

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°8 - JULIO 2021

INDUSTRIA DEL SALMÓN, TRANSPARENCIA Y LIBRE COMPETENCIA



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

1. INTRODUCCIÓN

En Chile, el artículo 10° de la Ley N° 20.285, de Acceso a la Información Pública, consagra expresamente el derecho que lleva su nombre, reconocimiento que es la culminación de un largo proceso que buscó establecer mecanismos para instalar una cultura de probidad en la Administración Pública, así como promover un Estado más transparente.

Por su parte, la Constitución Política de la República, en su artículo 8°, establece la publicidad de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. No obstante, el Texto Constitucional no establece un principio de publicidad de la información. En efecto, la Constitución solamente ordena genéricamente que ciertos aspectos de la actuación de todos los órganos del Estado deben ser públicos (1). Es más, el referido texto normativo solamente reconoce de manera implícita un derecho al acceso a la información, lo que ha permitido al legislador establecer y desarrollar este derecho. De esta forma, es que el Tribunal Constitucional ha reconocido a la Ley N° 20.285 dicho establecimiento y desarrollo, pero también reconoce que otras normas pueden configurarlo de forma distinta a como lo hizo este cuerpo legal (2).

En este contexto, surge la interrogante de si un derecho implícito como lo es el derecho de acceso a la información pública podría conflictuar con valores del orden público económico protegidos por el derecho a la libre iniciativa económica y la no discriminación arbitraria en este aspecto, ambos derechos reconocidos expresamente en nuestra Carta Fundamental. Así las cosas, la Sentencia de la Iltma. Corte de Santiago, dictada con fecha 21 de octubre de 2020, ilustra un interesante caso en que los derechos del orden público económico conflictúan con el derecho de acceso a la información pública.

En el presente análisis, se buscará, por medio de la revisión de los hechos, ver los eventuales conflictos entre el derecho de acceso a la información pública, considerando elementos esenciales como el secreto comercial, aspecto fundamental para el libre desarrollo económico. Junto a lo anterior, se aplicarán dichos conceptos a la industria salmonera en Chile, mercado altamente competitivo y cuyas interacciones han sido objeto de un constante análisis de la doctrina económica y jurídica. Finalmente, bajo esta perspectiva se propondrá una visión panorámica del fundamental conflicto entre el derecho implícito al acceso a la información pública en contraposición a las virtudes que otorgan las garantías y prácticas del orden público económico como es la Libre Competencia y la importancia de su protección.

1 Aliaga Medina, Vicente Rodrigo, “Acto Administrativo e Información Pública”, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 18.

2 Véase Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1990.

2. FICHA JURIPRUDENCIAL

ÓRGANO COMPETENTE	Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago
TIPO DE ACCIÓN	Reclamo de ilegalidad, artículo 28 de Ley N° 20.285, de Acceso a la información Pública.
CONDUCTA	Denegación de Acceso a la Información Pública.
PARTES	Oceana Inc. (Recurrente) - Servicio Nacional de Pesca y Consejo para la Transparencia (Recurridos).
ROL	376-2019
FECHA	21 de octubre de 2020
RESULTADO	Se acoge recurso.
MERCADO RELEVANTE	Producción, distribución y comercialización de salmón.

3. RESUMEN DEL CASO

Como bien se señalaba más arriba, la sentencia en análisis corresponde a la causa Rol N° 376-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago, cuyo fallo fue dictado con fecha 21 de octubre de 2020, iniciado por un recurso de ilegalidad en virtud del artículo 28 de la Ley N° 20.285, deducido por Oceana Inc. en contra de la Resolución Oficio N° E5688 de fecha 06 de agosto de 2018 del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia.

Mediante consulta SIAC N° 460035218, Oceana realizó la siguiente solicitud de información al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (Sernapesca) *“Información desagregada por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón: (i) Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas). (ii) Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas).”*

Luego, mediante Resolución Exenta No 691 de fecha 27 de febrero de 2018, el Sernapesca negó parcialmente a Oceana Inc. la información requerida respecto de las empresas que se opusieron a la entrega de la información conforme a la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. Con motivo de la respuesta negativa evacuada por el Sernapesca, el día 14 de marzo de 2018, Oceana Inc., debidamente representada, recurrió ante el Consejo para la Transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información, el cual se tramitó bajo el Rol C1003- 2018.

En sesión ordinaria N° 914, celebrada el 2 de agosto de 2015, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia acordó acoger parcialmente el reclamo deducido, ordenando al Director Nacional del Sernapesca: *“a) Hacer entrega de la siguiente información: i. Cantidad y clase de antibióticos utilizados durante los años 2015, 2016 y 2017 (por años y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón. ii. Biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón correspondiente a las empresas que han accedido a publicar el dato referido a “Cosecha peso vivo (ton)” concerniente a los años en que tales empresas han consentido en publicar.”*

Señala la recurrente que su reclamo de ilegalidad queda circunscrito a la información cuya entrega fue negada por el Consejo para la Transparencia, esto es, la biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón correspondiente a las empresas que no han accedido a publicar el dato referido a “Cosecha peso vivo (ton)” concerniente a los años en que tales empresas no han consentido en publicar.

Finalmente, luego del análisis de los hechos, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, amparada en una prevalencia del derecho al acceso a la información pública y el improbable impacto a los derechos económicos y competitivos de las demás empresas de la industria del salmón, acogió el reclamo de ilegalidad interpuesto por Oceana Inc. en contra de lo resuelto el 14 de marzo de 2018, en el amparo C1003-2018, en aquella parte que dicho fallo había limitado la entrega de la información consistente a la *“biomasa producida durante los años 2015, 2016 y 2017 (por año y en toneladas) desagregado por empresa y centro de cultivo de la industria del salmón”*, únicamente a las empresas que accedieron a publicar el dato referido a “Cosecha peso vivo (ton)” concerniente a los años en que tales empresas han consentido en publicar. Y, en su lugar, dispuso que dicho requerimiento se extienda a todas las empresas involucradas, sin distinción, lo que deberá

ser cumplido por Sernapesca en los términos en que la misma sentencia reclamada lo señala.

4. EL SECRETO COMERCIAL Y LA LIBRE COMPETENCIA

Como cuestión preliminar, con el objeto de determinar la procedencia o improcedencia de una potencial afectación a la libre competencia a partir de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en su causa Rol N° 376-2018, es necesario establecer el conflicto normativo a raíz de la naturaleza del secreto comercial.

En nuestro país, la transparencia y la probidad son principios que se encuentran consagrados en las Bases de la Institucionalidad de nuestra Constitución Política (3), y que, deben regir el actuar de todos los órganos públicos. Esto se ha convertido en objeto de debate, sobre todo en aquellas situaciones en que existe algún tipo de información sensible involucrada y que legalmente debería ser publicada.

Por su parte, la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, consagra al principio de la transparencia como un valor general del ordenamiento jurídico, aunque a la vez, establece ciertas excepciones señaladas en su artículo 21 como lo son aquellos casos en que *“su publicidad, comunicación o conocimiento afecte derechos de las personas, particularmente tratándose de (...) derecho de carácter comercial o económico”*.

Por otro lado, el mismo Decreto Ley N° 211 que Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia, señala como principios generales, precisamente, a los de transparencia y publicidad. No obstante, es posible encontrar ciertas atenuaciones de los mismos, por ejemplo, cuando ciertas piezas de los expedientes de investigación que lleva la Fiscalía Nacional Económica pueden ser tratadas como reservadas o confidenciales cuando la información contenida en ellas incluye fórmulas, estrategias o secretos comerciales, o bien, cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular (4). Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede decretar la reserva o confidencialidad por las mismas razones (5), pudiendo decretarse, en consecuencia, el alzamiento de dicho secreto o confidencialidad en casos excepcionales señalados en el mismo cuerpo legal. A mayor abundamiento, el mismo Tribunal dictó, en 2017, el Auto Acordado N° 16, sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en el cual señala, dentro de sus fundamentos, que *se debe evitar que con ocasión de un procedimiento sean revelados, a terceros o a las propias partes, datos sensibles y estratégicos que puedan afectar el desenvolvimiento competitivo de los actores en el mercado, indicando, asimismo, qué información se presume como reservada o confidencial, así como los procedimientos para solicitar su reserva o alzamiento en caso de que ella sea decretada (6)*.

Los secretos empresariales son bienes intangibles que constituyen la base de ciertas actividades económicas, que hoy, además, están impregnadas de elementos tecnológicos cada vez más complejos; ello exige una tutela acorde con el fin de garantizar

3 Vid. Artículo 8°, Constitución Política de la República

4 Vid. Artículo 39, Decreto Ley 211.

5 Vid. Artículo 22, Decreto Ley 211.

6 Auto Acordado N°16/2017 Sobre Reserva O Confidencialidad De La Información En Los Procesos. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Autoacordados/AutoAcordado_N_16.pdf

la sana competencia, la innovación y la transferencia de conocimientos (7). Si bien, el secreto comercial no confiere derechos de uso exclusivo sobre el bien protegido -como ocurre en el caso de las patentes comerciales y las marcas- éste se sustenta en un **'monopolio de facto'**, es decir, que su poseedor tendrá exclusividad sobre tales informaciones y, en consecuencia, gozará de sus ventajas en la medida en que sus competidores no las conozcan. Así las cosas, “este bien inmaterial no está amparado por una exclusiva legal sino por una simple exclusiva de hecho que se evapora con la divulgación” (8). Por lo tanto, de conocerse dicho secreto por un competidor, éste tendrá acceso al esfuerzo y al know how del dueño del mencionado secreto, lo que debería ser asequible sólo mediante el consentimiento del dueño de la información.

De todo lo anterior, es posible colegir que nuestro ordenamiento jurídico establece un principio de que la información que obra en manos de entes públicos en general no puede ser considerada confidencial, a menos que su divulgación cause un daño sustancial a la posición competitiva de quién ésta se obtuvo, lo cual se conoce en doctrina norteamericana como el Test de Daño Competitivo (9). Bajo esta perspectiva, lo determinante para calificar como confidencial cierta información, sería valorar si, efectivamente, la divulgación ella causaría daño a su dueño. Entonces, es necesario establecer caso a caso si la información que ha sido aportada por un particular a un órgano administrativo o jurisdiccional (como en el caso del TDLC), sólo puede tratarse como confidencial en tanto así lo señale el denominado Test de Daño Anticompetitivo, para lo cual debe realizarse un análisis sobre el mercado relevante, el potencial daño a la competitividad de ese mercado y si, en el caso particular, habría una justificación razonable para soportar ese daño.

5. APLICACIÓN A LA INDUSTRIA DEL SALMÓN

Desde la perspectiva del Derecho de la Libre Competencia, resulta relevante analizar los resultados del Test de Daño Anticompetitivo y sus implicancias sobre la competitividad en el mercado de la producción, cultivo y comercialización de las especies salmónidas.

a. La Industria

De acuerdo a los antecedentes recabados por la Fiscalía Nacional Económica, la cadena de valor de la industria del salmón está compuesta por distintos eslabones en los que interactúan diversas entidades.

En la *Figura 1* se presenta un esquema con las etapas de la cadena de valor de salmónidos y los agentes económicos que participan en ella: salmoneras, distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas y consumidores finales, tanto en mercados nacionales como internacionales. Además, se grafican las distintas transacciones y transferencias de producción que ocurren a lo largo de la cadena (10).

7 Font Acuña, Elena, “El secreto empresarial, herramienta de valor para la competitividad y la innovación”, en Suma de Negocios, Vol XXI, 2019, p. 18. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n21/2027-5692-sdn-10-21-17.pdf>

8 Gómez Segade, José Antonio. “Los bienes inmateriales en el anteproyecto de ley del Código Mercantil”, en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illiescas Ortiz, Getafe, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p. 129. Disponible en: https://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21076/inmateriales_gomezsegade_RIO_2015.pdf

9 Sáez, Adriana e Íñiguez, Catalina, “Convivencia entre los principios de transparencia y publicidad que rigen a los órganos de la Administración del Estado y la necesaria protección de información comercial sensible”, disponible en: <https://www.fn.cl/publicaciones/convivencia-entre-los-principios-de-transparencia-y-publicidad-que-rigen-a-losorganos-de-la-administracion-del-estado-y-la-necesaria-proteccion-de-informacion-comercial-sensible/> [Fecha de consulta: 14 de mayo 2020, 19:35 hrs.]

10 Fiscalía Nacional Económica, “Informe de Aprobación, Adquisición de control en AquaChile S.A. por parte de Agrosuper S.A”, 7 de diciembre de 2018..

Figura 1
Cadena de valor del salmón



Fuente: Informe de Aprobación, Adquisición de control en AquaChile S.A. por parte de Agrosuper S.A, 2018.

En la primera etapa (cultivo, crianza y procesamiento primario) se identifican las labores de genética, cultivo en agua dulce y cultivo en agua de mar o engorda, nivel en el cual, es necesario contar con concesiones acuícolas autorizadas por el Ministerio de Defensa Nacional, previo informe técnico aprobatorio por parte de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, conforme a lo dispuesto en el Título IV de la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, y sus respectivas modificaciones.

Así las cosas, al interior de la industria del salmón, la integración vertical cobra relevancia, puesto que hay un aumento sostenido del tamaño medio de las empresas productoras con un alto grado de integración vertical ascendente y que desciende a lo largo de la cadena productiva del salmón, lo que se evidencia por la presencia de actores globales los cuales corresponden a empresas especializadas y a consorcios transnacionales.

Posteriormente, una vez que los salmones alcanzan un tamaño y peso determinados, éstos son cosechados y sometidos a un procesamiento primario, que consiste en su matanza y faenamiento (corte de agallas, desangrado y evisceración). Esta etapa se encuentra completamente integrada en las labores de cultivo que realizan las salmoneras.

El producto primario obtenido corresponde a un pescado entero con cabeza o entero descabezado que puede ser comercializado en formato congelado o fresco a clientes que lo destinen al consumo nacional (distribuidores mayoristas, reprocesadores o distribuidores minoristas), o a clientes que lo destinen a los mercados internacionales (sea directamente o por medio de exportadores).

El producto puede ser destinado a un procesamiento secundario, realizado por propias salmoneras o por terceros dedicados al reprocesamiento y corresponde a la realización de cortes adicionales u otros tratamientos del producto primario que afectan su forma y gramaje, con la finalidad de otorgarle valor agregado. Son productos secundarios el filete de salmón fresco, los trozos o porciones de salmón congelado, los distintos tipos de salmón ahumado, entre otras presentaciones. Este producto puede ser comercializado en sus diversos formatos a clientes que lo destinen al consumo nacional o a clientes que lo

destinen a los mercados internacionales. Generalmente, las labores de procesamiento secundario se encuentran integradas a la crianza y cultivo de las salmoneras, aunque existen también plantas reprocesadoras independientes que prestan servicios de maquila.

En el siguiente eslabón de la cadena de valor se encuentran los distribuidores mayoristas y exportadores, quienes ejercen una función de intermediación entre las salmoneras y los clientes (nacionales e internacionales) que no son habitualmente atendidos por éstas, existiendo actores de diversa magnitud que los comercializan. De acuerdo a los antecedentes de la investigación, alrededor del 75% de las ventas de las salmoneras en Chile se realiza a distribuidores mayoristas y exportadores.

En un eslabón final de la cadena, a nivel nacional es posible identificar distintos actores minoristas que distribuyen el producto primario o secundario a consumidores finales, como supermercados, hoteles, restaurantes y casinos, y tiendas especializadas, como pescaderías, terminales pesqueros y tiendas propias de las salmoneras. En este nivel, también es posible encontrar productos importados correspondientes a salmón salvaje, generalmente de origen chino, que se encuentran disponibles en algunos supermercados a través de sus marcas propias (11).

b. La industria del salmón y su estructura de costos.

Bien es sabido, dentro de la industria, que el salmón es un pez anádromo, es decir, que nace en agua dulce, migra a aguas saladas para crecer y luego vuelve al agua dulce para reproducirse (12). En este contexto, dentro del proceso productivo, los salmones crecen en agua salada y se reproducen en agua dulce, pudiendo distinguirse diversas etapas como las ovas, la eclosión, los alevines, el smolt, el cultivo en el mar, para luego pasar a la cosecha, el proceso de cultivo, y finalizar con su comercialización y distribución (13). Cada una de las distintas etapas del proceso de producción del salmón va agregando valor y, en definitiva, determina el precio final del producto. Así, diferentes agentes económicos compiten entre sí para posicionarse dentro de los eslabones del proceso productivo del salmón. Por lo tanto, la salmonicultura está constituida por una serie de mecanismos de operación entre agentes independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales se supervisan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios (14).

La mayoría de las materias primas necesarias para la producción de alimentos para peces - como la harina de pescado y aceite de pescado- se obtienen fácilmente debido a una ya desarrollada tradición de procesamiento de pescado en el país, además de una mano de obra estable y capacitada.

Todo esto ha favorecido el rápido desarrollo de la industria del salmón chileno y la iniciativa de inversionistas nacionales y extranjeros que, en conjunto con políticas de gobierno, han logrado expandir la industria rápidamente¹⁶ y generar producción para la exportación. La industria del salmón en nuestro país se está consolidando velozmente,

11 Idem.

12 Salgado Reyes, "Análisis del Desarrollo de la Salmonicultura Chilena", Proyecto De Título Presentado En La Facultad De Agronomía E Ingeniería Forestal, Pontificia Universidad Católica, 2005, pp. 14-15.

13 Idem.

14 Guía Restricciones Verticales, Fiscalía Nacional Económica, p. 4.

15 Op. cit. Salgado, p. 51.

con lo que se han visto fusiones y compras de empresas; actualmente, existen aproximadamente 40 compañías en Chile que participan en la industria del cultivo de salmones, lo que evidencia una fuerte disminución considerando las 66 compañías existentes en 1995 (16).

La disminución del número de empresas productoras y exportadoras de salmón, dice relación con la salida de empresas menos eficientes y competitivas, incapaces de adaptarse a los cambios en cuanto a precios y demanda de los consumidores. También se ha visto una fuerte concentración en el mercado de los principales insumos para la producción del salmón, como alimentos, medicinas, balsas, jaulas, entre otros, con lo que las posiciones negociadoras a través de toda la industria son cada vez más complicadas, pudiendo verse limitada una sana competencia.

Así las cosas, las empresas salmonicultoras chilenas tienen una integración vertical total, teniendo sus propios "hatcheries", producción propia de alevines y "smolts", e instalaciones de engorda, cosecha, procesamiento y comercialización, algunas de ellas incluso producen su propio alimento. Esta estructura de la industria es consecuencia de la carencia de infraestructura local que había en sus inicios, lo que obligó a la industria joven a ser prácticamente autosuficiente (17).

En este escenario, se produce un fenómeno conocido como 'Cluster', refiriéndose a una aglomeración de empresas en un mismo territorio que forman parte de toda la cadena de valor del bien en cuestión, con lo que se optimiza la producción a través de la asociatividad inter-empresas, suscitando así su crecimiento y supervivencia mediante la ganancia de eficiencias tecnológica. Entonces, las empresas surgen a partir de un mismo eje productivo, que en este caso es la salmonicultura (18).

Ahora bien, la industria del salmón en Chile es un mercado altamente competitivo, con una cadena de producción sofisticada e integrada verticalmente, y una creciente participación de diferentes agentes competitivos en cada uno de los eslabones productivos y mercados geográficos (propio de las características ambientales que dicha industria requiere y cuya revisión excede los propósitos de este análisis). En efecto, la estructura de costos de la producción de piezas de salmón, se constituye casi en un 50% por factores que inciden en el cultivo y cosecha de las especies salmónidas, lo que incluye alimentos, medicamentos, índices de biomasa, entre otros, siendo el restante 50% los costos de comercialización y distribución (19).

6. SECRETO COMERCIAL EN LA SOLICITUD A SERNAPECSA

Sin adentrarse en el proceso general de la solicitud de transparencia y el posterior requerimiento que se hiciera al Consejo Para la Transparencia, y posterior resolución de ilegalidad de la Corte de Apelaciones de Santiago, cabe señalar que, a nuestro juicio, dicha Corte hizo un errado análisis del mercado relevante de la salmonicultura nacional, al concentrar su evaluación en una incorrecta determinación de la estructura de costos de la

16 Op. cit. Salgado, p. 25.

17 Op. cit. Salgado, p. 41.

18 Op. cit. Salgado, p. 43.

19 Observatorio de Precios de Alimentos MARM, "Estudio De La Cadena De Valor Y Formación De Precios Del Salmón", Madrid, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/servicios/observatorio-de-precios-de-losalimentos/Estudio%20Salm%C3%B3n_tcm30-128442.pdf [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2020, 20:20 hrs.].

industria enfocándose únicamente en la etapa de comercialización y distribución de los productos finales, ignorando los principales riesgos que se generarían en la anterior etapa de producción y cuyas consecuencias se verían reflejadas en el precio final.

Es del caso indicar que el Consejo para la Transparencia, en su fallo indica correctamente que, la revelación de la información desagregada de la biomasa producida por parte de aquellas empresas que no han consentido en su divulgación *“configuraría una vulneración a la ventaja competitiva que poseen hoy, respecto de sus competidores, publicidad que afectaría significativamente su desenvolvimiento en el mercado, puesto que la biomasa de sus centros de cultivo podría ser determinada en razón del análisis de la condición sanitaria de sus peces y de manera residual, se podría determinar la producción de cada centro de cultivo, y el número de peces cosechados, en otras palabras, se podría conocer el nivel de su próxima producción en su centro consultado, por ende sus competidores podrían determinar gran parte de sus resultados comerciales, cuestión que es protegida por la normativa vigente, por cuanto esto forma parte de sus derechos comerciales y económicos”*. El anterior razonamiento es un reflejo de la aplicación del mencionado test de daño anticompetitivo, ya que, como se ha señalado en el apartado precedente, la escala de producción de las especies, así como los distintos tratamientos que se aplican a los ejemplares en relación a su alimentación, salud y ecosistema, son elementos relevantes en el ciclo productivo, lo que determina finalmente un aspecto esencial en la estructura de costos en la producción de los peces y, posteriormente, en la comercialización y distribución.

Así las cosas, la Corte de Apelaciones yerra al centrar su análisis considerando solamente las fases de comercialización y distribución de la industria, pues la salmonicultura se centra en un ciclo de integración vertical y, por tanto, el hacer pública la información respecto a la biomasa, conllevaría a una externalidad de ‘cooperación’ entre los agentes de este mercado. De esta forma, *“la cooperación se centraría en la etapa de piscicultura (producción), mas no en aquellas de faena ni en la comercialización del producto. Desde ya, en la etapa de comercialización la competencia no se ve afectada”* (20), luego, la competencia se ve reducida en la etapa de producción.

En virtud de ello es que el Consejo para la Transparencia afirma que *“la información referente a la biomasa producida en los centros de cultivos de salmónes constituiría una información comercial sensible que no puede estar en manos de los competidores, porque comprende procesos de producción, técnicas y estrategias, recetas médicas, muestreo, y condiciones económicas, todas las cuales son de su propiedad exclusiva y que fueron desarrollados exclusivamente para esos fines”*. Es más, revelar el dato de la biomasa da cuenta de la planificación de cada empresa, especialmente en lo referido a su capacidad de producción, y es menester considerarla información comercial sensible -que no puede estar en manos de competidores- puesto que es parte de sus técnicas y procesos productivos desarrollados por las propias empresas, formando parte del Know How conformado por todos los esfuerzos, análisis, estudios e inversión de recursos, para elaborar, a partir del marco normativo que regula la actividad, un procedimiento que permita determinar sus cosechas.

Por lo tanto y aún considerando los principios constitucionales de publicidad y transparencia, la normativa que protege mediante la confidencialidad o reserva (estableciendo, en definitiva, un ‘monopolio de facto’ sobre la información protegida) no es más que una manifestación de la promoción de la libre competencia, ya que entrega

20 Agüero, Francisco en <https://www.salmonexpert.cl/article/regular-la-produccion-salmonicultura-podriaafectar-la-libre-competencia/>

incentivos a innovar, crear y resguardar la calidad y la confiabilidad de las fuentes de producción (21). En otras palabras, si un competidor cuenta con dicha información estratégica, podría no sólo disputar las capacidades de producción, sino que también acceder a los precios de los productos que cada centro de producción comercializa, la proyección de la estructura de costos, la proyección financiera y la capacidad de respuesta frente a variaciones de precios o costos, todo ello en razón de la gran incidencia que esos datos solicitados, tienen en la estructura de costos de producción de los productos salmónidos.

Todo lo anterior, prepara el escenario para una serie de riesgos tanto unilaterales como coordinados para la libre competencia, aspecto que ha sido considerado, por ejemplo, en denuncias realizadas ante la Comisión Europea en contra de las industrias salmoneras en Chile, en donde se denuncian prácticas de *dumping* por parte de los productores nacionales, vale decir, la venta de los productos salmónidos a través de un precio por debajo de su costo para efectos de eliminar a un competidor en el mercado (22). Asimismo, las mismas acusaciones se han presentado en el pasado por parte del *Department of Commerce* de Estados Unidos, en virtud de las cuales, además de denunciar las conductas de *dumping*, se agrega el recibimiento de subsidios que fomentaría dicha conducta anticompetitiva (23).

En el caso en comento, el *dumping* es un claro riesgo de conducta unilateral, consecuencia de obligar a publicar secretos comerciales relacionados con los costos del ciclo productivo de salmónes, afectando de manera directa a la competencia que se da en el eslabón de la producción salmónida, lo que incidará en el precio final de los productos. Por ejemplo, de tenerse a la vista todos los datos desagregados por empresa respecto de las biomásas, significaría que el agente con más poder de mercado pueda tener acceso a las estructuras de costos y modelo de negocios de sus competidores, teniendo a su disposición todas las herramientas para proyectar precios, costos e, incluso, inversiones. Luego, hay un riesgo importante de que el agente abuse de su posición dominante y modifique los precios de venta del Salmón erradicando a su competencia, que a la larga, no podría resistir mantener precios por debajo de sus costos, transformando el mercado competitivo del salmón a un mercado Monopólico.

En cuanto al riesgo de conductas coordinadas, recordemos que el mercado chileno de producción de salmón se caracteriza por ser un cluster, y por tanto, estamos frente a un escenario muy competitivo donde es esencial que cada agente deba estar constantemente innovando y aumentando su eficiencia para poder permanecer en él, de modo que el publicar la información requerida, podría crear incentivos para que varios competidores se coludieran o al menos tuvieran conductas lo suficientemente coordinadas para lograr permanecer en el mercado, lo que redundaría en una manipulación de precios que perjudicaría a la competencia y, finalmente, a los consumidores. De configurarse estas conductas, podrían ser perseguidas a través del inciso primero del artículo 3º y su literal c) del Decreto Ley N° 211.

Por lo tanto, no cabe sino concluir que, atendidas las características de la salmonicultura chilena, los datos requeridos en el caso en comento, pueden sin duda, dar cuenta de la

21 Gumucio, Juan Cristóbal, "Interrelación entre propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia", en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Thomson Reuters, Santiago, p. 75.

22 Véase: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2002/08/02/acusacion-de-dumping-a-salmoneschilenos/>

23 Véase: <https://www.aqua.cl/2003/07/23/estados-unidos-finalizo-acusacion-de-dumping-contra-industriachilena-del-salmon/#>

planificación estratégica de cada empresa del mercado, especialmente aquella referida a la forma en cómo se maneja la cosecha en su producción, por lo que constituye un bien económico estratégico respecto del cual existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, lo que exige mantener su carácter secreto por corresponder al concepto de secreto comercial que recoge la legislación nacional, que ha tenido un reconocimiento tanto a nivel constitucional (artículo 19 N° 25) como legal en la Ley de Transparencia (Ley N° 20.285).

Lamentablemente, la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza, erróneamente, la calidad de secretos comerciales de los datos requeridos sobre la base de su antigüedad: *“se trata de cosechas de peces bastante antiguas, por lo que no tienen absolutamente ningún efecto en la competitividad ni en los mercados. Esto es así, porque las cosechas recaídas en tales años ya fue vendida e incluso despachada a sus mercados de destino, por lo que no produce efectos en los precios ni en los mercados, el hecho que la información se haga pública”*. Es del caso señalar que la información fue solicitada en febrero de 2018 para obtener información que correspondía a los tres años anteriores a la fecha de la respectiva solicitud, de modo que dicha petición implicaba el trato de información más bien actualizada y desde la cual fácilmente podrían concluirse proyecciones en los costos y estrategias de producción.

Por tanto, no sólo parece equivocado argumentar que dicha información perdió el carácter de estratégica dada su antigüedad o falta de vigencia, (criterio que es poco técnico y preciso, al señalar que la información después de dos años pierde su viabilidad), sino que además parece intentar aprovechar la circunstancia de la demora de la administración de justicia (justificada o no) en resolver el asunto, dejando a la deriva lo sustantivo del fallo que es determinar si la información requerida es, en efecto, un secreto comercial cuya confidencialidad deba ser custodiada debidamente, o si debe ser publicada ante un requerimiento en virtud de la transparencia. Como inevitable consecuencia, parece quedar bajo el arbitrio del Consejo para la Transparencia el determinar si debe obligar a la entrega de información ya que, a la larga y bajo los argumentos de la Corte, en sede de ilegalidad, por el sólo paso del tiempo intrínseco en la administración de la justicia se levantará el secreto comercial, o si por otro lado, los tiempos judiciales no son una excusa para hacer ‘precluir’ la calidad de estratégicos y confidenciales a aquellos los datos asociados a las biomásas producidas por las empresas de salmicultura, así como a cualquier otro secreto comercial, teniendo en especial consideración las graves consecuencias que podrían atentar a la Libre Competencia.

7. CONCLUSIONES

Finalmente, y a modo de conclusión, no es posible señalar que, por el solo hecho de que la información requerida obra en manos de la Administración deba siempre presumirse como pública. Como puede observarse en el caso en análisis, corresponde aplicar el test de daño competitivo para comprobar si la publicación de la información afecta a la libre competencia. De ahí que sea interesante poner atención a la evolución que tenga la aplicación armónica de los principios de transparencia, publicidad, confidencialidad, reserva y competencia en los mercados con alta competencia como el de la producción de salmónidos en Chile.

Por tanto, resulta imperativo buscar un correcto equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública -amparado implícitamente en la Constitución Política de la República y en la Ley de Transparencia- y los derechos fundamentales amparados en la protección

de la libre competencia en los mercados. Si bien, la transparencia de la información que obra en manos de los órganos del Estado, constituye una de las bases del régimen democrático, ello implica reflexionar en torno a la necesidad de proteger información de privados que, hospedadas en servidores públicos, éstos pudiesen afectar otros valores como la competencia y el resguardo de información comercial que, por lo demás es reconocido expresamente como un límite a la transparencia en el ordenamiento chileno.

REFERENCIAS

Aimone Gibson, Enrique y Silva Walbaum, “Derecho de la Libre Competencia Chileno. Concepto y Nuevas Tendencias”, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020.

Aliaga Medina, Vicente Rodrigo, “Acto Administrativo e Información Pública”, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 18.

Arancibia Mattar, Jaime, “Sanción de Conductas Anticompetitivas extraterritoriales en Estados Unidos y la Unión Europea”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXXIII, N° 2, 2020, p. 247.

Coloma, Fernando, “En defensa de la competencia”, Ciudad Argentina Editorial, Buenos Aires, 2009, p. 247.

Font Acuña, Elena, “El secreto empresarial, herramienta de valor para la competitividad y la innovación”, en Suma de Negocios, Vol XXI, 2019, p. 18. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n21/2027-5692-sdn-10-21-17.pdf>

Gómez Segade, José Antonio. “Los bienes inmateriales en el anteproyecto de ley del Código Mercantil”, en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illiescas Ortiz, Getafe, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p. 129. Disponible en: https://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21076/inmateriales_gomezsegade_RIO_2015.pdf

Gumucio, Juan Cristóbal, “Interrelación entre propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia”, en La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Thomson Reuters, Santiago, p. 75.

Hernández Paulsen, Gabriel y Tapia Rodríguez, Mauricio, “Colusión y Daños a los Consumidores”, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020.

Jones, Alison y Sufrin, Brenda, “EU Competition Law. Text, Cases and Materials”, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Lizana, Claudio, “Precios Predatorios: ¿Bajo qué circunstancias constituyen una infracción a la libre competencia?, en Revista Anales Derecho UC. Temas de libre competencia II, Legis Chile Ediciones, Santiago, 2008.

Sáez, Adriana e Íñiguez, Catalina, “Convivencia entre los principios de transparencia y publicidad que rigen a los órganos de la Administración del Estado y la necesaria protección de información comercial sensible”, disponible en: <https://www.fn.cl/publicaciones/convivenciaentre-los-principios-de-transparencia-y-publicidad-que-rigen-a-los-organos-de-laadministracion-del-estado-y-la-necesaria-proteccion-de-informacion-comercial-sensible/> [Fecha de consulta: 29 de noviembre 2020, 19:35 hrs.].

Salgado Reyes, “Análisis del Desarrollo de la Salmonicultura Chilena”, Proyecto De Título Presentado En La Facultad De Agronomía E Ingeniería Forestal, Pontificia Universidad Católica, 2005, pp. 14-15.

Walker Echenique, María Elisa, “Manual de Propiedad Intelectual”, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

Wish, Richard y Bailey, David, “Competition Law”, Novena Edición, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Fiscalía Nacional Económica, “Requerimiento contra G.D. Searle LLC”, Santiago, junio de 2016.

Fiscalía Nacional Económica, “Informe de Aprobación, Adquisición de control en AquaChile S.A. por parte de Agrosuper S.A.”, 7 de diciembre de 2018.

Fiscalía Nacional Económica, “Requerimiento contra Biomar Chile S.A. y Otros.”, Santiago, diciembre de 2019.

Fiscalía Nacional Económica, “Requerimiento contra The Walt Disney Company y Otro.”, Santiago, septiembre de 2020.