



MATERIA : REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD
REQUIRENTE : **INVERMAR S.A.**
R.U.T. : 79.797.990-2
REPRESENTANTE LEGAL : **CRISTIAN FERNÁNDEZ JERIA**
R.U.N. : 10.528.819-0
AB.PATROCINANTE Y APODERADO : **JAIME JAVIER BARRÍA GALLEGOS**
R.U.N. : 9.812.457-8
DOMICILIO : Calle Pedro Montt número 160, Edificio O'Higgins, cuarto piso, ciudad y comuna de Puerto Montt, región de Los Lagos

REQUERIDA I : **CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**
R.U.T. : 61.979.430-3
REPRESENTANTE LEGAL : **DAVID IBACETA MEDINA**
R.U.T. : 13.184.935-4
DOMICILIO : Morandé 360, piso 7°, Santiago, Región Metropolitana

REQUERIDA 2 : **OCEANA INC**
R.U.T. : 59.100.740-8
REPRESENTANTE : **FELIPE FONSECA PARADA**
R.U.T. : 16.426.118-2
DOMICILIO : Avenida Suecia 0155, oficina 1001, comuna de Providencia, Santiago de Chile, Región Metropolitana

EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
PRIMER OTROSÍ: Solicita suspensión del procedimiento que indica. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña certificado. **TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos.
CUARTO OTROSÍ: Acredita personería. **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JAIME JAVIER BARRÍA GALLEGOS, abogado, en representación, según se acreditará, de **INVERMAR S.A.**, del giro cultivo y reproducción de peces y mariscos, rol único tributario número 79.797.990-2, representada legalmente por **CRISTIAN FERNÁNDEZ JERIA**, ingeniero civil, todos domiciliados en calle Pedro Montt número 160, piso cuarto, ciudad y comuna de Puerto Montt, región de Los Lagos, a US. EXCMA. respetuosamente digo:

Por este acto, estando dentro del plazo legal, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, el N° 6 del artículo 31 y el artículo 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Excmo. Tribunal

Constitucional, en relación a la gestión pendiente ante la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt rol 19-2020, Libro Contencioso Administrativo, sobre reclamo de ilegalidad caratulados “INVERMAR S.A. / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA”, y en mérito de la representación que invisto, ruego a US. EXCMA. se sirva tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a fin que US. EXCMA. declare inaplicables, para dicha gestión, las partes que se indican del artículo 5° y del inciso segundo del artículo 10° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (cuyo texto rola en el artículo primero de la Ley N° 20.285), toda vez que de ser aplicadas en la resolución del reclamo de ilegalidad referido se producirá la infracción de lo prescrito en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, que en los hechos forzaría la divulgación y entrega de información sensible y estratégica de mi representada, en el marco del ejercicio de sus actividades económicas, lo que perturba el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica lícita, consagrado en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

I. DISPOSICIONES LEGALES OBJETO DEL PRESENTE REQUERIMIENTO.

Los textos de las disposiciones legales cuya inaplicabilidad se requiere son los siguientes:

1) Incisos 1° y 2° del artículo 5° de la Ley N° 20.285: “*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.*”¹

2) Inciso 2° del artículo 10° de la Ley N° 20.285: “*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***

¹ El todas las citas, los destacados y subrayados son nuestros, a menos que se exprese lo contrario.

excepciones legales". (Las partes impugnadas en el presente requerimiento corresponden a aquellas destacadas con negrita).

2. RESUMEN.

El objeto del presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es que se resuelva la gestión pendiente que le sirve de antecedente, no dando lugar a la aplicación de preceptos legales ya citados y que contrarían la Constitución.

Concretamente, el contexto en que se pretende evitar dicha aplicación está constituido por un contencioso administrativo relativa a solicitud de entrega de información desagregada por parte de OCEANA INC, dirigida al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, respecto a:

- a) *"Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante el año 2018 (en toneladas)"*.
- b) *"Biomasa total al final del ciclo productivo finalizado y cosechado durante 2018 (en toneladas)"*.

La inconstitucionalidad de las disposiciones legales citadas está constituida por traspasar los límites que el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política de la República fija a la publicidad de los actos y resoluciones emanados de los órganos del Estado.

Lo anterior, pues en el marco de la Ley General de Pesca y Acuicultura y la reglamentación sectorial pertinente, las empresas productoras de salmonídeos entregan información sanitaria al Servicio Nacional de Pesca a efectos de fiscalización y de transparencia activa, manteniendo este organismo información en su sitio web sobre cosechas y antimicrobianos, pero por agrupaciones de concesiones de salmonicultura, y no por empresa o centro de producción, como se exige en el amparo impugnado.

Conforme a la historia fidedigna del artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República, se ha fijado un límite preciso a la publicidad, que está constituido por actos, resoluciones, fundamentos de éstos o documentos que consten en un procedimiento administrativo. Este sentido y alcance del precepto constitucional torna que las disposiciones legales que se denuncian en el presente requerimiento adolezcan de vicio de inconstitucionalidad, de manera que la información desagregada por empresa (o las planillas que contienen datos "crudos") no es pública conforme al tenor del artículo 8° constitucional que, si bien hace públicos los actos y resoluciones de los órganos de la

Administración, así como sus fundamentos y procedimientos, no amplía este concepto a documentos que no se correspondan con la naturaleza de los tipos de data taxativamente señalados por la Carta Política.

3. ADMISIBILIDAD DEL PRESENTE REQUERIMIENTO.

Como aspecto preliminar, se hará una mención a los requisitos formales relacionados a la admisibilidad de este requerimiento, conforme lo exige el inciso 11° del artículo 93 de la Constitución Política de la República.

3.1.) Legitimación activa.

Este requerimiento se deduce a favor de INVERMAR S.A., que tiene la calidad de reclamante en los autos sobre reclamo de ilegalidad substanciado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en la causa rol 19-2020, libro Contencioso Administrativo.

3.2.) Preceptos legales impugnados.

Mediante este requerimiento, se impugnan el artículo 5° de la Ley N° 20.285 y el artículo 10 inciso 2° de la Ley N° 20.085.

Los textos impugnados ya han sido reproducidos al inicio de esta presentación, por lo que, por motivos de economía procesal, nos remitimos a ellas.

3.3.) Gestión pendiente.

Como se expresó, la gestión pendiente en que se dará aplicación a los preceptos legales impugnados está constituida por los autos rol 19-2020, libro Contencioso Administrativo, caratulados “INVERMAR S.A. / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA”, seguidos ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

3.4.) Carácter decisivo de la aplicación de los preceptos legales impugnados para la decisión del reclamo de ilegalidad

Este requisito se satisface en la especie, por cuanto la aplicación de los preceptos ya referidos forzarían al Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA) a revelar información

sanitaria y productiva que mi representada ha entregado a dicha autoridad solo en virtud de obligaciones regulatorias sectoriales.

Además, conforme lo ha expresado el Consejo para la Transparencia al momento de evacuar su informe, el hecho de que un documento, antecedente o información obre en poder de la Administración Pública hace que tenga carácter público, sin importar su origen; y para descartar lo anterior, deberá probarse la efectiva concurrencia de una causal de reserva al respecto.

En efecto, las normas impugnadas (artículo 5° e inciso segundo del artículo 10°, ambas de la Ley N° 20.285) las que extienden el deber de transparencia a “toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración” y a “toda información elaborada con presupuestos público”, respectivamente, sin importar el origen de la data. Así las cosas, no hay duda que la aplicación de estas disposiciones resulta decisiva para la gestión pendiente, pues con arreglo a ellas el Consejo para la Transparencia ha decidido acoger el amparo deducido y ordenar la divulgación de la información solicitada. En contrapartida, de ser acogido este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no existiría norma habilitante en el ordenamiento para sustentar esa decisión y, por tanto, ésta devendría ilegal.

3.5.) Fundamentos razonables del presente requerimiento

La razonable fundamentación que exige el inciso 11° del N° 16 del artículo 93 de la Constitución Política de la República se refiere a que la solicitud manifieste un fundamento plausible, entendido como la exposición clara, detallada y específica de los hechos y fundamentos de que se apoya el requerimiento, lo que significa que el requirente debe expresarse de tal manera que sean inteligibles los hechos del caso concreto, la forma en que la aplicación del precepto impugnado contraviene la Constitución, y la norma constitucional vulnerada.

En este caso, el requisito de razonable fundamentación o fundamento plausible se encuentra cumplido cabalmente, pues el presente requerimiento contiene una clara argumentación en relación a los hechos que fundan la acción, así como una descripción de los resultados inconstitucionales que la aplicación de las disposiciones legales controvertidas generan en el caso concreto.

A modo de síntesis, la doctrina y fundamentos que sustentan este requerimiento están determinados por el claro tenor del artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República, así como de los criterios interpretativos que quedaron plasmados en su historia fidedigna y también durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.285. Además, existen pronunciamientos anteriores de US. EXMA. al respecto y que han sido expresados en las sentencias roles 1990-2012; 2246-2012; 2153-2013; 2246-2013; 2558-2013; 2379-2013; 5950-2019; 4986-2018; 3111-2016; 2982-2016 y 2907-2015.

4. ANTECEDENTES DEL REQUERIMIENTO

4.1.) Solicitud de información vía transparencia

El 17 de octubre de 2019, doña Liesbeth Van Der Meer, en representación de OCEANA INC, solicitó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) la siguiente información:

- a) *Cantidad y tipo de producto utilizado en tratamientos antiparasitarios por cada centro de cultivo.*
- b) *Su producción anual de los años 2015 a 2019, ambos incluidos.*

4.2.) Naturaleza de la información

Cabe tener presente que las empresas dedicadas al cultivo de salmones tienen diversas obligaciones durante el desarrollo de su giro comercial, siendo una de ellas la entrega de información a SERNAPESCA sobre la situación sanitaria, que, entre otras, incluye las medidas sanitarias aplicadas, de acuerdo al Decreto N° 129 de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que establece el Reglamento para la entrega de información de pesca y acuicultura.

Esta información es entregada a SERNAPESCA con la finalidad que este órgano cumpla su obligación de llevar las estadísticas oficiales en materia de acuicultura, así como para cumplir sus requerimientos de fiscalización.

En efecto, SERNAPESCA está sujeta a una obligación de transparencia activa, consistente en mantener en su sitio de dominio electrónico la información actualizada sobre uso de antimicrobianos, conforme a la letra b) del artículo 90 quater de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Dicha hipótesis opera a nivel de agrupaciones de concesiones, **NO POR**

EMPRESA, y agrega la norma que todo ello es **SIN PERJUICIO DE LAS NORMAS SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**.

Se hace presente a US. EXCMA. que la expresión “agrupaciones de concesiones” ha sido definida expresamente por el legislador como un “conjunto de concesiones de acuicultura que se encuentran dentro de un área apta para el ejercicio de la acuicultura en un sector que presenta características de inocuidad epidemiológicas, oceanográficas, operativas o geográficas que justifican su manejo sanitario coordinado por grupo de especies hidrobiológicas, así declarado por la Subsecretaría”, todo ello según el artículo 2° numeral 52 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

4.3.) Rechazo a la entrega de la información

Mediante Resolución Exenta N° 5229, de fecha 15 de noviembre de 2019, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura denegó parcialmente el acceso a la información solicitada. En particular, dicha negativa se fundó en que la solicitud se refiere a documentos o antecedentes cuya entrega podría eventualmente afectar derechos de terceros, en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20 de la Ley de Transparencia, en relación con lo establecido en el artículo 21 N° 2 de la ley mencionada y en el artículo 7° N° 2 del Reglamento de la ley 20.285.

4.4.) Solicitud de amparo por concepto de denegación de información

Con fecha 9 de diciembre de 2019, doña Liesbeth Van Der Meer, en representación de OCEANA INC, dedujo el amparo a su derecho de acceso a la información en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, fundados en la respuesta negativa a su solicitud, para ante el Consejo para la Transparencia.

4.5.) Decisión del Consejo para la Transparencia

El Consejo para la Transparencia, por la mayoría de sus miembros presentes, acordó:

I. Acoger el amparo deducido por doña Liesbeth Van Der Meer, en representación de OCEANA INC, en contra del Servicio Nacional de Pesca, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.

II. Requerir a la Sra. Directora Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, lo siguiente:

a) Entregar a la reclamante información relativa a la cantidad y tipo de productos utilizados en tratamientos antiparasitarios por cada centro de cultivo, junto con su producción anual, de los años 2015 a 2019, ambos incluidos.

b) Cumplir dicho requerimiento en un plazo que no supere los 10 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia.

c) Acreditar la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma.

III. Encomendar a la Directora General y al Director Jurídico de este Consejo, indistintamente, notificar la presente decisión a doña Liesbeth Van Der Meer, a la Sra. Directora Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, y a los terceros interesados en el presente amparo.

La decisión mayoritaria del Consejo para la Transparencia establece que los antecedentes solicitados tienen el carácter de públicos, lo cual obedece al ejercicio de la función fiscalizadora que le corresponde al órgano reclamado, y no a función estadística alguna que se pudiera enmarcar dentro de lo establecido en el artículo 29 de la ley N° 17.374.

Luego, en lo que respecta a la configuración de la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en el sentido que la publicidad de lo requerido afectaría los derechos comerciales y económicos de las empresas, se establece que un mero interés no es suficiente para configurar la reserva de lo solicitado, debiendo justificarse la existencia de un derecho que se vería afectado con su divulgación. Además, señala 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, arribando a la convicción de que la divulgación 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.

En cuanto a la producción de efectos adversos en el prestigio de las empresas, ello es calificado como 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. En adición, se cita que atendido que ciertas empresas autorizaron la entrega de la misma información, su divulgación no tiene el mérito de afectar los derechos comerciales o económicos y que la materia consultada reviste interés público, por cuanto el uso de determinados fármacos puede afectar el medioambiente, determinando que el beneficio público resultante de conocer tal información es mayor que el daño que podría causar su revelación.

Cabe destacar que la decisión materia del presente reclamo de ilegalidad fue acordada con el voto disidente del Presidente del Consejo Directivo, don Jorge Jaraquemada Roblero, quien sostuvo, en síntesis, que los datos requeridos dan 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 de 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 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. Igualmente, cita para sustentar esta posición disidente las decisiones de los amparos Roles C227-10, C446-10, C1407-15, C2771-17 y C1003-18, entre otras, considerando que, en definitiva, se debía rechazar el presente amparo respecto de lo requerido en el literal b) de la solicitud, por configurarse la causal de secreto o reserva dispuesta en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

4.6.) Reclamo de ilegalidad substanciado para ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt

A raíz de la Decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia, INVERMAR S.A. dedujo un reclamo de ilegalidad para ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, cuya resolución se encuentra pendiente y que constituye el antecedente inmediato al presente requerimiento.

5. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA INAPLICABILIDAD DE LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS AL CASO CONCRETO

5.1.) Extensión de la información cuya divulgación se solicita

Un elemento clave para entender la magnitud de la lesión constitucional que se produce en el caso de marras, lo encontramos en la incalculable extensión y profundidad de la información solicitada por el amparante y concedida por el Consejo para la Transparencia en la decisión impugnada. Ello, porque la falta de especificidad del requerimiento de acceso a la información, lleva a concluir que la orden de divulgación que realiza el consejo para la Transparencia a SERNAPESCA podría involucrar la publicidad íntegra del Sistema de Información para la Fiscalización de Acuicultura (en adelante SIFA).

En efecto, los informes sanitarios de salmonicultura en centros marinos son emitidos por la autoridad por un mandato legal establecido en el artículo 90 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en base a toda la información que recibe o recolecta el SERNAPESCA. Luego, dicha autoridad cuenta con una gran cantidad de datos que periódicamente (a diario, semestral, mensual o anual, según sea el caso) son reportados por las empresas salmonicultoras –respecto a los más variados temas- en virtud del artículo 7° del DS 129/2013, que les ordena entregar datos sobre abastecimiento, existencia, cosecha y situación sanitaria (por especie, medidas profilácticas, enfermedades o infecciones y programas sanitarios específicos), entre otros.

La idea de sostener una publicidad a ultranza a cualquier información que role en organismos públicos y que sea recolectada en razón de las facultades fiscalizadoras de

estos últimos no sólo pone en riesgo el sistema regulatorio acuícola, sino que puede fácilmente trasladarse a otros ámbitos en donde agentes privados actúan también con concesiones o licencias públicas, con resultados desastrosos. Esto llevaría a liberar la totalidad de la data que contiene el SIFA, que es la data original desde la cual se construyen los documentos indicados.

Son estos datos, los recolectados y mantenidos en el SIFA, los que son tabulados, analizados y trabajados por el SERNAPESCA en su tarea legal de confeccionar los informes, por lo que la expresión “datos originales” puede vincularse a la totalidad de la data que consta en el SIFA. De este modo, en la práctica, se le estaría exigiendo al SERNAPESCA que divulgue todos los insumos informativos con que cuenta, tanto para la realización de los informes como también para detectar y sancionar, por ejemplo, potenciales infracciones, encontrándose aun dentro del período de prescripción de gran parte de ellas. Dicho esto, se podrían incluso ver obstaculizadas las propias potestades públicas de fiscalización y sanción que contempla el régimen regulatorio acuícola y cuyo secreto o reserva se encuentran amparados por la letra b) del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285.

La afectación inconstitucional que se genera no está construida solamente por la revelación de datos separados (que sería lo que ocurriría si es que, por ejemplo, se solicitare acceso a los datos de uso de antibióticos –como en las causas judiciales que se citan- o los porcentajes de mortalidad), sino que por la divulgación del conjunto de datos contenidos en el SIFA, que permite a cualquier persona conocedora (competidores o agentes del mercado) cruzar cada uno de los datos para escrutar el resultado productivo de un centro. Con el cruce de esa información, se podrá obtener el know how de cada uno de los centros de cultivo, que es lo que lo hace especial o distinto del siguiente y le permite acceder a un rendimiento económico específico, por tratarse de un elemento de naturaleza individual en el plano sanitario al tratarse del resultado de años de experiencia, de investigación y de conocimiento generado por mi representada, lo que se traduce en un factor crítico de éxito del resultado productivo, que determina una mejora o legítima ventaja con ocasión de sus actividades.

5.2.) Inconstitucionalidad de la aplicación de los preceptos legales impugnados conforme al contenido y alcance del artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República

Cabe preguntarse si la Constitución Política de la República contemple que todo antecedente, documento o información que conste en un órgano de la Administración del Estado sea -per se- público, o bien, si protege a los particulares titulares de información estratégica aportada al Estado, respecto a su divulgación.

Conforme a la redacción de los artículos impugnados en este requerimiento, se vislumbra que el legislador se extralimitó de su mandato constitucional y actuó fuera de los márgenes de la Carta Política, al sumar o añadir un concepto distinto a los cuatro elementos que establece el artículo 8° de la Constitución, y que además es prácticamente indeterminado, cuando incorpora la idea de información que obre en poder del Estado o preparada con presupuesto público.

En la historia fidedigna del artículo 8° de la Constitución Política de la República, expresamente **se rechazó la posibilidad que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueran entregadas a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en dicho artículo 8°**. Cabe recordar que, antes del artículo 8°, esa posibilidad la permitía el artículo 13 de la Ley N° 19.653 (HOY DEROGADO), pero todo ello no se plasmó en el texto reformado del artículo 8°, puesto que se rechazó la indicación del Ejecutivo en orden a hacer 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*”. De esta forma justamente lo analizó el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada el 23 de marzo de 2017, en la causa rol 3111-16-INA, considerando 21°.

En suma, no resulta procedente una subordinación de estos derechos particulares invocados en aras de la publicidad, puesto que es la publicidad de los actos de la Administración la que está estructuralmente limitada por los derechos de las personas.

De esta manera, el legislador ha ampliado el mandato hecho por el constituyente, saliéndose de sus márgenes para incorporar al deber de transparencia elementos que no fueron considerados por la norma superior. Esta ampliación es tal, que elimina todo límite a la transparencia estatal, resultando muy complejo (sino imposible) encontrar algún dato o antecedente que no sea público, si es que obra en poder de la Administración.

5.3.) Limitación del artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República

El mandato constitucional entregado por el citado artículo 8° inciso 2° limita a actos, resoluciones, fundamentos de éstas y los procedimientos.

Cabe preguntarse, entonces, si la intención del constituyente fue la de dar un acceso amplio a toda la información que conste en los organismos públicos, o bien, si lo que pretendió fue establecer un margen genérico pero acotado de data a la que se podía acceder.

Si el artículo 8° ya citado 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”. Por ello, 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”. Es decir, el listado es taxativo.

Esta idea queda cimentada cuando damos cuenta de la reforma constitucional planteada el 2013 por las Senadoras Sra. Isabel Allende, Soledad Alvear y los Senadores Sres. José García, Hernán Larraín y Eugenio Tuma (Boletín 8805-07). En dicho proyecto, todavía en trámite -que, recalamos, se trata de una reforma a la Carta Política y no una ley interpretativa-, se busca incorporar al texto constitucional el concepto de “información”, pero que mientras no sea aprobada, promulgada y publicada, viene a demostrarnos que hoy el inciso segundo del artículo 8° no abarca la publicidad de toda la información que conste en los organismos públicos. De lo contrario, ¿cuál sería el sentido de modificar la redacción de la norma para incluir expresamente la palabra “información”?

Dicho esto, sólo cabe concluir que no existe obligación de entregar la información que la reforma pretende agregar a la mentada disposición constitucional.

5.4.) Exclusión de la información en poder de INVERMAR S.A. y que conste en un órgano en razón de facultades fiscalizadoras

Sin perjuicio de lo ya referido, la entrega de información de carácter estratégico sanitario y productivo que pueda efectuar INVERMAR S.A. rige sólo para los ojos de SERNAPESCA, entidad encargada de fiscalizarlas, pero en caso alguno puede devenir en una divulgación pública. Lo anterior, pues el conocimiento generalizado de esa data permite a cualquier conocedor de la industria la develación de los patrones de conducta productiva y comercial de nuestras representadas, lo que ciertamente afecta sus derechos.

Además, esta información se entrega con la confianza legítima respecto a que el regulador no la divulgará de una manera más extensa que la expresamente autorizada por el ordenamiento. De lo contrario, se establecería un perverso incentivo a las empresas a incumplir su deber de información para evitar la revelación de datos propios de su know how.

Este razonamiento correspondiente a que los funcionarios públicos podrían inhibirse de utilizar una herramienta idónea para evitar que ideas -brindadas en un contexto de trabajo interno gubernamental- sean reveladas, llevada al caso de marras, nos muestra cómo podría generarse el alegado desincentivo a cumplir íntegramente con las obligaciones regulatorias de información, pues algún sujeto fiscalizado podría verse tentado a contrapesar los daños que le generaría una eventual sanción por incumplir con la entrega de la data, frente a los daños que le produciría la divulgación total de elementos sumamente sensibles y estratégicos de su quehacer habitual.

La tendencia jurisprudencial sobre este punto es bastante clara, dado que, en sentencia de 14 de mayo de 2019, este Excmo. Tribunal Constitucional ya había acogido un requerimiento similar, apuntando que el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República “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 se utilicen”. En el mismo sentido se ha decidido en los roles N° 2246, 2153, 2379, 2689, 2981, 2907, 3111-2016, 3974-2018 y N° 5950-2019, entre otros. Con mayor claridad, en roles 7425 y 2982, la Magistratura Constitucional ha sentenciado que “son públicos solo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

De esta forma, no procede forzar al SERNAPESCA que divulgue la información que motiva este proceso, pues no se corresponde a ninguno de los tipos señalados por la norma constitucional, dado que ésta no consta ni en actos, ni en resoluciones, ni como fundamentos de una decisión particular o procedimientos, sino que fue entregada por las distintas empresas a la autoridad por obligaciones sanitarias y regulatorias, siempre con el ánimo que no fuera publicada.

5.5.) La información solicitada produce una afectación a derechos económicos o comerciales

Conforme a la norma del artículo 19 N° 21, toda persona natural o jurídica goza del derecho para iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando la norma constitucional, por consiguiente, entre otras, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes. Lo anterior, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada, en sí misma, ilícita, y lo sean sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional; y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.

La entrega de la información solicitada afecta directamente los derechos de carácter comercial o económico de mi representada, lo que sería concordante con lo resuelto por el Consejo para la Transparencia en amparos sobre materia similares, toda vez que lo pedido da cuenta de la planificación estratégica de la empresa y su funcionamiento, lo que constituye un bien económico estratégico, respecto del cual es titular y que no es de dominio público, ejerciendo derechos de carácter comercial o económico, que constituyen datos que guardan relación con información confidencial y valiosa de cada compañía, formando parte de un proceso productivo.

A lo ya señalado, se suma lo que ya hemos dicho en el punto anterior, en el sentido de que el art. 21 de la ley 20.285 dispone:

“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 derechos de carácter comercial o económico.

En efecto, la información solicitada, reviste a juicio de esta parte el carácter de secreta en los términos que establece el artículo 86 de la Ley N° 19.039, esto es, “*cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”, pues se pide información que generalmente no es conocida ni fácilmente accesible y que forma parte de la planificación estratégica de cada empresa, especialmente referida a la forma en que maneja su cadena de producción, en donde desarrolla principalmente su actividad de cría y engorda de peces, por lo que la información constituye un bien económico estratégico, respecto del cual existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, lo que además le otorga un plus comercial, proporcionándole una ventaja comparativa, cuyo conocimiento público afectaría significativamente su desenvolvimiento competitivo.

Concordante a lo expresado, cabe señalar que el artículo 7° del Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública precisa que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, serán:

“N° 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, sus datos sensibles o derechos de carácter comercial o económico. Se entenderá por tales aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, en título de derecho y no de simple interés*”.

Ahora bien, la Ley General de Pesca y Acuicultura impone a quienes realicen cualquier tipo de actividad de acuicultura la obligación de informar al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura la situación sanitaria de los ejemplares, que comprende la información sobre las medidas profilácticas y terapéuticas aplicadas a cada unidad de cultivo, acorde con lo dispuesto en el Reglamento N° 129, de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Asimismo, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 86 de la ley referida, el reglamento sobre las medidas de protección, control y erradicación de las enfermedades de alto riesgo para las especies hidrobiológicas, establece los informes que deben ser entregados periódicamente por los titulares de los centros de cultivo, cuyo contenido deberá referirse como mínimo al uso de antimicrobianos, vacunas, químicos y tratamiento de desechos. Igualmente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 90 quater de la ley, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura debe poner a disposición de la ciudadanía a través de su sitio de dominio electrónico, información actualizada,

semestralmente, acerca de los informes sobre situación sanitaria y uso de antimicrobianos por cantidad y tipo de las agrupaciones de concesiones e informes sobre el programa nacional de vigilancia de enfermedades de alto riesgo, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86, lo cual se encuentra incorporado en el Informe sobre Uso de Antimicrobianos en la Salmonicultura Nacional y que es generado a partir de los datos remitidos por las diversas empresas salmoneras.

La información anterior es precisamente lo que constituye información pública y que, de hecho, ya está a disposición de la ciudadanía; *a contrario sensu*, la requerida no lo es. Por lo expuesto, es que se considera que la información que se pide por el solicitante importa acceder a la entrega de información que tiene naturalmente el carácter de reservada, en el entendido que constituyen antecedentes que guardan relación con información confidencial y estratégica de INVERMAR S.A. y que le proporcionan como tal una ventaja competitiva respecto de sus competidores, en los términos que establece la Ley de Propiedad Industrial ya citada, puesto que el manejo en el uso de antibióticos en la producción forma parte de la planificación estratégica de cada unidad empresarial en pos de alcanzar sus propósitos u objetivos; configurándose un bien económico sobre el cual recae un derecho de la misma índole.

En consonancia a lo expresado, el artículo 90 quáter ya referido contiene un resguardo a esos intereses y esfuerzos, al impedir que puedan identificarse individualmente los centros de cultivo por concesionario y ubicación específica; por lo que lo pedido no es generalmente conocido o fácilmente accesible como para determinar la conveniencia en su divulgación.

En efecto, dicha información es utilizada en una actividad industrial que generalmente no es conocida ni fácilmente accesible por quienes desarrollan la misma actividad y cuyo valor comercial es consecuencia precisamente de su carácter reservado, habiéndose adoptado por INVERMAR S.A. medidas conducentes en pos de resguardar tal condición, pues es con base en los datos requeridos que INVERMAR S.A. toma decisiones productivas y de financiamiento que no pueden ni deben ser conocidas por la competencia ni por otros particulares que pretendan incorporarse en el mercado. De lo contrario, el reglamento habría establecido esta información igualmente como accesible o a disposición de los ciudadanos y claramente no lo incluye, es decir, reiteramos, a contrario sensu, la excluye como información pública.

6. LA APLICACIÓN CONCRETA DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS GENERA EFECTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN, DE MODO QUE CORRESPONDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD AL CASO CONCRETO

La aplicación de las normas impugnadas en el caso concreto, que se pretende de parte de la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, genera un efecto contrario a la Constitución Política de la República.

Las razones de lo anterior obedecen a una extralimitación por parte del legislador al campo de aplicación de los deberes de transparencia consagrados en el artículo 8° de la Constitución, lo que, a su vez, produce lesiones a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita. En consecuencia, si la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt tiene a su disposición las normas denunciadas, las terminará por aplicar, cristalizando la afectación argumentada.

En este orden de ideas, la inconstitucionalidad concreta se producirá en caso que, en la gestión pendiente, el Tribunal de Alzada de Puerto Montt emita una resolución judicial que mantenga la orden de divulgar la data emanada del Consejo para la Transparencia, con base en los preceptos denunciados en este escrito, pues SERNAPESCA quedaría obligado a divulgar data de mi representada que es sumamente sensible y estratégica.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 8° inciso segundo, 19 N° 21, 76 y 93 N° 6 de la Constitución Política de la República; y los artículos 79 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1° de junio de 2010 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y demás normas sustantivas y adjetivas pertinentes, **RUEGO A US. EXCMA.** tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las partes señaladas en el cuerpo de esta presentación, preceptos legales que tienen efectos inconstitucionales en la gestión pendiente en la forma descrita en el presente requerimiento, por resultar contrarios al artículo 8° de la Constitución Política de la República, declararlo admisible y, en su mérito, declarar inaplicable a la causa rol N° 19-2020 (Contencioso Administrativo) seguida ante la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, respecto del reclamo de ilegalidad deducido en contra de la decisión C-6219-19 del Consejo para la Transparencia, lo siguiente:

- (i) la frase “los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo esencial,” en el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285;
- (ii) el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285;
- (iii) la frase “así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga,” en el inciso segundo del artículo 10° de la Ley N° 20.285.

PRIMER OTROSÍ: RUEGO A US. EXCMA., de conformidad a lo preceptuado por el número 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, se sirva disponer la suspensión del procedimiento en que incide esta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, caratulado “INVERMAR S.A. / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA”, rol N° 19-2020 (Contencioso Administrativo) seguido ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

POR TANTO, RUEGO A S.S. EXCMA. acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: RUEGO A US. EXCMA. tener por acompañado, con citación, el certificado emitido por la Secretaría Civil de la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que acredita la existencia de la gestión pendiente en la que incide la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en lo principal.

POR TANTO, RUEGO A S. S. EXCMA. tener dichos documentos por acompañados, con citación.

TERCER OTROSÍ: RUEGO A US. EXCMA. tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Copia de la resolución que contiene decisión del amparo rol C6219-19, emanado del Consejo para la Transparencia.
2. Expediente judicial del reclamo de ilegalidad que sirve de gestión pendiente.
3. Copia autorizada de mandato judicial de Invermar S.A., otorgado con firma avanzada electrónica, en el cual consta mi personería.

POR TANTO, RUEGO A S. S. EXCMA. tener dichos documentos por acompañados, con citación.

CUARTO OTROSÍ: RUEGO A US. EXCMA. se sirva tener presente que mi personería para representar a **INVERMAR S.A.** consta en escritura pública de mandato judicial acompañado en el primer otrosí de esta presentación.

POR TANTO, RUEGO A S.S. EXCMA. tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: RUEGO A US. EXCMA. se sirva tener presente que, en calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y poder en lo que respecta a este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con todas y cada una de las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.

POR TANTO, RUEGO A S.S.E. tenerlo presente.