

Santiago, siete de enero de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que, en estos autos rol N°377-2021 comparece don JOSÉ MIGUEL BURMEISTER LOBATO, abogado, en representación de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, persona jurídica de derecho público, en adelante la "Universidad", ambos domiciliados en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, de la comuna y ciudad de Santiago quien, conforme a lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública (la "Ley de Transparencia") deduce reclamo de ilegalidad en contra de la decisión de fecha 22 de junio de 2021, en adelante la "Decisión", en relación al proceso de amparo de acceso a la información identificada por el Rol N°8495-20, dictada por el Consejo para la Transparencia (el "Consejo"), representado por doña Gloria de la Fuente González, en su calidad de Presidente de su Consejo Directivo, ambos con domicilio en calle Morandé N°360, piso 7, de la comuna y ciudad de Santiago; para que se deje sin efecto la decisión correspondiente por ser inconstitucional e ilegal, en razón a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que señala.

Explica que el 30 de octubre de 2020, la Solicitante realizó solicitud de información (la "Solicitud"), de acuerdo al procedimiento contemplado en la Ley de Transparencia, en contra del Instituto de Salud Pública de Chile (el "ISP"), solicitando la divulgación de los *protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos de vacunación contra el Coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies*.

Mediante resolución exenta N°2926 de 10 de diciembre de 2020, el ISP denegó el requerimiento, señalando la oposición de terceros intervinientes en los términos del artículo 20 de la Ley de Transparencia. El 29 de diciembre de 2020 la Solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información, fundado en la respuesta negativa de la solicitud.

El 3 de febrero de 2021 se da traslado a la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su calidad de interviniente, mediante Oficio N°E2988, por el que se solicita evacuar descargos, los cuales son enviados al órgano con fecha 25 de febrero de 2021, ahondando en su posición de que la entrega de la información requerida es información estratégica y sujeta a protección de propiedad intelectual, fundándose en elementos de hecho y derecho señalados en su oportunidad.

La oposición de la Universidad se basó en una serie de argumentos de hecho y de derecho, los cuales fueron desechados por el Consejo.

En primer término, se señaló que la información solicitada tiene como finalidad ulterior el desarrollo, patentamiento y comercialización de un producto farmacéutico, cuyo desarrollo ha sido regulado en base a contratos entre privados sujetos a cláusulas de confidencialidad. Lo anterior se traduce en que los protocolos de investigación han sido y son información altamente sensible. Esto fue desechado por el Consejo, pero es relevante por cuanto los argumentos normativos que justifican la publicidad de la información, excluyen aquellos que limitan la inoponibilidad de la confidencialidad exclusivamente al ISP.



La Universidad habría cumplido con todas sus obligaciones legales como Patrocinador, lo cual es fiscalizado y supervigilado por el Instituto de Salud Pública de Chile, lo que se refleja en una serie de resoluciones. Lo anterior no implica que se otorgue autorización para la publicación de la información sometida.

La Universidad, sin ser sujeto directo de la Ley de Transparencia y en ánimo de mantener publicada información, ha publicado y puesto a disposición del público, tanto general como especializado, sitios web como <https://www.coronavacfase3.cl/> o la información publicada en sitios técnicos como <https://clinicaltrials.gov/>.

La obligación es catalogada como reservada, siendo aplicable el artículo 21 de la Ley de Transparencia, tanto en su número 2 como en su número 4.

Respecto de lo establecido en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, se cumplirían los presupuestos para considerar que se afectan los derechos comerciales de su representada.

Respecto de lo establecido en el artículo 21 N°4 de la Ley de Transparencia, el interés nacional por una sana campaña de vacunación sería suficiente para considerar que existe una vulneración o posible afectación del interés público en materias de salud.

El artículo 89 de la Ley 19.039 establece una obligación de reserva del ISP, que impide que se divulguen datos de prueba u otros no divulgados. El protocolo de investigación entraría en esta última categoría.

2°) Que, en cuanto a la Decisión del Consejo, notificada a su parte el 29 de junio de 2021, que acogió el amparo, tiene como fundamentos:

Luego de citar normas, señala que el *"protocolo solicitado es de naturaleza pública toda vez que se configura como antecedente, presupuesto y fundamento que el organismo tuvo a la vista a fin de ejecutar el ensayo clínico del producto farmacéutico que se consulta:"*

Luego, desecha las defensas argüidas por los terceros interesados en relación con el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, toda vez que no se habría *"explicado en forma pormenorizada y específica cómo su comunicación puede afectar su ventaja competitiva en el mercado"*.

Junto con lo anterior, desecha la aplicación de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N°4 de la Ley de Transparencia por no existir prueba sobre expectativa razonable de daño o afectación al interés de la nación, presente o probable, con suficiente especificidad para justificar la reserva.

Determina, en su considerando noveno, que los intereses comerciales son protegidos mediante la reserva sobre las fórmulas del producto farmacéutico y/o del proceso de elaboración. Como explicará, esta conclusión es errada, indica.

3°) Que, en cuanto a los fundamentos de hecho y la caracterización de la información, el reclamante precisa que la solicitante pide al ISP la revelación del Protocolo correspondiente a la investigación catalogada *"Estudio clínico multicéntrico, de fase 3, randomizado, para evaluar la eficacia, seguridad e inmunogenicidad de dos esquemas de vacunación de una"*



vacuna inactivada contra la infección por SARS-CoV-2 en adultos" (el "protocolo"). El estudio comprende antecedentes relevantes, sus objetivos, su diseño, procedimientos, criterios de selección y evaluación aplicados, información sobre la vacuna, lineamientos de manejo de información, entre otras. Esta información no es de por sí patentable, lo que no le resta relevancia; en el documento, se relata de manera clara y precisa el proceso técnico que conlleva la prueba de eficacia de un compuesto farmacéutico.

El documento consta de un esfuerzo intelectual original desarrollado entre la Universidad y Sinovac Life Sciences Co., Ltd. ("Sinovac"), el cual considera una serie de actividades y planteamientos que conjuntamente sinergizan para dar lugar a un protocolo original. Contiene planteamientos científicos que resultan de un trabajo intelectual original que plantea realizar un análisis particular, ideado por sus autores, sobre células inmunes obtenidas en las muestras de los participantes. La medición de estos parámetros es un elemento estratégico, el cual no es obvio, y su divulgación pone en riesgo su originalidad y el potencial de publicación de los resultados.

Expresa que el protocolo constituye una hoja de ruta técnica, de limitado y controlado acceso, que permite la puesta en marcha de un estudio clínico en esta compleja materia. Esa hoja de ruta no es standard, no se encuentra un formato en el mercado y se ve cuál se ajusta más al proyecto, sino que hay que trabajarla y requiere de un esfuerzo intelectual y económico considerable. El resultado es esa ruta técnica que permite mapear el desarrollo del estudio dentro de ciertos marcos que consideran gran cantidad de información y variables, lo que es por definición el tipo de producto intelectual que un actor del mercado no quiere ver en manos de su competidor y que, al revés, le interesa mantener confidencial todo el tiempo posible.

Sostiene que la información que contiene el protocolo corresponde a datos de carácter sensible, de alta importancia comercial y de un contenido estratégico, la que representa una ventaja comparativa para el posicionamiento de la Universidad como un centro de investigación científica a nivel global. El riesgo de la publicación del protocolo radica en su futura copia para elaboración de trabajos similares, significando una disminución importante del valor de los conocimientos técnicos adquiridos por sus investigadores y que se concentran en la casa de estudios. La información representa parte del *know-how* de la Universidad, el cual es una pieza esencial para su posicionamiento como patrocinador de estudios clínicos.

De lo informado, es una conclusión lógica que lo solicitado representa un activo importante para la Universidad, activo cuyo secreto es esencial para ellos como su titular y que ha sido protegido mediante cláusulas de confidencialidad.

Por último, y para efectos de la aplicación de las normas que serán citadas, el protocolo es parte integrante e indisoluble de los "*datos de prueba*" que se relacionan con la seguridad y eficacia de la vacuna. Estos datos no han sido divulgados en su totalidad, habiendo hecho la Universidad publicaciones controladas.



CSBFLPYZMY

4°) Que, seguidamente, a propósito de los fundamentos de derecho, afirma el reclamante que los derechos de carácter económico constituyen un límite al acceso a la información.

Expone que el artículo 21 de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, establece las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, conteniendo en su numeral segundo la causal que opera 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"*, siendo la disposición invocada por su parte y rechazada por el Consejo.

Conforme a dicho artículo, los derechos de carácter económico son un límite al ejercicio del deber de transparencia y al correlativo derecho de acceso a la información. El Secreto Empresarial constituye una expresión de la protección otorgada a los derechos de carácter económico, misma que eventualmente se consagró de modo más específico en el artículo 86 y siguientes de la ley N°19.039, sobre Propiedad Industrial, en los siguientes términos: *"Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva"*.

De lo anterior se desprende que, cumplidos los requisitos para que la información solicitada por el recurrente constituya secreto empresarial, la autoridad administrativa no puede darla a conocer, por cuanto al divulgarlos infringiría derechos de carácter comercial o económico de su titular, en este caso la Universidad.

5°) Que el reclamante sostiene que el concepto de secreto industrial usado por el Consejo se limita a las fórmulas y procesos de elaboración, sin considerar que el concepto del artículo 86 de la Ley N°19.039, de Propiedad Industrial es más amplio.

Dicho precepto entiende por secreto empresarial *"todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva"*. La definición comprende o incluye cualquier conocimiento sobre los procedimientos que permiten una mejora, avance o ventaja competitiva, haciendo distinción únicamente, para otorgar protección, en aquello que ha sido o no ha sido revelado o se ha mantenido en reserva por parte del controlador de la información, explica el reclamo.

Agrega que la Ley N°19.996 de 2005 modificó la Ley de Propiedad Industrial para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), reconociendo en la esfera de protección de la propiedad intelectual los denominados *"Secretos Empresariales"*, para cuyo reconocimiento no es necesario obtener previamente un título de protección. El artículo 39 de los ADPIC señala que *"las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento...en la medida que*



dicha información: a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.”

De la letra a) citada se desprende que el concepto de información secreta depende de las dificultades para acceder a ella. Esta información no se ha publicado siquiera en sitios especializados en investigación. Corresponde a un documento cuya existencia es conocida por las partes que necesitan conocerla. En cuanto a la letra b), ya ha señalado cual es el valor de la información como representación del *know how* de la Universidad. Sobre la letra c), por último, en su escrito quedará de manifiesto que la Universidad ha tomado todas las medidas para evitar la revelación de la información.

A mayor abundamiento, y para ilustrar de manera aún más contundente el punto, la Corte de Apelaciones ha confirmado que “no es posible limitar el secreto empresarial [...] a aquellos antecedentes que se establecieron como información no divulgada”, manteniendo un criterio omnicompreensivo de lo que implica el secreto empresarial, el cual incluye necesariamente aquel “*Know How que está conformado por todos los esfuerzos, análisis, estudios e inversión de recursos*”. De lo citado se desprende la conclusión lógica que aquellos conocimientos necesarios para el desarrollo del giro, debiesen estar protegidos por el secreto industrial o empresarial, generando la publicación que pretende el Consejo un perjuicio inmediato e inevitable para la Universidad.

En relación a la resolución del Consejo, en su considerando 9° se señala que “*resulta plausible sostener que los antecedentes relativos a la fórmula, son de aquellos que pueden ser considerados como secreto industrial, según lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial, a saber, todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”, limitando la protección del secreto industrial a las fórmulas y métodos de elaboración, lo cual es una interpretación arbitraria del Consejo, contraria a las disposiciones y jurisprudencia citadas, la cual excluye gran parte del mérito de la Universidad, el cual se basa en su prestigio como institución, en la expertiz de sus investigadores y la seriedad con que lleva sus investigaciones.

6) Que, luego, el reclamo argumenta que la información que se pretende reservar cumple con los estándares usualmente aplicados por el Consejo para la Transparencia para determinar la reserva de la misma.

Expresa que en base a la consideración de la información como secreto industrial, debe analizar si se han seguido o no los criterios del Consejo para la Transparencia para el reconocimiento de las circunstancias fácticas que deben concurrir para considerar una información como reservada. A saber:



a) *Que la información requerida no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza la información en cuestión.* Sobre este punto, se infiere de lo señalado por su parte en su oposición que ésta es únicamente conocida por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su calidad de patrocinante; por Sinovac, en su calidad de titular de los derechos de Propiedad Industrial; y por el Instituto de Salud Pública, en su rol de fiscalizador. Junto con lo anterior, se suman los convenios de confidencialidad suscritos por las partes y el control constante que hace la Universidad de la información que se publica, manteniéndose información disponible al público general (<https://www.coronavacfase3.cl/>) y otra información dirigida a un público especializado y específico (<https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04651790?cond=Covid19&cntry=CL&draw=2&rank=5>).

En ninguna de estas páginas, controladas únicamente por la Universidad, se encuentra publicado el documento cuyo acceso se solicita.

b) *Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto.* Sobre esto, la Pontificia Universidad Católica de Chile se ha opuesto sistemáticamente a la liberación de la información. Este no es el primer requerimiento que llega sobre la materia y han respondido a todos en tiempo y forma y usando los mismos términos: se trata de información comercial, sensible, estratégica y protegida por cláusulas de confidencialidad. Por último, señala que la información se encuentra en poder del ISP no por voluntad de la Universidad o de los titulares de los derechos de Propiedad Industrial que de ella deriven, sino que fue entregada por cumplimiento de exigencias burocráticas establecidas por la Ley en la tramitación de una autorización para utilizar productos farmacéuticos en investigaciones científicas, siendo este el único motivo para revelar información como aquella contenida en el protocolo solicitado.

c) *El secreto o reserva de la información requerida proporciona a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, o su publicidad puede afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.* Conforme se señala en los contratos celebrados entre la Universidad y Sinovac, el conocimiento técnico de la Universidad, reflejado en el protocolo, es un elemento esencial para la contratación. Este conocimiento (sobre la elaboración de estudios) corresponde a una herramienta propia de la Universidad, la cual ha sido formada por la contratación de investigadores considerando en especial sus habilidades y conocimientos personales y que le otorgan una gran ventaja comparativa para el giro que desarrolla en relación a la investigación. El Consejo falla al no reconocer a la investigación como un negocio, el cual se basa en el posicionamiento de las instituciones para la concreción de proyectos de relevancia en base a los conocimientos adquiridos de sus integrantes. Lo anterior corresponde a la definición misma de la ventaja competitiva en el rubro de la investigación.

Como resulta de lo expuesto, dice, es incomprensible bajo un análisis fáctico-legal que el Consejo haya ignorado sus



advertencias sobre la sensibilidad de la información y su categorización como reservada.

7°) Que, asimismo, el reclamo aduce que el Consejo no toma en consideración lo dispuesto en los artículos 111-A, 111-D del Código Sanitario ni lo dispuesto en los artículos 89 y 91 de la Ley de Propiedad Industrial.

Explica, al respecto, que el Consejo cita disposiciones correspondientes al Decreto con Fuerza de Ley N°675, de 31 de enero de 1968 (el "Código Sanitario") y sus modificaciones. En particular, cita el artículo 96, el cual se limita a establecer las funciones que la norma otorga al Instituto de Salud Pública. Sin embargo, se ignoran las disposiciones relativas a los "Ensayos Clínicos de Productos Farmacéuticos y Elementos de Uso Médico" contenidas en el título V del mismo cuerpo normativo, las cuales reconocen el valor que representa la información solicitada como germen de creación de propiedad industrial, otorgándole el carácter de reservada y limitando expresamente la información que puede ser publicada por el Instituto de Salud Pública.

El artículo 111-A, al señalar los requisitos para realizar investigación científica en seres humanos usando productos farmacéuticos, indica en su inciso tercero que *"el solicitante deberá presentar, previa aprobación conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley N°20.120, el protocolo de investigación, el formato de consentimiento informado, la póliza de seguros y todo otro antecedente que establezca el reglamento"*. Respecto a estos documentos, el inciso final del artículo dispone que *"El Instituto de Salud Pública deberá llevar un registro público de todas las investigaciones científicas en seres humanos con productos farmacéuticos o elementos de uso médicos autorizadas para realizarse en el país, con las menciones que señale el reglamento. Dicho registro estará sujeto a las disposiciones del artículo 7° del artículo primero de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública."*

Los incisos citados limitan expresamente la obligación de transparencia del ISP al registro público con investigaciones científicas señalado. No se explica que el mismo artículo que señala la información disponible para el ISP, excluya o limite la obligación de transparencia a un registro público con ciertas características, sino por medio del reconocimiento implícito del legislador al valor sensible, estratégico y generador de propiedad industrial patentable de la información puesta a disposición de la autoridad. Se trata de una forma de conciliar intereses sanitarios con el fomento de la innovación en materia farmacéutica, lo que por lo demás, es prioritario a nivel mundial considerando la presencia de una pandemia.

A modo de resumen, sostiene que la norma del artículo 111-A del Código Sanitario establece la obligación de un registro público de investigaciones científicas, para alojar en él la información que es divulgable, ergo, la que no deba pertenecer a ese registro, en principio debe ser reservada.

Añade que, siguiendo la misma lógica de tratar como reservados los protocolos de investigación, el artículo 111-D, en su inciso tercero señala que *"...El Instituto de Salud Pública tendrá libre acceso a la información relacionada con la investigación. Toda obligación de reserva contemplada en*



CSBFLPYZMY

protocolos, o convenciones y documentos en general, será inoponible a esa autoridad. Toda disposición en contravención a esta ley contenida en los referidos protocolos, convenciones y documentos es nula, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 89 y 91, letra b), de la ley N°19.039, de Propiedad Industrial...".

El inciso transcrito se traduce en la ineficacia por inoponibilidad de actos jurídicos destinados a la reserva de la información presentada, ineficacia limitada expresa y únicamente al ISP y no a la comunidad toda, como implicaría la resolución del Consejo. Luego, se sigue que la norma expuesta parte del supuesto que la información que se presenta no es de libre acceso y universal ex-ante, debiendo reconocer de manera expresa una sanción de inoponibilidad a favor exclusivamente del ISP, a fin de cautelar lo dispuesto en el artículo 96 del Código Sanitario. Si el legislador hubiere querido alterar la naturaleza reservada de la información completamente, no habría restringido la inoponibilidad sólo al ISP.

El Consejo para la Transparencia ha extendido de manera arbitraria la aplicación de esta sanción de derecho estricto, en perjuicio de los intereses legítimos de los desarrolladores y patrocinadores de investigaciones científicas con uso en productos farmacéuticos.

Lo anterior, y como reconoce el mismo artículo 111-D, es concordante con lo dispuesto en los artículos 89 y 91, letra b) de la ley de Propiedad Industrial al regular la información no divulgada.

El artículo 89 señala que "Cuando el Instituto de Salud Pública o el Servicio Agrícola y Ganadero requieran la presentación de datos de prueba u otros que tengan naturaleza de no divulgados, relativos a la seguridad y eficacia de un producto farmacéutico [por definición, el protocolo de investigación] o químico-agrícola que utilice una nueva entidad química que no haya sido previamente aprobada por la autoridad competente, dichos datos tendrán el carácter de reservados, según la legislación vigente."

"La naturaleza de no divulgados se entiende satisfecha si los datos han sido objeto de medidas razonables para mantenerlos en tal condición y no son generalmente conocidos ni fácilmente accesibles por personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.

"La autoridad competente no podrá divulgar ni utilizar dichos datos para otorgar un registro o autorización sanitarios a quien no cuente con el permiso del titular de aquéllos, por un plazo de cinco años, para productos farmacéuticos, y de diez años, para productos químico-agrícolas, contados desde el primer registro o autorización sanitarios otorgado por el Instituto de Salud Pública o por el Servicio Agrícola y Ganadero, según corresponda...".

El artículo 89 de la Ley de Propiedad Industrial regula el deber de reserva que tiene el ISP respecto de datos de prueba u otros que tengan naturaleza de no divulgados. Existe una obligación establecida por la ley que evita que los datos proporcionados y que puedan derivar en un producto farmacéutico puedan ser revelados a la población general.



Los incisos segundo y cuarto señalan que tienen naturaleza de no divulgados aquellos datos que:

a) Hayan sido objeto de medidas razonables para mantenerlos en tal condición. Sin señalar medidas, podrían ejemplificarse: oposición sistemática a requerimientos de información, cláusulas de confidencialidad en los contratos relacionados con la información cuya divulgación se solicita, publicación controlada de la información, etc.

b) No sean generalmente conocidos ni fácilmente accesibles por personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. En este sentido, la información relacionada a vacunas se mantiene con extrema reserva, siendo accesible únicamente a aquellos autorizados por la entidad Patrocinador del Estudio (la Universidad).

Cumpléndose con los requisitos señalados, la autoridad competente no podrá divulgar ni utilizar la información sin permiso del titular por un plazo de cinco años, contados desde la primera autorización.

Reitera que la prohibición señalada fue establecida en protección de la innovación y los intereses comerciales de aquellos que desarrollan nuevos fármacos, a fin de proteger y fomentar que se siga investigando e innovando en materias de salud.

El ISP, al no revelar la información, no solo actúa en protección de los intereses de los titulares de la información, lo hace en cumplimiento de sus deberes legales como receptor de información.

El artículo 91 -continúa- contempla las excepciones al deber de reserva. Este dispone que *"No procederá la protección de este Párrafo, cuando: a) El titular de los datos de prueba referidos en el artículo 89, haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia en relación directa con la utilización o explotación de esa información, según decisión firme o ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. b) Por razones de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia declaradas por la autoridad competente, se justifique poner término a la protección referida en el artículo 89. c) El producto farmacéutico o químico-agrícola sea objeto de una licencia obligatoria, conforme a lo establecido en esta ley. d) El producto farmacéutico o químico-agrícola no se haya comercializado en el territorio nacional al cabo de doce meses, contados desde el registro o autorización sanitaria realizado en Chile. e) El producto farmacéutico o químico-agrícola tenga un registro o autorización sanitaria en el extranjero con más de doce meses de vigencia."*

Hace notar que ninguna de las situaciones fácticas contempladas ha sido invocada o ha tenido ocurrencia, añadiendo que de las disposiciones transcritas, tanto las del Código Sanitario como las de la Ley de Propiedad Industrial, queda claro que existe un deber de reserva sobre la información presentada al ISP, cuya aplicación fue argüida e ignorada por el Consejo.

Esta invisibilización latente de la norma por el Consejo tiene una consecuencia devastadora para su representada, pues lo que se pretende es que un tercero no sujeto a las disposiciones



de la Ley de Transparencia entregue documentos de su propiedad (sin siquiera expresar un interés legítimo por parte del Solicitante) por haber sido presentados al ISP, lo que no solo es incorrecto sino que ilegal, pues implica desconocer la obligación de reserva que pesa sobre el ISP, en desmedro de los fines comerciales legítimos de su representada, los cuales se fundan en la innovación.

8°) Que el reclamo agrega que el secreto empresarial cuenta con protección constitucional, lo que ha sido reconocido por el Consejo, y sobre dicha materia, indica que según los argumentos expuestos, sería posible configurar una vulneración de las garantías constitucionales de la Universidad, por cuanto su derecho sobre los secretos industriales o empresariales de los que goza se encuentra protegido por varias garantías constitucionales.

El artículo 19 N°25 de la Constitución Política de la República, en su inciso tercero, garantiza a todas las personas *la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley*". Dicha garantía debe comprenderse en sentido amplio, entendiéndose que el secreto empresarial está incluido dentro de la expresión "*u otras creaciones análogas*".

Añade que la protección otorgada por la Constitución a este tipo de propiedad comprende la "*prohibición de transferir, divulgar o dar a conocer la tecnología de carácter reservado constitutiva de un secreto industrial*". El Consejo, al ordenar la liberación de la información, niega parte consustancial del derecho de propiedad de la Universidad y sus investigadores sobre el conocimiento que genera el informe, lo que implica dejar sin efecto la garantía constitucional señalada.

Precisa que la decisión del Consejo de considerar la información como pública afecta la garantía consagrada en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, en cuanto dispone "*el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*". Aduce que se encuentran precedentes en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, en particular la decisión de los amparos roles C248-12 y C249-12 en relación a la decisión de amparo Rol 501-09.

Por último, pide tener por deducido el reclamo de ilegalidad, acogerlo a tramitación y, conforme a los argumentos esgrimidos, declare que la información solicitada se encuentra amparada por el deber de reserva a que está sujeto el Instituto de Salud Pública de Chile y corresponde a información reservada en los términos del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, por lo que no podrá ser entregada, todo ello con expresa condenación en costas.

9°) Que ha comparecido don DAVID IBACETA MEDINA, abogado, Director General y representante legal del Consejo para la Transparencia, domiciliado en calle Morandé N°360, piso 7, comuna de Santiago, quien evacua el informe solicitado, formulando los descargos y observaciones respecto al Reclamo de Ilegalidad deducido en representación de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA



DE CHILE, en contra del Consejo para la Transparencia, interpuesto en virtud del artículo 28 de la Ley de Transparencia, en adelante "LT", con motivo de la dictación de la Decisión de Amparo C8495-20, solicitando que éste sea rechazado en todas sus partes, por las consideraciones que expone.

Explica que el 30 de octubre de 2020 doña Nicollet Peña López solicitó al Instituto de Salud Pública de Chile -en adelante también ISP-: "*los protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos en Chile de vacunación contra el coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies*".

Mediante resolución exenta N°2926, de 10 de diciembre de 2020, el Instituto de Salud Pública de Chile denegó el requerimiento en virtud de la oposición de los terceros intervinientes, Jhonson & Jhonson de Chile S.A. y Pontificia Universidad Católica de Chile, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

El 29 de diciembre de 2020, doña Nicollet Peña López dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del señalado órgano de la Administración del Estado, fundado en la respuesta negativa a la solicitud.

El Consejo Directivo de la Corporación admitió a tramitación el amparo, confirmando traslado a la Sra. Directora (S) del Instituto de Salud Pública de Chile, quien mediante oficio ordinario N°135 de 25 de enero de 2021 presentó sus descargos, reiterando lo señalado en su respuesta, en orden a que la denegación se fundó en la oposición de los terceros, quienes alegaron la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, conforme al artículo 20 de dicha ley.

De conformidad a lo prescrito en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, el Consejo Directivo dio traslado del amparo a los terceros interesados, Jhonson & Jhonson de Chile S.A. y a la Pontificia Universidad Católica de Chile, solicitándoles que hagan mención expresa a los derechos que lo asisten y que pudieran verse afectados con la publicidad de la información solicitada.

Explica que la Pontificia Universidad Católica de Chile se opuso a la entrega de la información solicitada, señalando que no le son aplicables las disposiciones de la Ley de Transparencia, ni lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, no estando obligada a acceder a su divulgación. Además, atendida la naturaleza de aquella, concurriría la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, por cuanto se cumplen todos los requisitos establecidos para su procedencia y que se encuentra resguardada conforme a los artículos 89 y siguientes de la Ley de Propiedad Industrial. Divulgar los antecedentes reclamados podría afectar el interés nacional relacionado con la salud pública, configurándose también la causal de reserva del artículo 21 N°4 de la Ley de Transparencia.

Luego de analizar los antecedentes, el Consejo para la Transparencia, mediante Decisión de Amparo Rol C8495-20, adoptada el 22 de junio de 2021, acogió el amparo por denegación de acceso a la información deducido por doña Nicollet Peña López en contra del Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), requiriendo lo siguiente:



"Entregue a la reclamante copia de los protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos en Chile de vacunación contra el coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies"; reservando, en forma previa, aquellos antecedentes referidos a la fórmula del producto farmacéutico y/o al proceso de elaboración; y los datos personales de contexto que puedan contener".

Habiéndose analizado los argumentos desarrollados por la solicitante de información, por el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) y por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el marco de la Decisión de Amparo, así como los fundamentos esgrimidos por esta última, en su calidad de reclamante de ilegalidad, en el ámbito del Reclamo, hace presente las consideraciones tenidas en cuenta por el Consejo, lo cual permite ilustrar que la Decisión de Amparo C8495-20 del Consejo para la Transparencia se ajusta a derecho y al sentido y espíritu del texto constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública, por lo que el Reclamo de Ilegalidad debe ser rechazado al no haberse incurrido en ilegalidad.

10°) Que, en cuanto al objeto de la controversia que motivó la interposición del reclamo de ilegalidad, precisa que la reclamante alega que la información solicitada al ISP si bien no es de por sí patentable, no le resta relevancia: en el documento se relata el proceso técnico que conlleva la prueba de eficacia de un compuesto farmacéutico, con lo cual se configura la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

En relación a la señalada causal, agrega que la decisión impugnada limita la protección del secreto industrial del artículo 86 de la ley N°19.039 a las fórmulas y métodos de elaboración, lo que es una interpretación arbitraria del Consejo, la cual excluye gran parte del mérito de la Universidad, el que se basa en su prestigio como institución, en la experiencia de sus investigadores y la seriedad con que lleva sus investigaciones. Asimismo, señala que el carácter secreto de dicha información queda reforzado por las cláusulas de confidencialidad contenidas en contratos, que en su opinión se han cumplido; además, los tres requisitos copulativos sobre la cual descansa la mencionada causal, señalando los argumentos que, a su juicio, justificarían aquello.

Alegó, además, la aplicación de los artículos 111-A, 111-D del Código Sanitario y de los artículos 89 y 91 de la Ley de Propiedad Intelectual, y que lo que se pretende es que un tercero no sujeto a las disposiciones de la Ley de Transparencia entregue documentos de su propiedad (sin siquiera expresar un interés legítimo por parte del Solicitante) por haber sido presentados al ISP. Por otra parte, alega una infracción a las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 N° 21 y N° 25 de la Constitución Política de la República, por las razones que indica.

Por lo tanto, teniendo en consideración el tenor de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el Reclamo de Ilegalidad, la controversia se centra en determinar si la Corporación obró o no conforme a derecho, al acoger el amparo deducido, desestimando la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N°2, de la Ley de Transparencia.



Finalmente, hace presente que respecto de esta decisión C8495-20 sólo dedujo reclamo de ilegalidad la Pontificia Universidad Católica de Chile, en tanto la empresa Jhonson & Jhonson de Chile S.A. y el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) no lo hicieron, razón por la cual, respecto de estas últimas lo resuelto en la aludida decisión, ha quedado firme y ejecutoriado.

11°) Que el informante argumenta que "LA INFORMACIÓN REQUERIDA ES PÚBLICA DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL ART. 8°, INCISO 2°, DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS ARTS. 5°, ART. 10 Y 11 LETRA C) DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, AL OBRAR EN PODER DEL ISP EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PÚBLICAS Y AL CONSTITUIR UN FUNDAMENTO DE UNA AUTORIZACIÓN OTORGADA POR EL ÓRGANO FISCALIZADOR."

Hace presente que la información ordenada entregar ha sido aportada por la Universidad reclamante al ISP, como un insumo relevante para el ejercicio de su función fiscalizadora en materias de su competencia, sirviendo de fundamento a un acto administrativo de dicho organismo.

Conforme al artículo 59 del DFL N°1 del año 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, serán funciones del ISP, entre otras:

a) Servir de laboratorio nacional y de referencia, normalizador y supervisor de los laboratorios de salud pública que determine el Ministerio de Salud, en las materias indicadas en el artículo 57;

b) Ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, las que comprenderán las siguientes funciones:

1.- Autorizar la instalación de laboratorios de producción químico-farmacéutica e inspeccionar su funcionamiento;

2.- Autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control, de acuerdo con las normas que determine el Ministerio de Salud;

3.- Controlar las condiciones de internación, exportación, fabricación, distribución, expendio y uso a cualquier título, como asimismo, de la propaganda y promoción de los mismos productos, en conformidad con el reglamento respectivo, y

4.- Controlar los estupefacientes y productos farmacéuticos que causen dependencia y demás sustancias psicotrópicas susceptibles de surtir análogo efecto, respecto de su importación y de su uso lícito en el proceso de elaboración de productos farmacéuticos.

La forma y condiciones como el Instituto ejercerá las funciones enumeradas en esta letra serán determinadas en el reglamento, el que deberá establecer el derecho y los procedimientos a que deberán ceñirse las entidades y personas interesadas para reclamar ante el Ministerio de Salud, de las actuaciones que realice y de las resoluciones que adopte en cumplimiento de esas funciones; (...)

g) Fiscalizar el cumplimiento de normas de calidad y acreditación de los laboratorios señalados en la letra a) precedente, conforme al reglamento a que se refiere el número 12 del artículo 4°, y las que le sean encomendadas por otros organismos públicos del sector salud mediante convenio."

El artículo 96 del Código Sanitario, establece que: "el Instituto de Salud Pública de Chile será la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos, de los



establecimientos del área y de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones que sobre esta materia se contienen en este Código y sus reglamentos”.

Enseguida, un ensayo clínico, se define como: *“Cualquier investigación que se realice en seres humanos con intención de descubrir o verificar los efectos clínicos, farmacológicos y/o cualquier otro efecto farmacodinámico de producto(s) en investigación y/o identificar cualquier reacción adversa a producto(s) de investigación y/o para estudiar la absorción, distribución, metabolismo y excreción de producto(s) en investigación, con el objeto de comprobar su seguridad y/o eficacia”.*

Luego, en conformidad con los artículos 21 letra c) y 23 del decreto supremo N°3 del año 2010, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, para llevar a cabo un ensayo clínico que involucre el uso de un producto farmacéutico - en el caso, una vacuna- todo patrocinador debe necesariamente obtener una autorización de uso provisional ante el ISP, cuya solicitud, a su vez, debe incluir el protocolo de investigación clínica previamente aprobado por el Comité de Ética Científico; así, aquellos son acompañados como antecedente para que la autoridad sanitaria cuente con la documentación necesaria para confirmar que el estudio cumple los estándares fijados en la normativa vigente y así poder otorgar dicha autorización de uso provisional.

Por lo tanto, en virtud del marco normativo y regulatorio expuesto, el protocolo solicitado es de naturaleza pública toda vez que se configura como antecedente, presupuesto y fundamento que el organismo tuvo a la vista a fin de ejecutar el ensayo clínico del producto farmacéutico que se consulta. Hace presente que el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República, dispone que: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.*

Agrega que el legislador ha señalado expresamente que es pública la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su origen, y así lo ha ratificado la jurisprudencia de la Corte Suprema (Roles N° 7822-2015, 46.478-2016, 26.842-2017, 18.730-2018, 12.793-2019, entre otros) y de esta Corte, a menos que se encuentre sujeta a causales excepcionales de reserva; por ende, de conformidad al artículo 4° de la LT, se debe dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública, el cual consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Luego, el artículo 3° letra e), del Reglamento de la Ley de Transparencia, define el término “documento”, como: *“Todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquellos”.*

Teniendo presente lo anterior, el artículo 5° de la LT establece que: *“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".

El inciso 2° del artículo 10 de la LT preceptúa que: "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". Lo anterior, se encuentra, además, reforzado por la "presunción de publicidad" contenida en el artículo 11 letra c) de la misma ley, que establece: "...toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas".

Agrega que la publicidad del actuar de los órganos del Estado, que el constituyente reconoce como un "principio" que forma parte de las Bases de la Institucionalidad en el artículo 8° de la Carta Fundamental, tiende a fortalecer el control que la ciudadanía puede efectuar del actuar de sus órganos, en este caso de la Administración. Recuerda el Principio de Relevancia, contemplado en el artículo 11, letra a), de la LT, conforme al cual: "se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento", reafirmando la publicidad de la información que el Consejo ordenó entregar al solicitante, dado que la reclamante de ilegalidad no acreditó cómo se produciría la afectación de sus derechos, lo que determinó el rechazo de la causal de reserva invocada en la tramitación del amparo.

En consecuencia, dice, atendido lo dispuesto en el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política, artículos 5°, 10, y 11 letras a) y c) de la Ley de Transparencia, la información objeto del amparo detenta naturaleza eminentemente pública al constituir fundamento de un acto administrativo, salvo que concurra a su respecto alguna causal de secreto o reserva legal, las que, por constituir una excepción al principio general de publicidad, deben interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, y ser acreditada por quien las invoca, lo cual no ocurrió en el caso de autos.

12°) Que el informante agrega que "LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA NO AFECTA LOS DERECHOS COMERCIALES Y ECONÓMICOS DE LA RECLAMANTE, POR LO QUE NO SE CONFIGURA LA CAUSAL DE SECRETO O RESERVA INVOCADA DEL ARTÍCULO 21 N° 2 DE LA LT."

Antes de entrar al análisis de la hipótesis de reserva del artículo 21 N° 2 de la LT, hace presente que la universidad, en su reclamo de ilegalidad invocó nuevos argumentos para fundar dicha causal, que no fueron parte de las alegaciones en el procedimiento de amparo, por lo que su invocación extemporánea infringe el Principio de Congruencia Procesal e incide en el



ámbito de competencia del examen de legalidad que debe efectuar esta Corte.

Precisa que la Universidad alegó en su reclamo una infracción al artículo 111-D inciso 3° del Código Sanitario y a las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N° 21 y N° 25 de la Constitución Política de la República, en forma extemporánea y sólo en sede judicial. Recalca que no esgrimió dichos argumentos en los descargos evacuados ante el Consejo.

Por tal motivo, el Consejo no pudo pronunciarse sobre los argumentos que ahora alega, por lo que cabe concluir que la Corporación, en su facultad de resolver fundadamente los amparos por denegación de acceso a la información, en conformidad al artículo 33, letra b), de la LT, se vio impedido de pronunciarse sobre estas nuevas alegaciones, todas que extemporáneamente y de modo improcedente, introduce la reclamante en sede judicial. Por lo tanto, la decisión impugnada no incurrió en ilegalidad al no haberse pronunciado respecto de dichas alegaciones introducidas ex post por la reclamante, puesto que no formaron parte de la controversia ante el Consejo para la Transparencia.

Añade que ha precluido el derecho de la reclamante a alegar ex post argumentos como los expuestos. El fundamento de la preclusión procesal se encuentra en el orden consecutivo del proceso, es decir, en la especial disposición en que se han de desarrollar los actos procesales de las partes, de modo que cuando no han sido alegados oportunamente acarrea como consecuencia la pérdida, extinción o caducidad de la facultad de alegarlos con posterioridad.

En igual sentido, la pretensión de la reclamante implica infringir el Principio de la Buena Fe Procesal, ya que solicita a esta Corte que declare la ilegalidad de la decisión de amparo Rol C8495-20, por nuevos argumentos, en circunstancias que dichas alegaciones por su propia omisión no formaron parte de la controversia, sino que fueron introducidas ex post, como fundamento jurídico del reclamo de ilegalidad, lo que no resulta coherente con la conducta procesal de buena fe que deben guardar todas las partes en un procedimiento, sea éste administrativo o judicial, en virtud de la cual debe siempre resguardarse un comportamiento coherente en la relación jurídico-procesal, que evite conferir ventajas indebidas a una de las partes, por la vía de alegar nuevos argumentos una vez adoptada la decisión.

La conducta anterior, al mismo tiempo infringe el Principio de Igualdad Procesal, en particular en lo referido a la Igualdad de Armas, ya que todo proceso, sea de carácter administrativo o judicial, constituye una relación jurídica triangular entre las partes y el tribunal o el órgano resolutorio, siendo imprescindible para la justicia procesal que ambos contradictores se sitúen en un plano de equivalencia o de igualdad formal, lo que llevado al terreno práctico implica que tengan las mismas "armas" u oportunidades procesales. La igualdad procesal de las partes constituye la expresión de la igualdad ante la ley, consagrada en la Constitución en el artículo 19 N° 2 de manera genérica, y en el artículo 19 N° 3, de un modo específico, al consagrar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Agrega que si se permite a una de las partes nuevos argumentos, introducidos únicamente en sede judicial, se afecta



no sólo la igualdad de armas, sino además el principio de congruencia procesal, que otorga seguridad y certeza a las partes de todo procedimiento y evita la posible arbitrariedad del juzgador. Por lo mismo la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído y a la bilateralidad de la audiencia.

Cita la sentencia dictada por esta Corte con fecha 8 de junio de 2017, en reclamo de Ilegalidad caratulado "Municipalidad de Quilicura con Consejo para la Transparencia", Rol N° 2294-2017, se pronuncia sobre la infracción al principio de congruencia procesal, reproduciendo lo pertinente, al igual que la sentencia pronunciada el 25 de octubre de 2017, que rechazó el reclamo de ilegalidad Rol N° 4.115-2017.

Agrega que el razonamiento anterior ha sido ratificado por esta Corte, en sentencia de fecha 12 de noviembre de 2018, que rechazó el reclamo de ilegalidad deducido por la Superintendencia de Pensiones, Rol N° 10.390-2017 así como en sentencia de 10 de agosto de 2020, en causa Rol N° 173-2020; además, en sentencia sobre la misma materia, de fecha 19 de marzo de 2021, dictada en la causa Rol N° 600-2020; en sentencia de 12 de abril de 2021, dictada en la causa Rol N° 669-2020.

Finalmente, cita una reciente sentencia de fecha 1 de julio de 2021, dictada en la causa Rol N° 190-2021, la que frente a nuevas alegaciones invocadas por el reclamante, en sede judicial, también abordó la materia, rechazando alegaciones nuevas.

En consecuencia, dice, la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído y a la debida bilateralidad.

El razonamiento anterior es compartido por la Corte Suprema, mediante sentencias dictadas en autos Roles N° 18.728-2018 y 18.730-2018, de 3 de enero de 2019.

Por lo tanto, existe una imposibilidad jurídica para entrar a conocer argumentos nuevos que no formaron parte de la controversia ante el Consejo para la Transparencia, razón por la cual la decisión de amparo reclamada no puede ser dejada sin efecto, al no haberse referido a las alegaciones planteadas extemporáneamente por la reclamante, todos que ahora expone en su libelo, de modo que al no haber existido pronunciamiento del Consejo Directivo de la Corporación sobre aquellas alegaciones, no se puede revisar en esta instancia la legalidad de la decisión reclamada en lo que dice relación con esos nuevos argumentos que introduce la reclamante en su reclamo de ilegalidad, por cuanto ha precluido su derecho para hacerlo, ya que el examen de legalidad que debe efectuar este Tribunal se sujeta a lo obrado ante el Consejo, no resultando posible juzgar la legalidad de lo resuelto, sobre la base de argumentos que no formaron parte de la controversia.

13°) Que, a continuación, el informante precisa que la Universidad para reservar la información alega la existencia de cláusulas de confidencialidad, precisando que no es admisible que prime el secreto establecido en virtud de cláusulas contractuales de confidencialidad, pues ello infringe el principio de jerarquía normativa y de fuerza obligatoria de la Constitución, ya que un contrato no puede estar sobre lo dispuesto en la ley, ni menos en la Carta Fundamental, en cuyo inciso 2° del artículo 8° se dispone



CSBFLPYZMY

que la reserva o secreto debe ser establecida en virtud de ley de quórum calificado.

Al respecto, y conforme lo razonado reiteradamente por esta Corporación, desde la decisión Rol C587-09: "(...) la existencia de este tipo de cláusulas en contratos no transforma a éstos, per se, en secretos, pues no se enmarcan en los supuestos de reserva que establece el artículo 8° de la Constitución, las que además deben establecerse en leyes de quórum calificado. Aceptar lo contrario podría llevar a que se alterase el régimen de secreto o reserva a través de la vía contractual, ignorando el debido fundamento legal que reclama la Carta Fundamental".

La interpretación del Consejo respecto de "cláusulas de confidencialidad" contenidas en actos y documentos susceptibles de derecho de acceso a la información, va en concordancia con los pronunciamientos administrativos y judiciales sobre la materia.

La Contraloría General de la República, en el dictamen N° 52.018 de 2007, señaló que:

"(...) se debe reparar, en primer término, lo consignado en la cláusula Décimo Cuarta, N° 1, letra d) del convenio mencionado, al expresar que "el contenido del presente contrato no podrá ser divulgado a terceros por ninguna de las partes bajo ninguna circunstancia, incluso después de la terminación del mismo", por cuanto impone contractualmente a esa Secretaría de Estado un deber de confidencialidad que no se aviene a los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación administrativa en conformidad con el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, en cuya virtud son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. En este sentido, no es admisible que a través de la referida estipulación se prohíba a ese Ministerio la divulgación del contenido del contrato a terceros, toda vez que se le atribuye a éste el carácter de reservado o secreto, en circunstancias que de acuerdo con el citado inciso segundo de la disposición constitucional sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, 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".

En idéntico sentido, esta Corte ha concluido, en la sentencia que rechazó el reclamo de ilegalidad Rol N° 5079-2014, que pretendía reservar un informe de fallas respecto al servicio de la empresa MORPHO S.A., sustentándose en la existencia de una cláusula de confidencialidad incluida en el contrato suscrito entre dicha empresa y el Servicio de Registro Civil e Identificación: "Octavo: Que en cuanto a la afectación de los intereses comerciales y económicos de Morpho S.A., la reclamante no ha precisado de qué forma se produciría tal afectación, y en relación a la cláusula de confidencialidad estipulada en el contrato suscrito entre dicha empresa y el Servicio de Registro Civil debe tenerse presente que por sobre dicha estipulación contractual, que sólo obliga a los contratantes, deben primar los principios establecidos en el artículo 11 de la Ley sobre Transparencia".

El razonamiento anterior ha sido ratificado por esta Corte en la sentencia dictada el 24 de julio de 2017, que rechazó el reclamo de ilegalidad Rol N° 9648-2017, deducido por Comercial Kaufmann S.A., en cuya virtud pretendía reservar un contrato de compraventa de camiones suscrito con el Ejército de Chile, oportunidad en que la Corte desestimó la reserva en la existencia de una cláusula de confidencialidad incluida en el contrato.



CSBFLPYZMY

A su turno, esta Corte en sentencias de fecha 7 de enero de 2020, que rechazaron los Reclamos de Ilegalidad Roles N° 445-2018, 455-2018 y 460-2018, también confirmó la interpretación que se viene sosteniendo.

Finalmente, en línea con lo anterior, esta Corte, en sentencia de fecha 25 de junio de 2021, dictada en la causa Rol N° 59-2021, sobre las citadas cláusulas de confidencialidad, razonó que: *"DÉCIMO QUINTO: Que tampoco resultan atendibles los argumentos relativos a cláusulas contractuales de confidencialidad mediante las cuales la actora habría mantenido en reserva antecedentes que forman parte de la información requerida, dado que como se ha señalado reiteradamente por nuestra jurisprudencia, más allá de resultar ellas inoponibles a terceros ajenos a dichas convenciones, en caso alguno pueden servir de pretexto para superponerse a una norma constitucional obligatoria, dado que tales estipulaciones no se enmarcan en los supuestos de reserva del artículo 8° de la Carta Fundamental"*.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia Rol 2870-2015, dictada el 15 de diciembre de 2016, que rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de pasajes que indica del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, fundado en que el inciso 2° del artículo 5° de la LT, no resulta contrario al artículo 8° de la Constitución Política, respecto de información generada por una empresa privada, concluyó que el documento que por disposición de las partes era secreto, al establecer una cláusula de confidencialidad, ingresó a un órgano del Estado, el que está obligado a respetar el principio de publicidad, de manera que todos los instrumentos que acompañen privados pasan a tener el carácter de públicos y, en consecuencia, cualquier persona interesada en conocerlos puede solicitar acceder a ellos.

Este razonamiento, fue reiterado por el Tribunal Constitucional en el considerando 20° de la STC N°2871, de 15 de diciembre de 2016 que también se pronuncia sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de pasajes del artículo 5° de la LT.

Por lo tanto, existe suficiente jurisprudencia que ha rechazado la invocación de cláusulas de confidencialidad de carácter contractual como motivo para configurar la causal de reserva consagrada en el artículo 21 N°2 de la LT, pues por lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que utilizan, lo que corrobora que es improcedente sostener que la sola existencia de dichas cláusulas en contratos suscritos por el reclamante, tornen reservado el contrato consultado.

Por lo tanto, dichas cláusulas no pueden constituirse en una excepción al principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política; primero porque no está en una Ley de Quórum Calificado, y, en segundo lugar, porque en ningún caso representa una restricción de carácter general que haga imposible tener acceso a dicha información.

La publicidad de la información solicitada no afecta los derechos comerciales y económicos de la universidad reclamante, por lo que no se configura la causal de reserva del artículo 21



N°2 de la LT, máxime cuando se aplicó el principio de divisibilidad consagrado en el artículo 11 letra e) de la LT.

Señala que tanto la jurisprudencia administrativa del Consejo, como la jurisprudencia judicial, tanto de esta Corte, como de la Corte Suprema, han establecido sistemáticamente que para dar por configurada una causal de secreto o reserva de aquellas que contiene el artículo 21 de la LT, no es suficiente la sola invocación o referencia a dichas causales, en términos meramente formales, sino que es menester determinar si la publicidad de la información de que se trata afecta o no algunos de los bienes jurídicos previstos en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, siendo necesario que el órgano público o el tercero que invoca la causal de secreto o reserva, acredite ante el Consejo para la Transparencia la real afectación del bien jurídico protegido, no bastando una mera referencia a la afectación de los derechos de la recurrente.

El examen de afectación para ponderar el daño que la publicidad puede provocar deriva de la promulgación de la Ley N° 20.050, Ley de Reforma Constitucional, que incorporó el nuevo artículo 8° de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

"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".

Con el nuevo artículo 8° de la Constitución, ubicado dentro del Capítulo I denominado "Bases de la Institucionalidad", se consagró con el máximo nivel normativo la publicidad de los actos de la administración, estableciendo que esta consagración solo puede limitarse a través de una Ley de Quórum Calificado, fundada en que:

- a) La publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones del órgano,
- b) La publicidad afectare los derechos de las personas,
- c) La publicidad afectare la seguridad de la Nación, y
- d) La publicidad afectare el Interés Nacional.

Lo que sostuvo la reclamante en el procedimiento de amparo, y que reitera ahora en su libelo de ilegalidad, revela una forma vaga, genérica e imprecisa de sostener la reserva, la cual no se aviene con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución, que requiere para que ceda el principio general de publicidad y el acceso a la información pública frente al secreto o reserva alegado, que deba "afectarse"__alguno de los bienes jurídicos protegidos que ella menciona, por lo que no basta con que se invoque alguna de las causales de secreto o reserva previstas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, sino que, además de adecuarse a algunas de las hipótesis del artículo 8° de la Constitución, debe acreditarse una real y efectiva afectación de los bienes jurídicos que se protegen.



CSBFLPYZMY

Conforme a lo anterior, a contar del año 2005 sólo a través de una Ley de Quórum Calificado se puede afectar el Principio de Publicidad de los Actos de la Administración, siempre y cuando se afecten los bienes jurídicos protegidos que el artículo 8° contempla.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema, en los autos sobre Recurso de Queja Rol N° 49.981-2016, mediante sentencia pronunciada el 19 de junio de 2017, a propósito de la interpretación y aplicación del artículo 8° Constitucional antes citado.

Incluso en una sentencia posterior, pronunciada por la Corte Suprema el 4 de diciembre de 2018, en los autos Rol N°45.840-2017, a propósito de la acreditación de la causal de reserva que fue invocada por un laboratorio, como excepción al principio de publicidad, reafirmó que:

“Considerando Octavo: (...) De ahí que la excepcionalidad del ocultamiento demanda la más efectiva comprobación de estar en presencia de los presupuestos de hecho de la excepción.”

De acuerdo a la jurisprudencia anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución y artículo 21 de la Ley de Transparencia, para determinar la afectación a los bienes jurídicos protegidos por las causales de reserva o secreto de la información, es necesario en primer lugar, no sólo que la información de que se trate concierna a las materias sobre las que éstos versan, sino que además su publicidad debe dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por los órganos administrativos o por los terceros, que efectivamente tiene una probabilidad cierta o presente y con suficiente especificidad de ocurrir, empleándose para ello, el denominado “test de daño”.

Añade que existiendo el principio de apertura o transparencia en el artículo 11 letra c) de la Ley de Transparencia, que reconoce que toda información que obre en poder de los órganos de la Administración en principio es pública, y el principio de máxima divulgación, en el artículo 11 letra d) de la misma ley, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales, surge que para desvirtuar la presunción de publicidad debe justificar la concurrencia de alguna de las excepciones a la publicidad, establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, acreditando cómo tal publicidad pudiere afectar algunos de los bienes jurídicos indicados en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Para verificar la concurrencia de la afectación a los derechos comerciales y económicos alegada por la empresa, el Consejo, tal como se indicó en el considerando 6) de la decisión impugnada, ha determinado que deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos:

a) Que la información requerida sea secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información;



CSBFLPYZMY

b) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y,

c) Que el secreto o reserva de la información requerida tenga un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y, por el contrario, su publicidad afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo).

Para realizar el examen de afectación que exigen el artículo 8° de la Constitución y artículo 21 N°2 de la LT y determinar el cumplimiento de los referidos requisitos, el Consejo analizó las alegaciones vertidas por la Universidad en sede administrativa, respecto de las cuales dicho estándar probatorio, de acuerdo a lo expuesto por la reclamante ante el Consejo en sus descargos durante el procedimiento de amparo, no fue cumplido, pues someramente esgrimió argumentos genéricos, sin especificación y con riesgos remotos. Esta insuficiencia probatoria es de alguna forma reflejada por la misma Universidad, que se vio obligada a agregar en su reclamo de ilegalidad nuevos argumentos (no alegados ante el Consejo), para poder salvar los vacíos argumentativos existentes en el procedimiento.

Fue por ese motivo que en el considerando 7) de la decisión impugnada, se precisó que: "de lo expuesto por los terceros interesados en su oposición, se advierte que la publicidad de la información solicitada no tiene el mérito de afectar su desenvolvimiento competitivo, toda vez que, no se ha explicado en forma pormenorizada y específica cómo su comunicación puede afectar su ventaja competitiva en el mercado. Sobre este punto, esta Corporación estima que no han aportado antecedentes suficientes, ni elementos de juicio a fin de justificar la procedencia de la causal de reserva esgrimida. Al respecto, se debe indicar que el criterio que ha aplicado uniformemente este Consejo es que la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 21 de la Ley de Transparencia no se presume, sino que debe acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para *justificar la reserva, circunstancia que en la especie no se verifica*".

Cita a la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 13 de septiembre de 2017, en causa Rol Corte N°6895-2017, considerando noveno, desestimando la causal de reserva del artículo 21 N°2, de la Ley de Transparencia.

A su vez, en cuanto a lo alegado por la Universidad, en orden a que el concepto de secreto industrial usado por el Consejo se limita a las fórmulas y procesos de elaboración, sin considerar que el concepto del artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial es más amplio, aclara que el que debe acreditar en forma pormenorizada una afectación presente o probable, y con suficiente especificidad a sus derechos económicos y comerciales, es el interesado, la Universidad, no recayendo dicho deber en el Consejo. Si no se acredita una afectación a alguno de los bienes jurídicos, la Corporación tiene el deber legal y constitucional de ordenar la entrega de la información respectiva; y, si en este caso el Consejo reservó los antecedentes que dan cuenta de la fórmula del producto consultado, ello no obedeció al mérito de los argumentos expuestos por la Universidad, sino a la misma jurisprudencia del Consejo, que ha venido reservando dichos antecedentes por la causal de reserva del artículo 21 N°2, en relación con el artículo 33 letra j), ambas de la LT, tal como se



CSBFLPYZMY

sostuvo en el considerando 9), de la decisión reclamada que transcribe.

Agrega que nada impide que se aplique el citado principio a la información solicitada, pues la aplicación del principio de divisibilidad permite compatibilizar el acceso a la información con la reserva de los datos ya indicados y contenidos en los antecedentes ordenados entregar, ya que la reserva o secreto de la información pública, en tanto excepción al principio de publicidad, sólo debe ser utilizada en casos concretos, importantes, en que sea estrictamente necesario y se justifique hacer ceder el derecho fundamental de acceso a la información, ya que de lo contrario esta garantía se afectaría innecesariamente, siendo la regla general la publicidad, debiendo el secreto o reserva ser aplicados de manera restrictiva.

En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 29 de abril de 2014, que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.506, deducido en contra del artículo 11 letra g) de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, mediante un ejercicio de ponderación razonable y proporcionada, se dispuso la aplicación del citado principio sobre los datos que resultaban protegidos por el artículo 21 N°2 de la LT, a fin de satisfacer tanto el derecho de acceso a la información sobre la información solicitada, con el debido resguardo de información comercial como la aludida en el considerando 9) de la decisión reclamada, el Consejo optó por una entrega parcial de la información pedida. Así se logra optimizar el acceso a la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado, en este caso, del ISP, y se da eficacia a las causales de reserva, en particular, la consagrada en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, respecto de cualquier antecedente que diga relación o contenga datos que den cuenta de la fórmula del producto consultado y su proceso de elaboración, no existiendo por ende ilegalidad en el actuar de la Corporación, cumpliendo con lo señalado en el artículo 33 letra b) y letra j) de la LT.

14°) Que, en otro orden de ideas, dice el informante, la Universidad señala que el artículo 111-A del Código Sanitario dispone: *"El Instituto de Salud Pública deberá llevar un registro público de todas las investigaciones científicas en seres humanos con productos farmacéuticos o elementos de uso médicos autorizadas para realizarse en el país, con las menciones que señale el reglamento. Dicho registro estará sujeto a las disposiciones del artículo 7° del artículo primero de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública"*. Al respecto, indica que dicha norma establece la obligación de un registro público de investigaciones científicas para alojar en él la información que es divulgable, ergo -concluye- la que no deba pertenecer a ese registro, en principio debe ser reservada.

En este caso, el razonamiento del reclamante no es correcto, por cuanto la Ley de Transparencia regula las obligaciones de los órganos públicos de Transparencia Activa, es decir, la obligación que tienen los órganos de mantener a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados mensualmente, los antecedentes que disponga la ley; y la denominada Transparencia Pasiva, esto es, la obligación de entregar información previo requerimiento de antecedentes



formulados por un ciudadano en un procedimiento administrativo especial, contemplado en la Ley N°20.285. Si se sigue lo planteado por la Universidad, sólo sería público lo publicado por los órganos de la Administración en sus sitios electrónicos (páginas webs institucionales), quedando en desuso todo el procedimiento de acceso a información que no esté publicada por los servicios. Por ejemplo, las hojas de vida de funcionarios públicos, los sumarios administrativos, los fundamentos de actos administrativos (como los requeridos en estos autos), entre otros antecedentes, constituyen información que comúnmente es requerida en el ejercicio del derecho de acceso a información, y que no están publicadas en las respectivas páginas webs de los servicios públicos. El legislador establece en el artículo 7° de la Ley de Transparencia, variados antecedentes que los órganos de la Administración deben mantener publicados en internet, pero de ello no se sigue que, información distinta a la señalada en dicha norma, sea secreta. Si así fuera, carecerían de sentido los requerimientos de información por medio de la Ley de Transparencia. La conclusión de la Universidad es errónea, desconociendo, entre otros, el Principio de Apertura o Transparencia, consagrado en el artículo 11 letra c), de la LT, conforme al cual: *"toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas"*; y dichas excepciones, que se traducen en causales de reserva, no fueron acreditadas por la reclamante en el procedimiento de amparo llevado ante el Consejo.

En consecuencia, indica, al esgrimir la Universidad reclamante en sede administrativa, sólo alegaciones genéricas, sin especificar y acreditar los perjuicios de entregar el protocolo consultado aprobado por el ISP, invocando además sólo riesgos hipotéticos y remotos, carentes de prueba, no es plausible concluir que se genere afectación alguna de sus derechos comerciales o económicos, máxime cuando en la especie el otro tercero interesado en el procedimiento de amparo, Jhonson & Jhonson de Chile S.A., ni siquiera reclamó de ilegalidad insistiendo en una hipotética afectación de derechos comerciales y económicos, y porque aplicando el Principio de Divisibilidad, el Consejo ordenó tarjar en forma previa a la entrega del contrato solicitado toda la información referida a la fórmula del producto farmacéutico y/o al proceso de elaboración. Por lo tanto, con la entrega parcial de la información no se configura en este caso la causal del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, lo que lleva a concluir que no hay ilegalidad en el actuar del Consejo para la Transparencia.

15°) Que, "SOBRE LA CALIDAD DE LA RECLAMANTE Y EL CUESTIONAMIENTO A LOS INTERESES DE LA SOLICITANTE DE INFORMACIÓN" el informante señala que finalmente, la universidad alega que lo que se pretende es que un tercero no sujeto a las disposiciones de la Ley de Transparencia entregue documentos de su propiedad (sin siquiera expresar un interés legítimo por parte del solicitante) por haber sido presentados al ISP.

Realiza aclaraciones a lo expuesto por la reclamante y en primer lugar, dice, no se está requiriendo información directamente a la universidad, sino al Instituto de Salud Pública de Chile, en su calidad de órgano público competente y miembro de



CSBFLPYZMY

la Administración del Estado, quien sí es sujeto pasivo de la Ley de Transparencia de conformidad a los artículos 1° y 2° de la ley N°20.285. La Universidad interviene en el procedimiento de acceso a información pública regulado en la LT, en calidad de tercero interesado, pues el órgano obligado es el ISP.

En cuanto a la falta de interés legítimo de la solicitante, dice que sería contrario a la ley exigirle a la solicitante un interés legítimo o específico para presentar un requerimiento de información, pues vulneraría el Principio de no Discriminación, establecido en el artículo 11 letra g) de la Ley de Transparencia. Así, cualquier persona, natural o jurídica, puede solicitar la información pública que estime pertinente, sin indicar la causa o motivo del requerimiento, ni mencionar un interés legítimo que lo justifique.

Los únicos requisitos legales para deducir un requerimiento de información, se establecen en el artículo 12 de la LT, que dispone: *"La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso; b) Identificación clara de la información que se requiere; c) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado; d) Órgano administrativo al que se dirige"*.

Afirma que es contrario a derecho lo expresado por el reclamante, por cuanto ni el órgano requerido ni el Consejo para la Transparencia pueden calificar el interés que tiene la requirente para acceder a la información.

Además del precepto antes visto, el artículo 19 de la misma LT impide que se puedan imponer condiciones de uso o restricciones al empleo de la información solicitada. Ese es el derecho vigente y el que debe aplicarse al caso concreto, al margen de que la Universidad no tenga claro cuál es el interés de la solicitante.

El artículo 19 de la LT dispone que: *"La entrega de copia de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas en la ley"*, lo que confirma que los cuestionamientos de la reclamante sobre el interés o finalidad de la solicitante son improcedentes y contrarios al texto expreso de la ley, que no exige que un solicitante de información pública manifieste el motivo de su requerimiento o que la información proporcionada sólo sea empleada para un determinado objetivo.

Lo anterior ha sido ratificado por esta misma Corte en sentencia de fecha 3 de octubre de 2019, que rechazó el reclamo de ilegalidad Rol N° 269-2019, al indicar:

"Segundo: (...) A este respecto debe señalarse que según se colige de los principios de facilitación y de no discriminación, que consagra el artículo 3° de la Ley de Transparencia, debe propenderse siempre a la entrega de la información, al punto que quien la requiera ni siquiera está obligado a expresar motivos para la solicitud ni la autoridad puede exigirlos".

Finalmente, trae a colación el Principio de Relevancia contemplado en el artículo 11 letra a) de la LT, que se traduce en que se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado. Todo, en un escenario en el cual no se vislumbra causal que justifique la oposición de entrega de la misma. Ello es concordante con el derecho a conocer



CSBFLPYZMY

los hechos de relevancia pública para facilitar el control social, lo que debe relacionarse con lo dispuesto en los artículos 8 inciso 2° de la Carta Fundamental y 5° de la LT.

En línea con lo anterior, en sentencia de fecha 7 de enero de 2020, la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de información solicitada al ISP, en causa Rol N° 455- 2018 y 460-2018, razonó en su considerando 24:

"(...) existe un evidente interés público involucrado en el conocimiento de información referida al respeto de dichos requisitos mínimos por parte de los laboratorios nacionales autorizados para fabricar los productos farmacéuticos consultados, por cuanto la transparencia del proceso y, en consecuencia, su publicidad, permite un control social respecto de dichos estándares de cumplimiento".

Concluye que la Decisión de Amparo Rol C8495-20, del Consejo para la Transparencia, se encuentra ajustada a derecho, habiéndose dictado dentro de las atribuciones y competencias que le encomendó el legislador, e interpretando la normativa conforme al artículo 8° de la Constitución y la Ley de Transparencia, no configurándose las ilegalidades alegadas por la reclamante, lo cual debe llevar a su rechazo.

Pide tener por evacuado el informe, y por efectuados los descargos y observaciones al Reclamo de Ilegalidad deducido en contra del Consejo para la Transparencia por don José Miguel Burmeister Lobato, en representación de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en consideración a los fundamentos esgrimidos se rechace en su totalidad, por no concurrir ilegalidad alguna en la decisión reclamada, resolviendo mantener o confirmar la Decisión de Amparo Rol C8495-20 del Consejo.

16°) Que, para efectos de un adecuado examen, conviene pasar revista a la normativa que rige la presente materia.

La ley N°20.285 "Sobre acceso a la información pública" regula precisamente eso, el acceso a la información de tal naturaleza, y es así como su artículo 1° prescribe que "La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información".

El artículo 5° establece, luego, que "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 sirven 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".

A continuación, el artículo 6° prescribe que "Los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la



Administración del Estado, deberán encontrarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio respectivo, el que deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público usuario de la Administración del Estado”.

El artículo 7° dispone que “Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes:...”

El artículo 10, por su parte, estatuye que “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”.

El artículo 11 prevé, en lo que interesa:

“Artículo 11.- El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

“a) Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

“b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

“c) Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

“d) Principio de máxima divulgación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

“e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

“f) Principio de facilitación, conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.”

El artículo 20 estatuye:

“Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la



recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

"Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

"Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

"En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información."

Siguiendo con el examen de las normas de la Ley N°20.285, su artículo 21 dispone que:

"Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

"1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:..."

"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.

"3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

"4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país."

El artículo 24 establece que "Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información."

El artículo 25 dispone:

"Artículo 25.- El Consejo notificará la reclamación al órgano de la Administración del Estado correspondiente y al tercero involucrado, si lo hubiere, mediante carta certificada.

"La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos u observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieren.

"El Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba."

En seguida, el artículo 28 prescribe que "En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.



"Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1° del artículo 21.

"El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20.

"El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan."

Hay que reiterar la circunstancia de que, tratándose de un reclamo de ilegalidad, llamado así en forma expresa por la ley, ciertamente que éste debe fundarse en la transgresión de normas que tengan la categoría de leyes, más no en disposiciones de inferior rango, como normas reglamentarias, decretos de todo orden e incluso, en instrucciones particulares entregadas por determinados organismos de la Administración. Ni siquiera resulta posible invocar la jurisprudencia del propio Consejo para la Transparencia, pues decidir en sentido diverso a como se hizo en otro asunto, no constituye una ilegalidad. Menos aún, lo pactado en contratos de orden particular, pues evidentemente ellos no constituyen una ley.

Demás está recalcar que de acuerdo con dicho precepto, el reclamo procede "En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante."

Por ende, no puede usarse para impugnar supuestas irregularidades que pudieren haber ocurrido durante la tramitación del respectivo procedimiento, pues ello se desprende del tenor expreso de la norma que consagra el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia, antes indicada, sin perjuicio que la parte reclamante ha podido reclamar ante la misma autoridad respecto de algún vicio formal que pudiere haber avizorado, pero en cuanto se advirtieron las irregularidades que denuncia, pues de otro modo, el derecho a reclamar precluye. Por lo demás, el artículo 28 es muy claro en cuanto el reclamo procede en contra de la decisión del Consejo, lo que significa que su objetivo es impugnar la decisión final y no las actuaciones intermedias, así como tampoco se puede, por su intermedio, impugnar el procedimiento previo a la decisión por supuestos vicios del mismo.

17°) Que, de lo que se lleva dicho puede desprenderse una primera conclusión, que consiste en que para que exista el acceso a la información pública por parte de toda persona, la información debe tener efectivamente el carácter de pública, lo cual es de toda obviedad pues así se llama la ley.

Público, y sin perjuicio de las precisiones que al respecto formula la propia ley, conforme a la definición entregada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española es lo "Notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos". También "Vulgar, común y notado de todos", y "Aplicase a la



CSBFLPYZMY

potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado".

Por ende, público es lo contrapuesto a privado.

Es importante destacar, sobre esta precisa materia, el contenido del artículo 8° de la Carta Fundamental, según el cual "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

"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."

Esta norma, al igual que la citada de la Ley 20.285 consagra la idea matriz general en la materia, en orden a que la información que obre en poder de los órganos del Estado es, en principio, pública. Por ende, la regla general en la materia es la publicidad, y la excepción, la reserva o sigilo, que puede ser constitucional o legal, como se ha visto, pero ha de estar consagrada en forma expresa y si está en una ley, ella debe ser de quórum calificado.

Conforme al texto constitucional, 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". Estas, como las señaladas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, y las consagradas en determinados texto legales, son las únicas causales de reserva que se pueden hacer valer.

No obstante, no basta con indicar que respecto de determinada información concurre alguna causal de reserva, ya que además, el impugnante debe fundar debidamente y con especificidad necesaria la misma, y desde luego, probarla, pero ante el Consejo para la Transparencia, que es el órgano que puede ordenar la entrega de la misma y no en sede de ilegalidad.

Efectivamente, no está permitido, dada la naturaleza del reclamo de ilegalidad, intentar acreditar las referidas causales en la presente sede, ni tampoco introducir argumentos o defensas nuevas, ya que la finalidad del reclamo es analizar la legalidad de lo resuelto en la resolución del Amparo, evidentemente sobre la base de lo alegado en dicha sede, y no decidir en base a pruebas o argumentos que no se hicieron valer ante el Consejo.

También vale la pena reiterar que de acuerdo al principio de la libertad de información, "toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado. Esto importa que quien recabe la información no necesita indicar qué finalidad persigue, o el uso que dará a la información que se solicita se le entregue. Lo anterior, desde luego, salvo las excepciones, que como se ha visto, están consignadas en el texto constitucional y en el artículo 21 de la Ley de Transparencia.



CSBFLPYZMY

18°) Que en el presente caso, ha comparecido don JOSÉ MIGUEL BURMEISTER LOBATO, abogado, en representación de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, deduciendo el reclamo de ilegalidad previsto en el señalado artículo 28 de la Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública o Ley de Transparencia, en contra de la decisión de fecha 22 de junio de 2021, en relación al proceso de amparo de acceso a la información identificada por el Rol N°8495-20, dictada por el Consejo para la Transparencia. La pretensión obvia es que se deje sin efecto la decisión correspondiente, que ha calificado de inconstitucional e ilegal.

El Consejo para la Transparencia, mediante Decisión de Amparo Rol C8495-20, adoptada con fecha 22 de junio de 2021, acogió el amparo por denegación de acceso a la información deducido por doña Nicolle Peña López, en contra del Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), requiriendo lo siguiente:

"a) Entregue a la reclamante copia de los protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos en Chile de vacunación contra el coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies"; reservando, en forma previa, aquellos antecedentes referidos a la fórmula del producto farmacéutico y/o al proceso de elaboración; y los datos personales de contexto que puedan contener".

Efectivamente, de acuerdo con los datos de autos, el 30 de octubre de 2020, la referida persona realizó solicitud de información de acuerdo al procedimiento contemplado en la Ley de Transparencia, en contra del Instituto de Salud Pública de Chile, solicitando la divulgación de los *protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos de vacunación contra el Coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies*.

Por resolución exenta N°2926, de 10 de diciembre de 2020, el ISP denegó el requerimiento, señalando la oposición de terceros intervinientes en los términos del artículo 20 de la Ley de Transparencia. Entonces, el 29 de diciembre de 2020 la indicada solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información, fundado en la respuesta negativa de la solicitud.

El 3 de febrero de 2021 se dio traslado a la Pontificia Universidad Católica de Chile, en su calidad de interviniente, mediante Oficio N°E2988, por el que se solicita evacuar descargos, los cuales son enviados al órgano con fecha 25 de febrero de 2021, ahondando en su posición de que la entrega de la información requerida es información estratégica y sujeta a protección de propiedad intelectual.

El Instituto de Salud Pública (ISP) y el laboratorio involucrado no dedujeron reclamo de ilegalidad respecto de lo resuelto en la señalada decisión del Amparo, existiendo solo oposición de la Pontificia Universidad Católica de Chile, entidad que, como se vio, dedujo el reclamo que se analiza, luego que se desestimaran sus argumentos por el Consejo para la Transparencia.

Finalmente, el Consejo ordenó lo ya transcrito, es decir, que se "Entregue a la reclamante copia de los protocolos íntegros aprobados por el ISP de los ensayos clínicos en Chile de vacunación contra el coronavirus de Sinovac Biotech y Janssen Pharmaceutical Companies"; reservando, en forma previa, aquellos antecedentes referidos a la *fórmula del producto farmacéutico y/o al proceso de elaboración; y los datos personales de contexto que puedan contener*".



19°) Que el reclamante ha aducido que la solicitante pide al ISP la revelación del Protocolo correspondiente a la investigación catalogada "*Estudio clínico multicéntrico, de fase 3, randomizado, para evaluar la eficacia, seguridad e inmunogenicidad de dos esquemas de vacunación de una vacuna inactivada contra la infección por SARS-CoV-2 en adultos*" (el "protocolo"). Este estudio, agrega, comprende antecedentes relevantes, los objetivos del estudio, su diseño, procedimientos, criterios de selección y evaluación aplicados, información sobre la vacuna, lineamientos de manejo de información, entre otras. Esta información no es de por sí patentable, lo que no le resta relevancia, pues en el documento se relata de manera clara y precisa el proceso técnico que conlleva la prueba de eficacia de un compuesto farmacéutico.

El documento consta de un esfuerzo intelectual original desarrollado entre la Universidad y Sinovac Life Sciences Co., Ltd. ("Sinovac"), el que considera una serie de actividades y planteamientos que conjuntamente sinergizan para dar lugar a un protocolo original. Contiene planteamientos científicos que resultan de un trabajo intelectual original que plantea realizar un análisis particular, ideado por sus autores, sobre células inmunes obtenidas en las muestras de los participantes. La medición de estos parámetros es un elemento estratégico, el cual no es obvio, y su divulgación pone en riesgo su originalidad y la potencial de publicación de los resultados.

El protocolo, ha dicho el reclamante, constituye una hoja de ruta técnica, de limitado y controlado acceso, que permite la puesta en marcha de un estudio clínico en la materia. Esa hoja de ruta no es standard, no se encuentra un formato en el mercado y se ve cuál se ajusta más al proyecto; hay que trabajarla y requiere de un esfuerzo intelectual y económico considerable. El resultado es esa ruta técnica que permite mapear el desarrollo del estudio dentro de ciertos marcos que consideran gran cantidad de información y variables, lo que es por definición el tipo de producto intelectual que un actor del mercado no quiere ver en manos de su competidor, y que, al revés, le interesa preservar confidencial todo el tiempo que sea posible.

Sostiene que la información que se contiene en el protocolo corresponde a datos de carácter sensible, de alta importancia comercial y de un contenido estratégico, lo que representa una ventaja comparativa para el posicionamiento de la Universidad como un centro de investigación científica a nivel global. El riesgo de la publicación del protocolo radica en su futura copia para elaboración de trabajos similares, significando una disminución importante del valor de los conocimientos técnicos adquiridos por sus investigadores y que se concentran en la casa de estudios. La información representa parte del *know-how* de la Universidad, el cual es una pieza esencial para su posicionamiento como patrocinador de estudios clínicos.

Afirma que lo solicitado representa un activo importante para la Universidad, activo cuyo secreto es esencial para ellos como su titular y que ha sido protegido mediante cláusulas de confidencialidad.

Para efectos de la aplicación de las normas que cita, el protocolo es parte integrante e indisoluble de los "datos de



prueba" que se relacionan con la seguridad y eficacia de la vacuna. Estos datos no han sido divulgados en su totalidad, habiendo hecho la Universidad publicaciones controladas.

Agrega el reclamante que los derechos de carácter económico constituyen un límite al acceso a la información, y cita el artículo 21 de la Ley N° 20.285 en cuanto establece las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, conteniendo en su numeral segundo aquella causal que opera 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"*. Es esa la disposición que fue invocada por su parte y rechazada por el Consejo.

Argumenta que según dicho artículo, los derechos de carácter económicos son un límite al ejercicio del deber de transparencia y al correlativo derecho de acceso a la información. El Secreto Empresarial constituye una expresión de la protección otorgada a los derechos de carácter económico, misma que eventualmente se consagró de modo más específico en el artículo 86 y siguientes de la ley N°19.039, sobre Propiedad Industrial.

De lo anterior se desprende que, cumplidos los requisitos para que la información solicitada por el recurrente constituya Secreto Empresarial, la autoridad administrativa no puede darla a conocer, por cuanto al divulgarla infringiría derechos de carácter comercial o económicos de su titular, en este caso la Universidad. En suma, se asiló en la causal de reserva del numeral 2 del citado artículo 21.

20°) Que, sin embargo, la decisión de amparo aborda dicha cuestión, a partir de su motivo 5°, del siguiente modo:

"5) Que, en virtud del marco normativo y regulatorio expuesto precedentemente, el protocolo solicitado es de naturaleza pública toda vez que se configura como antecedente, presupuesto y fundamento que el organismo tuvo a la vista a fin de ejecutar el ensayo clínico del producto farmacéutico que se consulta. En este contexto, cabe tener presente que el artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política de la República, dispone que: "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen".

"6) Que, acto seguido, en cuanto a la concurrencia de la causal de reserva consagrada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia esgrimida por los terceros intervinientes, este Consejo ha establecido los criterios orientadores copulativos, a fin de determinar si la información que se solicita contiene antecedentes cuya divulgación pueda afectar los derechos económicos y comerciales de terceros, esto es: a) ser secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo)."



"7) Que, de lo expuesto por los terceros interesados en su oposición, se advierte que la publicidad de la información solicitada no tiene el mérito de afectar su desenvolvimiento competitivo, toda vez que, no se ha explicado en forma pormenorizada y específica cómo su comunicación puede afectar su ventaja competitiva en el mercado. Sobre este punto, esta Corporación estima que no han aportado antecedentes suficientes, ni elementos de juicio a fin de justificar la procedencia de la causal de reserva esgrimida. Al respecto, se debe indicar que el criterio que ha aplicado uniformemente este Consejo es que la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 21 de la Ley de Transparencia no se presume, sino que debe acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva, circunstancia que en la especie no se verifica."

Tal como se ha dicho en forma reiterada a raíz de asuntos similares, no resulta suficiente que algún organismo o entidad invoque la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, alegando la afectación de sus derechos económicos y comerciales en forma genérica. Debe, el impugnante, especificar y acreditar, tal como lo hace presente el Consejo, una expectativa razonable de daño o afectación, la que debe ser presente o probable y con especificidad suficiente para justificar la reserva, pues ella es la excepción y la publicidad la regla general. Lo anterior no ocurrió en el presente caso, esto es, no se alegó ni argumentó debidamente sobre el particular y tampoco se probó ante el Consejo la concurrencia de la causal de reserva del precepto citado previamente, cuestión que la resolución impugnada destaca.

De esta manera, el reclamante no logró derribar la presunción o principio de publicidad de la información que se encuentre en poder del ISP, que consagran el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política y los artículos 5°, 10, y 11 letras a) y c) de la Ley de Transparencia, disposiciones que obligan al ISP, como entidad perteneciente al aparato público del Estado, a poner a disposición de quien la solicite, la información que se requiera, pues encontrándose ella en poder de un órgano de la Administración, se trata de información de naturaleza pública, debiendo aplicarse la excepción en forma restrictiva.

Por ende, la información objeto del amparo detenta naturaleza pública, pues constituye el fundamento de un acto administrativo. De invocarse alguna causal de secreto o reserva legal, al constituir una excepción al principio general de publicidad, deben interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, y tiene que ser acreditada por quien las invoca, lo que no ocurrió en este caso, como se desprende del examen del procedimiento del amparo y de lo alegado por la parte recurrente.

Así, debe concluirse que la entrega de la información solicitada no afecta los derechos comerciales y económicos de la reclamante, de manera que no se configura la causal de secreto o reserva invocada. Particularmente, si se aplicó el principio de divisibilidad, como aparece del texto de lo resuelto por el Consejo.



CSBFLPYZMY

21°) Que, ahora bien, tal como ya se adelantó, la discusión en un reclamo de ilegalidad debe centrarse en el examen de legalidad respecto de lo resuelto por el Consejo de Transparencia, sobre la base de lo pedido por el solicitante de información y lo argumentado por el requerido o los terceros interesados, pues solo así se podrá establecer si el Consejo incurrió o no en ilegalidad. Todo lo anterior configura el escenario jurídico en el cual se debe desarrollar el reclamo de ilegalidad del artículo 28 de la Ley N°20.285.

Desde luego, no se puede incurrir en ilegalidad si la resolución no menciona determinada materia, debido a que no la misma fue alegada por quienes intervinieron en el procedimiento de amparo, y es por ello que no cabe que en el reclamo del artículo 28 de la Ley de Transparencia se formulen alegaciones y argumentos nuevos, no invocados ante el Consejo.

En el presente caso la Universidad, en su reclamo de ilegalidad invocó nuevos argumentos para fundar la causal de que se trata, los cuales no formaron parte de la discusión en el procedimiento de amparo. De esta manera, al invocarse solo en esta sede de ilegalidad, se ha hecho en forma extemporánea, con infracción del Principio de Congruencia Procesal. Esta circunstancia tiene importancia según se dijo, pues la competencia de esta Corte para llevar adelante el examen de legalidad está estrechamente enmarcada en la discusión que se llevó a cabo en sede del Consejo y en el procedimiento de amparo. Y ello es lógico, pues no podría haber ilegalidad si no hay pronunciamiento sobre materias no planteadas ni argumentadas ante el Consejo y que por lo tanto, son desconocidas para éste.

La universidad ha alegado en el reclamo la infracción del artículo 111-D inciso 3° del Código Sanitario y a las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N° 21 y N° 25 de la Constitución Política de la República. Tales cuestiones no fueron planteadas en el procedimiento de amparo, y vienen a ser invocadas en forma extemporánea y sólo en sede judicial. Al respecto, el informe hizo presente que la universidad no esgrimió dichos argumentos en los descargos evacuados ante el Consejo y ello se constata del examen de los mismos.

Por tal motivo, el Consejo no pudo pronunciarse sobre los argumentos que ahora alega la entidad universitaria, y al resolver el amparo por denegación de acceso a la información, en conformidad a lo exigido en el artículo 33, letra b), de la LT, se vio impedido de pronunciarse sobre estas alegaciones, puesto que siendo nuevas, son extemporáneas, dado que se han introducido únicamente en sede judicial. Hay que agregar que, como es obvio, no se afecta una norma legal si nada se dice sobre ella, salvo por cierto, que se hubiere argumentado a su respecto, pues en tal caso habría una omisión en la resolución, lo que no es el caso.

Así, la decisión impugnada no incurrió en ilegalidad alguna al no haberse pronunciado respecto de las referidas alegaciones introducidas por la reclamante, puesto que no formaron parte de la controversia ante el Consejo, y al no alegarlas, ha precluido el derecho a hacerlas valer.

Es una cuestión muy obvia que, para poder reprochar de ilegalidad una resolución, ésta debe pronunciarse sobre las normas legales que se estiman vulneradas y para ello resulta



necesario que la parte interesada plantee la materia. En la discusión producida durante el procedimiento de amparo, como se dijo, no se mencionaron la infracción al artículo 111-D inciso 3° del Código Sanitario ni las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N° 21 y N° 25 de la Constitución Política de la República. Por lo tanto, resulta obvio que no hay mención alguna en la Resolución del Amparo sobre dichos preceptos, pues ellos han sido alegados en forma extemporánea, solo en sede de reclamación de ilegalidad.

Al solicitarse que se declare la ilegalidad de la decisión de amparo Rol C8495-20 por nuevos argumentos, esto es, que no formaron parte de la controversia, sino que fueron introducidas como fundamento del reclamo de ilegalidad, se ha afectado, tal como acusa el Consejo reclamado, la conducta procesal de buena fe que deben guardar las partes en cualquier procedimiento, sea administrativo o judicial, en virtud de la cual debe siempre resguardarse un comportamiento coherente en la relación jurídico-procesal, que evite conferir ventajas indebidas a una de las partes, en este caso, por la vía de alegar nuevos argumentos una vez adoptada la decisión. Esto importa una conducta procesal de coherencia o congruencia, en la especie, entre lo que se argumente ante al Consejo para la Transparencia, en el marco de un procedimiento de amparo y lo que se alegue posteriormente, en sede de ilegalidad, en donde no pueden hacerse planteamientos que se salgan del marco fijado por las actuaciones de quienes intervinieron en dicho procedimiento, pues y además, la Corte ni siquiera posee la competencia necesaria para conocer de nuevas argumentaciones.

22°) Que, de otro lado, la Universidad reclamante ha argumentado que la información es reservada por existir acuerdos de confidencialidad.

En efecto, para solicitar que se ordene la reserva de la información solicitada, alega la existencia de cláusulas de confidencialidad en los contratos celebrados. El informe señala que al respecto no es admisible que prime el secreto establecido en virtud de cláusulas contractuales de confidencialidad, pues ello infringe el principio de jerarquía normativa y de fuerza obligatoria de la Constitución, ya que un contrato no puede estar sobre lo dispuesto en la ley, ni mucho menos en la Carta Fundamental, en cuyo inciso 2° del artículo 8, expresamente se dispone que la reserva o secreto debe ser establecida en virtud de ley de quórum calificado.

Como es evidente, el referido, sin perjuicio de lo que indicó el Consejo, constituye un argumento que desconoce la naturaleza jurídica de un contrato y al respecto, la reclamante incurre en dos errores gruesos, al menos.

En primer término, tal planteamiento es errado porque no se le está ordenando a la propia Universidad que entregue, en forma directa, la información solicitada por un particular, sino que se le ha ordenado al Instituto de Salud Pública que lo haga, puesto que esta entidad la tiene en su poder en cumplimiento estricto de las funciones que la ley le asigna.

Por lo tanto, el reclamante no está violentando la confidencialidad que alega haber pactado, pues no es quien debe poner a disposición del requirente la información, sino que el



CSBFLPYZMY

obligado es el señalado ISP, que no presentó reclamo de ilegalidad en contra de lo resuelto.

En segundo término, los contratos tienen fuerza obligatoria, tal como si de una ley se tratara, pues así está establecido en forma expresa en el Código Civil en una norma que por conocida no se cita, pero tal fuerza opera en relación a las partes contratantes, más no para terceros ajenos a la convención, como lo es el Instituto de Salud Pública, que es a quien se ha ordenado hacer entrega de la información pedida.

Por lo demás, una cláusula de confidencialidad pactada en un contrato no puede superponerse ni prevalecer por sobre la publicidad de los actos de la administración, así como de la información que ella posea, en el cumplimiento de las labores que la ley le asigna, dado que como se ha venido diciendo, la publicidad es un principio que tiene no solo rango legal, sino que, a partir del año 2005, tiene además rango constitucional. Si la información está en poder de alguna repartición pública, en principio es pública por así disponerlo en forma expresa el artículo 8° de la Carta Fundamental y la Ley de Transparencia en la norma que previamente se citó. Para oponerse a la entrega, la entidad requerida o algún particular, caso de autos, debe invocar alguna de las causales de sigilo o secreto que la propia constitución y la Ley de Transparencia prevén, o bien alguna establecida en una ley de quórum calificado, pero de ninguna manera puede oponerse lo pactado en un contrato celebrado entre particulares, pues ninguna aplicación ni influencia tiene en un caso como el presente, ni tiene mayor rango normativo que el que poseen las disposiciones constitucionales y legales ya mencionadas.

Además, como se ha dicho, la causal de reserva que se alega debe ser debidamente probada en sede administrativa, no en sede de ilegalidad, como ha ocurrido en este caso, en que se ha pretendido mejorar la argumentación hecha cuando la Universidad presentó descargos ante el Consejo para la Transparencia, en el reclamo de ilegalidad, lo que como también se precisó, es improcedente.

23°) Que en cuanto a la causal de reserva del número 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, la resolución impugnada se pronunció en su motivo 8, que es del siguiente tenor:

"8) Que, sobre la causal de reserva del artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia, en virtud de la cual se podrá denegar la información "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país"; el tercero interviniente alegó su concurrencia sosteniendo que al divulgar lo solicitado "se arriesga es la confianza en la vacuna misma, pudiendo afectar el porcentaje de la población que acceda a inocularse. De llegar a ser así, se pondría en riesgo aquello conseguido no sólo por la Universidad, si no por las instituciones que han financiado el estudio, a cambio de contar con una opción preferente para la obtención de las dosis necesarias, lo cual es contrario al interés nacional relacionado con la salud pública", sin embargo, aquello constituye una presunción por parte de aquel, pues no otorgó medios probatorios que acrediten una expectativa razonable



CSBFLPYZMY

de daño o afectación al interés de la nación, presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva. En consecuencia, se desestimará la causal de reserva alegada."

En suma, lo que hizo la parte reclamante, fue simplemente alegar la concurrencia de dicha causal sobre la base de un mero temor de afectación, esto es, una posibilidad, pero sin presentar argumentos ni pruebas que establecieran una expectativa razonable de daño o afectación al interés de la Nación, presente o probable y con especificidad tal, que permitiera demostrar que la reserva era necesaria, falencia que ya no puede mejorar en la presente sede, pues como antes se indicó, la discusión en la especie está delimitada en forma estricta a lo que se debatió y probó en el procedimiento de amparo. Y esta causal, al igual que la primeramente referida, no fue debidamente probada y fue presentada como una simple creencia en cuanto se arriesgaría la confianza en la vacuna "pudiendo afectar el porcentaje de la población que acceda a inocularse." Esto es, nada concreto ni establecido, sino una mera posibilidad y un argumento vago, carente de especificidad y por cierto, imposible de probar pues las aprensiones de que algo puede suceder no pueden ser probadas.

Por lo tanto, es otro argumento que debe desestimarse.

24°) Que debe recordarse que, tal como lo ha hecho presente el Consejo en su informe, para verificar la afectación a los derechos comerciales y económicos alegada por la empresa, el Consejo, como se dice en el considerando 6) de la decisión impugnada, determinó que deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos:

a) Que la información requerida sea secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información;

b) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y,

c) Que el secreto o reserva de la información requerida tenga un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y, por el contrario, su publicidad afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo).

Para realizar el examen de afectación que exigen el artículo 8° de la Constitución y artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia y así poder establecer el cumplimiento de tales requisitos, el Consejo analizó las alegaciones vertidas por la Universidad en sede administrativa, respecto de las cuales dicho estándar probatorio, conforme lo argumentado por la reclamante ante dicha entidad en sus descargos, durante el procedimiento de amparo, no se cumplió, ya que como se ha dicho, se esgrimieron argumentos genéricos, sin especificación y con riesgos remotos, lo cual ha querido mejorarse, sin que ello sea procedente.

Efectivamente, como lo ha hecho presente la entidad reclamada, tal insuficiencia argumentativa y probatoria ha querido ser salvada por la Universidad, desde que para ello agregó en su reclamo de ilegalidad nuevos argumentos extemporáneos, pues como también se ha dicho, no se alegaron ante el Consejo. Lo anterior, desde luego, no es procedente, pues las partes no



pueden apartarse del marco de la discusión planteada en el procedimiento de amparo.

25°) Que también se alegó por la reclamante que el concepto de secreto industrial usado por el Consejo se limita a las fórmulas y procesos de elaboración, sin considerar que el concepto del artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial es más amplio.

Esto se inscribe en el marco de lo que ya se expuso, en cuanto quien tiene que probar y en forma pormenorizada una afectación presente o probable y con suficiente especificidad, a sus derechos económicos y comerciales, ha sido la Universidad y no el Consejo.

Si no se acredita una afectación a alguno de los bienes jurídicos, el Consejo está en la obligación, que surge de la Constitución y la Ley de Transparencia, de ordenar la entrega de la información respectiva y rechazar, en consecuencia, la oposición a la entrega.

El Consejo ha informado que en este caso reservó los antecedentes que dan cuenta de la fórmula del producto consultado, y no por el mérito de los argumentos esgrimidos por la Universidad, sino por la propia jurisprudencia del Consejo, que ha venido reservando dicho antecedentes por la causal de reserva del artículo 21 N° 2, en relación con el artículo 33 letra j), ambas de la Ley de Transparencia y así lo hizo presente en el considerando 9), de la decisión reclamada, del siguiente tenor:

“9) Que, respecto de la información solicitada, se debe tener presente lo resuelto en las decisiones de los amparo Roles C3184-16, C5698-18 y C7986-20, en orden a que se debe mantener en reserva los antecedentes relativos a la fórmula y su proceso de elaboración, lo anterior, permitirá que el titular siga explotando comercialmente, el producto en cuestión, manteniendo sus ventajas competitivas, lo que se relaciona con el hecho contrario de que, la publicidad de aquellos puede afectar, significativamente, su desenvolvimiento competitivo. Al efecto, según lo razonado por este Consejo en las decisiones de los amparos Roles C3184-16 y C5698-18, “la divulgación de la fórmula cualitativa completa y expresión cuantitativa de sus ingredientes, permitiría a terceros acceder a las características, fórmulas y procesos esenciales de sus productos, cuya revelación ocasionaría la pérdida de las ventajas comparativas del titular, afectándose con ello los derechos comerciales y económicos del tercero”. Por tal motivo, resulta plausible sostener que los antecedentes relativos a la fórmula, son de aquellos que pueden ser considerados como secreto industrial, según lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial, a saber, todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva. Por lo tanto, respecto de los documentos que den cuenta de la fórmula o proceso de elaboración del producto consultado, este Consejo concluye que existen derechos de carácter comercial o económico que pueden resultar afectados con su divulgación, en los términos preceptuados en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.”



CSBFLPYZMY

Así pareciera que los derechos de la Universidad han sido debidamente resguardados por el Consejo para la Transparencia.

Tal como lo ha hecho presente el informe del Consejo, no existe impedimento para aplicar el principio de divisibilidad a la información solicitada, pues la aplicación del mismo permite compatibilizar el acceso a la información con la reserva de los datos sensibles y contenidos en los antecedentes ordenados entregar. Y ello, porque la reserva de la información pública, como excepción al principio de publicidad, sólo debe ser utilizada en aquellos casos en que sea de estricta necesidad y se justifique hacer ceder el derecho constitucional y legal de acceso a la información, y así no afectar en forma innecesaria los intereses de aquellos de quien proviene la información que se encuentra en poder de un organismo de la Administración del Estado.

26°) Que, asimismo, la Universidad ha argumentado en base al artículo 111-A del Código Sanitario, en cuanto dispone que: *"El Instituto de Salud Pública deberá llevar un registro público de todas las investigaciones científicas en seres humanos con productos farmacéuticos o elementos de uso médicos autorizadas para realizarse en el país, con las menciones que señale el reglamento. Dicho registro estará sujeto a las disposiciones del artículo 7° del artículo primero de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública"*.

Cree el reclamante que tal norma establece la obligación de un registro público de investigaciones científicas para mantener en éste la información que es divulgable, y por lo tanto, la que no deba pertenecer a ese registro, en principio debe ser reservada.

Dicho razonamiento no puede estar más alegado de la realidad, ya que es la Ley de Transparencia la que regula las obligaciones de los órganos públicos de Transparencia Activa, en cuanto a la obligación que tienen dichos órganos de mantener a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados mensualmente, los antecedentes que disponga la ley; y la Transparencia Pasiva u obligación de entregar información previo requerimiento de antecedentes formulados por un ciudadano en un procedimiento administrativo especial, contemplado en la Ley N°20.285.

Lo planteado por el reclamante conduciría a la situación de que sólo sería público lo publicado por los órganos de la Administración en sus sitios electrónicos o páginas webs institucionales, lo que importaría dejar sin efecto toda la regulación relativa al procedimiento de acceso a información que no esté publicada por los servicios, que es de muy variada índole.

Tal como lo ha hecho presente el informante, existe una multiplicidad de información que es requerida en el ejercicio del derecho de acceso a información, y que no está publicada en las páginas webs de los servicios públicos. El legislador establece en el artículo 7° de la Ley de Transparencia variados antecedentes que los órganos de la Administración deben mantener publicados en internet, pero de ello no se puede colegir que, información distinta de la publicada sea secreta, pues de otro modo no tendrían razón de ser los requerimientos de información por medio de la Ley de Transparencia.



La postura del reclamante desconoce el Principio de Apertura o Transparencia, consagrado en el artículo 11 letra c), de la LT, en cuanto dispone que *"toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas"*; y tales excepciones o causales de reserva, no fueron acreditadas por dicho litigante en el procedimiento de amparo llevado ante el Consejo.

Además, se desconoce el abiertamente el tantas veces señalado principio de publicidad de la información que se encuentre en poder de la Administración del Estado, de rango no solo legal, sino además constitucional.

27°) Que, finalmente, en cuanto al capítulo que el Consejo ha titulado "SOBRE LA CALIDAD DE LA RECLAMANTE Y EL CUESTIONAMIENTO A LOS INTERESES DE LA SOLICITANTE DE INFORMACIÓN.", en el cual se alega que lo que se pretende es que un tercero no sujeto a las disposiciones de la Ley de Transparencia entregue documentos de su propiedad y sin siquiera expresar un interés legítimo por parte del solicitante, por haber sido presentados al ISP, cabe señalar lo que sigue.

Se trata de dos cuestiones evidentemente mal planteadas, puesto que, como se hizo presente previamente, no se ha requerido información a la Universidad misma ni se ha ordenado que ésta la proporcione, sino que se ha solicitado al Instituto de Salud Pública de Chile, en su calidad de órgano público competente y miembro de la Administración del Estado, que es sujeto pasivo de la Ley de Transparencia, en conformidad a los artículos 1° y 2° de la ley N°20.285 y tiene la información solicitada en su poder, en el marco del cumplimiento de sus funciones. La universidad ha participado en el procedimiento de acceso a información pública solo en su calidad de tercero interesado.

28°) Que, finalmente, sobre la falta de interés legítimo de la solicitante, ya se indicó previamente que sería ilegal exigir a la solicitante un interés legítimo o específico o tan solo un interés, para presentar un requerimiento de información, pues vulneraría el principio de no discriminación, previsto en el artículo 11 letra g), de la Ley de Transparencia, de acuerdo al cual: "los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud".

Cualquier persona, natural o jurídica, puede entonces y porque así lo dispone en forma expresa la ley, solicitar la información pública que estime pertinente, sin indicar la causa o motivo del requerimiento, ni mencionar un interés que lo justifique ni señalar el uso que dará a dicha información.

Este yerro argumentativo de la parte reclamante va contra el texto expreso de la ley y por ello es que no merece mayores comentarios.

29°) Que, así, el reclamo en análisis no puede prosperar y debe desestimarse.

Por estas consideraciones y en conformidad con lo que dispone el artículo 28 de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, se declara que **se rechaza** el reclamo de ilegalidad deducido por don JOSÉ MIGUEL BURMEISTER LOBATO, abogado, en representación de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA



DE CHILE, en contra de la decisión de fecha 22 de junio de 2021, pronunciada en el proceso de amparo de acceso a la información identificada por el Rol N°8495-20, dictada por el Consejo para la Transparencia, representado por doña Gloria de la Fuente González, en su calidad de Presidente de su Consejo Directivo.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívense los antecedentes.

Redacción del Ministro Mario D. Rojas González, quien no firma por ausencia.

Rol N°377-2021.



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Fernando Ignacio Carreño O. y Abogado Integrante Rodrigo Antonio Montt S. Santiago, siete de enero de dos mil veintidós.

En Santiago, a siete de enero de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.