (ton), biomasa mortalidad (ton), índice antimicrobiano/biomasa producida”*, habida cuenta que en ella se habría solicitado información de carácter análogo (considerando 4).

Sin embargo, cabe advertir que el pretendido precedente del Consejo no ha resultado aplicable en la especie, desde el momento que se refiere, según sus propios términos, a la información de antimicrobianos, **“DESAGREGADA POR EMPRESA”, Y NO A NIVEL DE CADA CENTRO DE CULTIVO**, como versa la nueva solicitud de Oceana Inc.

El precedente invocado por la decisión del CPLT, por ende, no permite resolver de igual manera el presente caso. Para ello, baste puntualizar que **este mayor nivel de desagregación en el análisis de la información, respecto de la estructura organizativa de los actores del mercado, aumenta progresivamente los riesgos para la competitividad de las empresas, puesto que entrega mayores detalles acerca de las decisiones productivas que estas adoptan**, en este caso, en materia sanitaria y el uso de antibióticos en su producción.

En este sentido, es necesario recordar que el artículo 90 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo N° 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), obliga al SERNAPESCA a mantener en su sitio web, entre otra información, los informes relativos a la situación sanitaria y uso de antimicrobianos por cantidad y tipo de las agrupaciones de concesiones, y actualizarla semestralmente.

En consecuencia, **no da lo mismo el nivel de desagregación con que se entrega la información**. Ya es pública la información global, por agrupaciones de concesiones, por disposición de la ley. Lo que genera la presente controversia es una información desagregada por empresas y, además, por centros de cultivos.

IV.2) EL CONSEJO PRESCINDE DE PRECEDENTES, DEL MISMO SOLICITANTE Y SOBRE IDÉNTICA MATERIA, EN QUE RESOLVIÓ RESGUARDAR LA INFORMACIÓN A NIVEL DE EMPRESAS Y DE CENTROS (C1346-14 C1536-15).

Resulta ineludible señalar que el **CPLT ya se pronunció, en dos oportunidades, sobre solicitudes de información formuladas por la misma Oceana Inc.**, respecto del acceso a datos sobre antibióticos en la industria del salmón, y solo accedió parcialmente a las mismas, en aquellos casos en que una empresa tenga la calidad de único titular de las concesiones que componen una agrupación de concesiones, manteniendo el secreto de la información en los demás, esto es, en aquellos barrios en que las distintas concesiones sean de titularidad de varias empresas.

Así ocurrió, en primer lugar, en la decisión del **rol C1346-14**, cuando el Consejo tuvo la oportunidad de sentar el criterio en la materia, frente a la solicitud de Oceana Inc. por *“la información desagregada por empresas sobre cantidades y clases de antibióticos usados por la industria del salmón que opera en Chile, durante los años 2009, 2011, 2012 y 2013”*.

En síntesis, el CPLT debió determinar si la referida información, frente a la oposición de las empresas, constituye secreto empresarial cuya divulgación afecte los derechos económicos y comerciales de sus titulares.

Para ello, constató, en primer lugar, que la información requerida, respecto de cada centro de cultivo, de manera específica, efectivamente, en la mayoría de los casos, solo es conocida por los titulares del mismo, respecto de sí, salvo en aquella parte de la información correspondiente a la cantidad de antibióticos utilizados por las empresas cuando estas tienen la calidad de único titular de las concesiones que componen una agrupación de concesiones determinada o de un barrio –la que se obtiene cotejando la información contenida en el Informe sobre Uso de Antimicrobianos en la Salmonicultura Nacional, que elabora anualmente SERNAPESCA, con el Listado de Agrupaciones de Concesiones por Empresa, de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (SUBPESCA), ambos disponibles al público en los respectivos sitios web–.

Luego, el Consejo dio por acreditada la voluntad de los terceros por mantener en secreto la información solicitada, manifestada en el correspondiente procedimiento administrativo de acceso a la información.

Por último, a propósito del valor comercial que el secreto pueda otorgar a la información en cuestión, el razonamiento es el siguiente y se reproduce, atendida su importancia en la decisión del asunto y para mayor claridad: *“Que, en el presente caso, se estima que revelar los datos del tipo y cantidad de antibióticos utilizado por las empresas, en el caso de aquellas Agrupaciones de Concesiones en donde los titulares de las concesiones que las componen son empresas diversas y que se han opuesto a su entrega, podrían afectar la competitividad de su titular en caso de ser divulgados, por lo que **la reserva de la misma le proporciona una ventaja competitiva, pues de contar un tercero** –empresas de la misma ACS o empresas competidoras internacionales– **con dicha información podría copiar o reproducir el procedimiento de aplicación de los antibióticos**, razón por la cual se estima que deben ser protegidos por el secreto empresarial en los términos indicados en el artículo 86 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial”* (considerando 18°).

*“Que, sobre la base de todo lo expuesto, en especial las posturas expuestas en la audiencia pública llevada a cabo en el presente amparo, este Consejo ha arribado a la convicción de que **los datos requeridos dan cuenta de la planificación estratégica de cada empresa, especialmente***

referida a la forma en que maneja el uso de antibióticos en su producción, por lo que constituye un bien económico estratégico, respecto del cual existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, teniendo con ello acreditada la procedencia de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, lo que exige mantener su carácter de secreto, por corresponder al concepto de secreto empresarial que recoge la legislación nacional, en relación a las empresas que han concurrido con su oposición a la entrega de la misma. Lo anterior, tiene fundamento constitucional en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin estar sometido a una competencia desleal por parte de los demás competidores, y en el derecho de propiedad, que se ejerce en este caso respecto de este cúmulo de información que es el objeto del secreto señalado, respectivamente contemplados en los numerales 21 y 24, del artículo 19 de la Constitución Política de la República” (considerando 19°).

“Que, a mayor abundamiento, si bien se reconoce un interés público involucrado en la divulgación de la información solicitada, toda vez que el cumplimiento de las medidas de protección y control a efectos de evitar problemas de salud pública, resistencia precoz a las terapias antimicrobianas y otros inconvenientes asociados a la sobremedicación o submedicación –objetivos perseguidos por la extensa normativa analizada en esta decisión– permite asegurar la protección del patrimonio sanitario del país, este Consejo entiende que dicho objetivo se cumple suficientemente con la exigente regulación a que están sometidas las empresas, la fiscalización del SERNAPESCA y, especialmente, en la información que actualmente se encuentra disponible en la página web del mismo Servicio, la cual permite ejercer un adecuado control por parte de la reclamante en cuanto al uso de antimicrobianos en la industria del salmón. A juicio de este Consejo, el hacer entrega de lo pedido, produciría un perjuicio en las empresas que se han opuesto a su entrega, particularmente en su imagen comercial, mayor que el beneficio público que pudiera traer aparejada su publicidad, lo que justifica mantener su reserva” (considerando 20°).

A mayor abundamiento y como corolario de lo expuesto, no está de más recordar los juicios del profesor Domingo Valdés Prieto, manifestados, a requerimiento de ese Consejo, en la decisión de amparo **rol C501-09** –transcrita, a su vez, en el caso en comento–, según el cual: “(...) el secreto o reserva comercial o empresarial halla su fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su vertiente de una competencia libre y leal y en el derecho de propiedad en todas sus formas constitucionales. En efecto, si un competidor estuviese obligado a difundir toda la información de que dispone respecto de una determinada actividad económica, aquél sería privado del fruto de años de inversión, estudio, dedicación y experiencia. Esta privación, además de constituir un atentado contra la propiedad del competidor, le impediría en la práctica participar en el respectivo mercado relevante y, por tanto, desarrollar una actividad económica lícita”. Así, el legislador habría considerado que “el principio jurídico de la transparencia halla como límite precisamente la información estratégica o constitutiva de reserva o secreto empresarial (...)” (Informe en Derecho, p. 51-2”).

Ahora bien, la misma decisión y fundamentos se repiten, meses después, en el caso del **rol C1536-15**, cuando Oceana Inc. vuelve a solicitar “la información desagregada por empresa y centro de cultivo sobre cantidades y clases de antibióticos usados por la industria de salmón de cultivo”, esta vez, para el año 2014, con una expresa referencia a la circunstancia de haber tenido presente en el análisis lo señalado por el mismo Consejo en el caso anterior (considerando 4°).

Sin embargo, con ocasión del presente asunto, el CPLT decide de manera distinta a los precedentes indicados, y los motivos expresados para ello no logran desvirtuar los planteamientos contenidos en sus precedentes, por las diferencias que presenta con el caso

que invoca como su antecedente (rol C2454-17), según se expuso en el capítulo anterior, y en virtud de sus propios (des)créditos, como se pasa a explicar en los apartados siguientes.

IV.3) EL USO DE ANTIBIÓTICOS RESPONDE A UNA MANERA PARTICULAR Y ÚNICA DE PROCEDER DE CADA EMPRESA Y CENTRO DE CULTIVO

El Consejo sostiene en la designación impugnada haber “arribado a la convicción de que la revelación de la información solicitada no revela en modo alguno una manera particular y única de proceder, por lo que no constituye una materia propia de secreto empresarial y tampoco es de aquella información cuyo conocimiento pueda proporcionar una ventaja competitiva a las demás empresas.” Lo anterior, luego de advertir que “existe una regulación pormenorizada que rige el modo en que deben proceder las empresas salmoneras respecto de la utilización de los antimicrobianos en sus procesos productivos, tanto en lo que atañe al tipo como a la cantidad que debe ser aplicada según el caso” (considerando 6).

Sin embargo, la afirmación del CPLT desconoce una realidad indesmentible: **LAS EMPRESAS OCUPAN DISTINTAS CANTIDADES DE ANTIBIÓTICOS**, según se puede constatar en el “Informe sobre Uso de Antimicrobianos por la Salmonicultura Nacional, Año 2015”, del SERNAPESCA, también citado por la decisión impugnada.

Según se aprecia en la Tabla N° 6 del punto 3.2.1 del citado informe (págs. 19-20), y expresado en índices de consumo [antimicrobianos (gr)/biomasa(ton)] que los hace perfectamente comparables, resulta posible constatar, que mientras una empresa ocupó **114 gramos de antimicrobianos por tonelada producida** (Novaustral), otra empleó **1.170 gramos de antimicrobianos por tonelada producida** (Engorda Austral).

Los datos anteriores, correspondientes al menor y mayor consumo observado, respectivamente, se complementan con la revisión de los demás casos, en que resulta posible apreciar los disímiles niveles de consumo de antibióticos, medidos por biomasa, empleados por las distintas empresas del rubro.

De esta manera, no se entiende que el CPLT, desconociendo estos antecedentes que el mismo invoca en su decisión, haya arribado a la convicción contraria, dando a entender que el uso de antimicrobianos se realiza de manera uniforme entre las empresas, en cuanto a tipo y cantidad, por lo que no existirían estrategias propias que ameriten su reserva.

Por el contrario, la aplicación de antibióticos en la industria del salmón “constituye un proceso en el cual se combinan factores tales como la cantidad, el tipo, los períodos, como asimismo factores climáticos o geográficos” –como contradictoriamente lo sostiene la propia decisión de amparo en comento (considerando 7°)–, y aun existiendo una regulación intensiva, da cuenta de la planificación de cada empresa y merece, por ello, protección y confidencialidad.

IV.4) SERNAPESCA PUBLICA INFORMACIÓN SOBRE USO DE ANTIBIÓTICOS A NIVEL DE AGRUPACIÓN DE CONCESIONES, TAMBIÉN POR EMPRESA, PERO NO POR CADA CENTRO DE CULTIVO

La decisión impugnada del Consejo sostiene que “ciertas empresas autorizaron la entrega de la misma información, elemento de ponderación que refuerza lo concluido en orden a que los datos que se solicitan no constituyen información sensible de la actividad comercial en análisis, y, por tanto, su divulgación no tiene el mérito de afectar los derechos comerciales o económicos de las empresas que han denegado su entrega”. Agrega que “según lo informado por el órgano reclamado, en su “Informe

sobre *Uso de Antimicrobianos en la Salmonicultura Nacional*”, publica información sobre cantidades de antibióticos desagregado por empresas que han accedido a la publicación de tales datos, y que, según ha podido constatar, constituye un número mayoritario dentro de esa industria” (considerando 8).

Al respecto, es necesario precisar que según informó el SERNAPESCA en el presente caso, “mediante Oficio Ordinario N° 123.374, de fecha 27 de febrero de 2018, informó al requirente que en el link que indica podría acceder a todos los informes de antimicrobianos por tipo y agrupación de concesiones publicados desde el año 2015 al 2016. Respecto a la información del año 2017, ésta estaba en proceso de validación para ser próximamente publicada. A partir del año 2016, se publica la anotada información desagregada por empresa en aquellos casos en que consienten expresamente a su publicación” (parte expositiva, numeral 4), letra b).

Por tanto, **la información sobre cantidad de consumo de antibióticos, DESAGREGADA POR AGRUPACIONES DE CONCESIONES** –por expresa orden legal, **y también por EMPRESAS** –por haberlo consentido sus titulares, incluyendo a MARINE HARVEST–, **no es secreta y se encuentra a disposición permanente del público en el sitio web del SERNAPESCA**, como parte del “Informe sobre Uso de Antimicrobianos por la Salmonicultura Nacional”, años 2015 y 2016 y, próximamente, 2017.

Sin embargo, en el amparo que ahora se revisa, **la información sobre cantidad de antibióticos utilizados en la industria los años 2015, 2016 y 2017, ha sido solicitada de forma DESAGREGADA tanto por empresa, como POR CENTRO DE CULTIVO**, en circunstancias que la focalización de la información requerida, a nivel de centro de cultivo, revela antecedentes concretos acerca de las decisiones que sobre la materia, y para cada uno de estas unidades, adoptan las empresas, que no resultan posibles de advertir cuando los datos se conocen de manera agregada, lo que exige su protección o reserva.

IV.5) LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN RECLAMADA AFECTA DERECHOS ECONÓMICOS Y COMERCIALES DE LA EMPRESA, PERJUDICANDO COMPROBADAMENTE SU IMAGEN COMERCIAL

La decisión impugnada ha sostenido, frente a las alegaciones de los terceros referidos a que el uso de la información podría generar efectos adversos en su prestigio, que ello “constituye un riesgo remoto que no permite identificar una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a los bienes jurídicos que la causal de reserva invocada cautela” (considerando 7).

Sin embargo, en las decisiones de los citados **roles C1346-14 y C1536-15**, el Consejo sostuvo lo contrario, esto es, que el hacer entrega de lo pedido –como se sabe, exactamente la misma información del caso, pero entonces referida a años anteriores–, “produciría un perjuicio a las empresas que se han opuesto a su entrega, **particularmente en su imagen comercial**, mayor que el beneficio público que pudiera traer aparejada su publicidad, lo que justifica mantener su reserva” (considerandos 20° y 12°, respectivamente).

En este mismo orden de ideas, a mayor abundamiento, resulta pertinente recordar que durante la tramitación de los aludidos amparos y las instancias judiciales que les siguieron, en la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, así como particularmente a su término, cuando como resultado de los mismos se ordenó la entrega de parte de la información, se realizaron **diversas publicaciones periodísticas en las que los personeros de la reclamante Oceana Inc. reiteraron opiniones que pueden considerarse injuriosas para las empresas de la industria del salmón, destinadas a fustigar de manera pública la legítima actividad económica que estas desarrollan, con el fin de**

desacreditarlas ante la opinión pública, acusándolas de “*ambición desmedida de aumentar la producción a costa de las personas y el medioambiente*”; “*generar serios problemas de salud pública*”; “*afectar la salud pública*”; y de causar “*graves daños en los ecosistemas marinos*”, o titulado el asunto como “*Industria salmonera otra vez al banquillo: ahora por los antibióticos*”, entre tantos otros.

De tales elementos de juicio se desprende inequívocamente que hechos como los descritos puedan llegar a afectar nuevamente a las empresas salmonicultoras, debiendo descartarse, ante la evidencia desplegada, que ello constituya un “*riesgo remoto que no permite identificar una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a los bienes jurídicos que la causal de reserva invocada cautela*”, como sostiene, esta vez, el Consejo.

En este sentido, conviene tener en cuenta que la **Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017, causa Rol N° 8.109-2017**, reconoció mérito a las copias de diversas publicaciones periodísticas que, con el fin de corroborar sus afirmaciones, acompañó el reclamante, y en las que se da cuenta de al menos ocho actividades conocidas como “funas”, esto es, actuaciones coordinadas destinadas a encarar, increpando y fustigando de manera pública, a los funcionarios del Ejército oponentes, con el fin de desacreditarlos ante la comunidad; y razonó en su considerando 6° lo siguiente: “*De tales elementos de juicio se desprende, sin ningún género de duda, la efectividad de que hechos como los que sirven de fundamento a la causal de reserva esgrimida por el actor han ocurrido, efectivamente, con anterioridad, de modo que la posibilidad de que las mismas se repitan respecto de los treinta funcionarios que manifestaron su oposición no puede ser descartada de un modo tan categórico*”; “*Por el contrario, los antecedentes referidos más arriba obligan a estos sentenciadores a considerar, al menos como factible, que hechos como los descritos puedan llegar a afectar a los empleados civiles del Ejército tantas veces mencionados, de modo que se ha de concluir que existen elementos bastantes para estimar que la revelación de su identidad redundará, con toda probabilidad, en la afectación de su seguridad y la de su familia y en la perturbación de su vida privada y familiar, en los términos previstos en el N° 2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285*”.

En virtud de lo expuesto, también por perjudicar la imagen o prestigio comercial de Marine Harvest, se afectan sus derechos económicos y comerciales y se configura, por ende, la correspondiente causal legal de reserva de la información, por lo que su desconocimiento por parte de la decisión impugnada exige su enmienda y la reserva de los antecedentes.

V. EN LO RELATIVO A LA BIOMASA PRODUCIDA EN LOS CENTROS DE CULTIVO

V.1) LA DECISIÓN DEL CPLT RECHAZA LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN SOBRE BIOMASA, DE NO HABER MEDIADO EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR A SU PUBLICACIÓN

La decisión en estudio **rechazó el amparo respecto de la información sobre biomasa de salmones** conforme a lo dispuesto en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, respecto de aquellas empresas que se hayan opuesto a la publicación del dato sobre sus cosechas en los informes que ha publicado el SERNAPESCA.

Para ello tuvo presente lo resuelto en la decisión **Rol C1407-15**, respecto de la información actualizada sobre las cosechas de una concesión de salmones, y citó textualmente: “*la mencionada información da cuenta de la planificación estratégica de cada empresa, especialmente referida a su capacidad de producción salmónida, por lo que constituye un bien económico estratégico, respecto del cual existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, en los términos del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, lo que exige mantener su carácter secreto, por corresponder al concepto de secreto empresarial que recoge la legislación nacional. Lo anterior, tiene fundamento constitucional en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin estar sometido a una competencia desleal por parte de los demás competidores, y en el derecho de propiedad, que se ejerce en este caso respecto de dicha información que es el objeto del secreto señalado, respectivamente contemplados en los numerales 21 y 24, del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El aludido criterio respecto de la misma información ha sido sostenido por este Consejo en las decisiones de los amparos Roles C227-10, C446-10, y C1407-15*” (considerando 7°).

Como se advierte, esta parte de la decisión del CPLT responde a una doctrina asentada en la materia (a los casos citados puede añadirse, también, el amparo rol C1692-15, en que se rechazó la entrega de la información relativa a la producción mensual o anual, en toneladas o kilos, de alga seca elaborada por cada una de las plantas localizadas en la V Región”), que parece no presentar discusión en el ámbito de libre competencia.

Lo anterior no merece reproche para este tercero interesado.

V.2) LA EMPRESA HA CONSENTIDO EN LA PUBLICACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE USO DE ANTIBIÓTICOS A NIVEL DE EMPRESA, NO DE CADA CENTRO DE CULTIVO

Sin embargo, los problemas se presentan al momento en que **la decisión impugnada acoge el amparo respecto de las empresas cuya información sobre “cosecha peso vivo (ton)” se encuentra contenida en los Informes sobre uso de Antimicrobianos en la Salmonicultura Nacional” de los años 2015, 2016 y 2017**, y requiere al SERNAPESCA para que haga entrega de la información solicitada correspondiente a los años en que tales empresas hayan consentido en publicar.

Ello porque el consentimiento de las empresas y, en particular, el de MARINE HARVEST, guarda relación con la publicación de la información sobre biomasa **A NIVEL DE EMPRESA, PERO NO A NIVEL DE CENTRO DE CENTRO DE CULTIVO**.

La decisión del Consejo, no obstante, pasa por alto esta diferencia, al justificar su parecer en la circunstancia de que las empresas “*no han acreditado las razones por las que habiendo consentido en la divulgación de la anotada información, la entrega del dato adicional referido a cada*

centro de cultivo afecte los bienes jurídicos contenidos en el citado artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia” (considerando 12).

La idea del CPLT repugna a toda lógica.

Desconoce que la regla general que la misma decisión adoptó es la reserva de la información en materia de índices de producción y, sin embargo, pretende endosar a las empresas la responsabilidad de acreditar otras razones para no entregar la información a nivel de centros de cultivo. **Esas razones son las mismas que justifican su decisión de rechazar el amparo respecto de las empresas que se opusieron a la publicación del dato sobre sus cosechas en los informes de SERNAPESCA,** porque el consentimiento de las mismas no puede extenderse de manera de comprender una información de características distintas, como lo es la misma información de biomasa pero a mayor nivel de desagregación (centro de cultivo), cosa que el Consejo parece confundir y entender erróneamente que se encuentra comprendida en la anterior, a mayor cabida.

La decisión del Consejo vulnera el tenor expreso de la voluntad manifestada por MARINE HARVEST de acceder a la publicación de la información de producción total de la empresa, no por centros de cultivo, por lo que requiere ser enmendada y rechazada la entrega de dicha información, a tal nivel de desagregación.

POR TANTO, en mérito de expuesto, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 21°, 28° y siguientes de la Ley de Transparencia, y demás disposiciones legales y constitucionales citadas:

SOLICITO A S.S.I., tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la decisión final recaída en el amparo rol C1003-18, por denegación de acceso a la información, deducido por Oceana Inc. en contra del SERNAPESCA, acordada en su sesión ordinaria N° 914, de 2 de agosto de 2018, por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia; acogerlo a tramitación y, en definitiva, hacer lugar al mismo y dejar sin efecto la decisión impugnada, ordenando que no se entregue la información requerida por los fundamentos expresados en esta presentación.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S.I. tener por acompañados, con citación, los siguientes antecedentes:

- 1) copia del oficio N° E5699, de 6 de agosto de 2018, por medio de la cual el CPLT notifica a mi representada de la decisión de amparo rol C1003-18;
- 2) comprobante de seguimiento en línea, envío N° 1180866973959, de la Empresa de Correos de Chile, relativo a la entrega del documento señalado en el numeral anterior;

- 3) copia autorizada de la escritura pública de mandato administrativo y judicial especial, otorgada con fecha 16 de abril de 2018 en la Quinta Notaría de Puerto Montt de doña Leby Barría Gutiérrez, ante el Notario Suplente don Miguel Ángel Araya Aedo, Repertorio N° 1.560-2018.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. Iltma. tener presente que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, vengo en designar domicilio en Calle Benjamín 2935, oficina 301, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago.

TERCER OTROSÍ: Pido a S.S. Iltma. tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino personalmente este requerimiento, y que mi personería para actuar en representación de Marine Harvest Chile S.A. consta en la escritura pública de mandato administrativo y judicial especial, otorgada con fecha 16 de abril de 2018 en la Quinta Notaría de Puerto Montt de doña Leby Barría Gutiérrez, ante el Notario Suplente don Miguel Ángel Araya Aedo, Repertorio N° 1.560-2018, copia autorizada de la cual se acompaña conforme a lo indicado en el N° 3) del segundo otrosí.