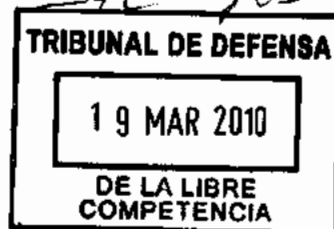


En lo principal, formula consulta solicitando el ejercicio de las facultades que indica; en el primer otrosí, acompaña documentos; en el segundo otrosí, acompaña disco compacto en cumplimiento del Auto Acordado N°7; en el tercer otrosí, acredita personería; en el cuarto otrosí, informa direcciones de correo electrónico; y, en el quinto otrosí, patrocinio y poder; y acompaña documento.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia



José Simón Gundelach Hernández, ingeniero civil, domiciliado, para estos efectos, en Isidora Goyenechea 3477, piso 5°, comuna de Las Condes, Santiago, en representación, según se acreditará, de Lota Protein S.A. ("Lota Protein"), al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 31 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo) de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia ("DL 211"), y en virtud de lo dispuesto en el Auto Acordado N°5 de este H. Tribunal de 22 de julio de 2004, formulo consulta (la "Consulta") para que, conforme a los argumentos de hecho, de derecho y económicos que se desarrollan más adelante, este H. Tribunal haga uso de las facultades que le confieren los numerales 2°, 3° y 4° del referido artículo 18 del DL 211, o las que en su defecto este H. Tribunal estime convenientes, con el objeto de conocer –y evitar que se sigan produciendo– una serie de hechos jurídicos que infringen el DL 211 en materia de asignación de cuotas individuales de captura industrial de pesca, así como también proponer al Presidente de la República las modificaciones legales pertinentes, con la finalidad de enmendar una serie de distorsiones regulatorias contrarias a la libre competencia que impiden, en los hechos, un funcionamiento óptimo del mercado de la pesca industrial en Chile.

A modo de síntesis, Lota Protein busca que este H. Tribunal, una vez tramitado el procedimiento no contencioso al que da inicio la presente Consulta, establezca las condiciones para que se materialice la efectiva entrada de competencia al mercado de pesca industrial, por la vía de exigir la real aplicación, por parte de la Subsecretaría de Pesca ("SUBPESCA"), del artículo 27 del Decreto Supremo N°430/1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura ("Ley de Pesca"), cuerpo normativo que contempla la subasta anual de permisos extraordinarios de pesca, con el objetivo de renovar parcialmente, cada año, a los actores con permisos de pesca presentes en el mercado, cuestión que hasta la fecha SUBPESCA se ha negado a efectuar.

Con miras a dar aplicación inmediata al sistema de subastas contemplado en la Ley de Pesca, y, en el futuro, al perfeccionamiento de la normativa de pesca una vez que culmine, en el año 2012, la actual vigencia de la Ley N°19.713 sobre Límites Máximos de Captura

por Armador (“Ley N°19.713” o “Ley de Cuotas Máximas”) –también relevante a efectos de esta Consulta-, Lota Protein busca que este H. Tribunal, determine:

1. Que, la constante omisión, por parte de SUBPESCA, en implementar el sistema de subastas anual de permisos extraordinarios de pesca a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, constituye un acto o hecho que infringe el DL 211, al establecer un bloqueo para el acceso de nuevos actores al mercado de la pesca industrial, por la vía de imponer y mantener barreras a la entrada que inhiben la competencia (i) de modo general, en el mercado de la pesca industrial y en el mercado de cuotas de pesca; y, (ii) específicamente, en los mercados de pesca industrial y de cuotas de jurel de la III a IV Regiones, de la V a IX Regiones, de la X Región y de la XIV Región. Todo ello, en directo beneficio de los actores preexistentes con una posición preponderante en el mercado.

2. Que, además de dar efectiva aplicación al sistema de subastas contemplado en la Ley de Pesca, de conformidad con el artículo 18 N°2 del DL 211, se exija a SUBPESCA y a quien adicionalmente corresponda, proceder a dictar adicionalmente, en el más breve plazo, el reglamento a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca (“Reglamento”), permitiendo que la parte ahí prevista de la cuota global de captura para el sector pesquero industrial, deba asignarse a través del mecanismo de pública subasta, como lo prevé el señalado artículo 27 de la Ley de Pesca.

3. Que, con el objeto de garantizar que dicho sistema de licitaciones cumpla con los fines pro-competitivos buscados por el legislador, se ordene –como condición de las futuras subastas-, que el factor o criterio de adjudicación para la subasta de los mencionados permisos extraordinarios, no lo constituya únicamente el mayor precio ofrecido, debiendo establecer el Reglamento otros elementos de adjudicación relevantes que sean consistentes con incentivar un mayor dinamismo competitivo para este mercado (v.gr. a través de límites a la acumulación de cuotas de captura y sanciones por el no uso de las mismas, entre otras). Para lo anterior, este H. Tribunal puede fijar las condiciones que deberá respetar SUBPESCA al momento de elaborar el Reglamento; o, según lo estime conveniente, dictar una instrucción de carácter general al amparo del artículo 18 N°3 del DL 211, que deba considerarse por el regulador y que garantice que los procedimientos de subasta a efectuarse sigan criterios pro-competitivos, sobre la base de directrices similares a las antes señaladas respecto del Reglamento.

4. Adicionalmente, en uso de las facultades que al efecto le otorga el artículo 18 N°4 del DL 211, que proponga al Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Economía, Fomento y Turismo (“Ministro de Economía”), que, en el perfeccionamiento de la Ley de Pesca y una vez que termine la vigencia de la Ley N°19.713, en el año 2012, proponga a lo menos:

(i) La exigibilidad, sin excepciones, y para la totalidad de la cuota de captura, de un mecanismo de subastas similar al que contempla la actual Ley de Pesca para la renovación parcial de la asignación de las cuotas de pesca, o perfeccionado respecto del que contempla la Ley de Pesca vigente;

(ii) La derogación, al ser contraria a la libre competencia, de la actual conformación orgánica de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca establecida en los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca, y eliminar su participación en la toma de decisiones referidas a la aplicación del mecanismo de subasta de cuotas de pesca, por constituir dichos entes instancias de interacción entre los agentes del mercado de pesca industrial y, al mismo tiempo, facilitar la creación de *fallas* de la regulación dadas por la confusión que generan entre las labores de regulador y regulado, lo que ha contribuido a que, en los hechos, no se subasten cuotas de captura como lo ordena la Ley de Pesca; y,

(iii) La modificación del actual sistema de transferencias de cuotas de captura pesqueras, con el objeto de fomentar la creación de un verdadero mercado secundario para estos derechos, que permita a nuevos actores adquirir las cuotas de captura indispensables para su ingreso al mercado, o a los actores pequeños ya existentes el ampliar su cuota a un nivel competitivo respecto a la posición de los actores principales de la pesca industrial. Ello, además, en directo beneficio de un mayor dinamismo en el mercado, así como de su funcionamiento eficiente, y teniendo en consideración que la inexistencia actual de un mercado secundario produce efectos negativos para la libre competencia.

Esta Consulta se estructura de la forma en que da cuenta el siguiente índice.

ÍNDICE

I. CONTEXTO GENERAL DE LA PRESENTE CONSULTA. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOTA PROTEIN. SITUACIONES QUE INFRINGEN LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LA PESCA INDUSTRIAL. DEBER DEL REGULADOR DE AJUSTAR SU COMPORTAMIENTO A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA.

I.1. Quién es Lota Protein

I.2. Legitimación de Lota Protein para efectuar la presente Consulta y procedencia sustantiva y formal de lo solicitado a este H. Tribunal

I.3. SUBPESCA, como todo órgano regulador, se encuentra obligada a respetar la normativa de libre competencia y a actuar conforme a ésta

II. EL PROBLEMA QUE DA ORIGEN A LA NECESIDAD DE REGULAR LA PESCA INDUSTRIAL

II.1. El problema que da origen a la necesidad de regular la pesca

II.2. Evolución de sistemas de regulación de la actividad pesquera a nivel internacional

II.2.1. *Ausencia de regulación. Sistema de libre captura*

II.2.2. *Regulación mediante la imposición de controles directos —incluyendo cuotas globales—*

II.2.3. *Regulación a través de la imposición de cuotas individuales: el estándar actual*

II.3. Importancia de los mecanismos de subasta de cuotas individuales de pesca para garantizar la libre competencia

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA REGULACIÓN PESQUERA EN CHILE

III.1. Aspectos generales

III.2. Discusión legislativa de la Ley de Pesca. La inclusión del artículo 27 de la Ley de Pesca para resguardar el libre acceso al mercado. El sistema de subastas vigente.

III.3. La Ley N°19.713 de Cuotas Máximas

III.3.1. *Contenidos básicos de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

III.3.2. *Críticas al proyecto de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

III.3.3. *Experiencia posterior a la dictación de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

IV. INFRACCIONES AL DL 211 DERIVADAS DEL DISEÑO Y/O APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE DE PESCA INDUSTRIAL, EN LO REFERIDO A LA ASIGNACIÓN DE CUOTAS INDIVIDUALES Y A LA NEGATIVA A ABRIR EL

ACCESO A DICHAS CUOTAS. LOS CASOS DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 27 DE LA LEY DE PESCA Y EL ACTUAR DE LOS CONSEJOS DE PESCA

IV.1. Aspectos generales

IV.2. Omisión por parte de SUBPESCA de aplicar el sistema de subastas vigente y de dictar el Reglamento. Aplicación errónea y abusiva del artículo 24, inciso 2º, de la Ley de Pesca. La actuación de los Consejos de Pesca y el problema que éstos representan para la libre competencia

IV.2.1. *La importancia del artículo 27 de la Ley de Pesca en relación con las pesquerías sometidas al régimen de plena explotación*

IV.2.2. *Las omisiones de SUBPESCA*

IV.2.3. *El caso del artículo 24 de la Ley de Pesca como una nueva forma de cierre de mercado*

IV.2.4. *El caso de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca. Consecuencias para la estructura y funcionamiento competitivo de este mercado*

IV.2.5. *Una conclusión parcial*

IV.3. Consecuencias anticompetitivas generales del actuar de SUBPESCA

IV.3.1. *Concentración del mercado producida con posterioridad a la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

IV.3.2. *Debido a que la pesca industrial es una actividad integrada con el procesamiento de pescados, el cierre de mercado aguas arriba implica una limitación a la competencia aguas abajo*

V. AUSENCIA DE UN MERCADO SECUNDARIO PARA LA TRANSACCIÓN DE CUOTAS DE CAPTURA Y SUS CONSECUENCIAS

V.1. No existe un mercado secundario de cuotas de captura

V.2. Consecuencias para la falta de competencia en el mercado de la pesca industrial

VI. CONCLUSIONES. NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL MECANISMO LEGAL DE SUBASTAS Y DE ELIMINAR LAS DEMÁS DISTORSIONES REGULATORIAS EXISTENTES, POR LA VÍA DE APLICAR Y PERFECCIONAR LA NORMATIVA

I.

Contexto general de la presente Consulta.

Legitimación activa de Lota Protein. Situaciones que infringen la libre competencia en el mercado de la pesca industrial. Deber del regulador de ajustar su comportamiento a las normas de libre competencia

I.1. Quién es Lota Protein

Lota Protein es actualmente la filial chilena del grupo noruego Koppernæs, fundado en 1884, el que opera en tres sectores principales de la industria noruega: el procesamiento de pescado, la gestión de la cadena de suministro, y la elaboración y venta de equipos de seguridad marítima, a través de diversas empresas en Noruega, líderes de mercado en ese país. Su filial noruega dedicada al rubro del procesamiento de pescado y comercialización de harina y aceite de pescado se denomina Vedde AS – H. Más información se encuentra en su sitio web: <http://www.koppernes.no/>

Por su parte, los orígenes de Lota Protein en Chile se remontan al año 1993, fecha en que –a través de una inversión aproximada de US\$25 millones de sus entonces socios- compró una nave pesquera y procedió a instalar una planta en la comuna de Lota, con el objeto de procesar insumos pesqueros para su transformación en harina y aceite de pescado.

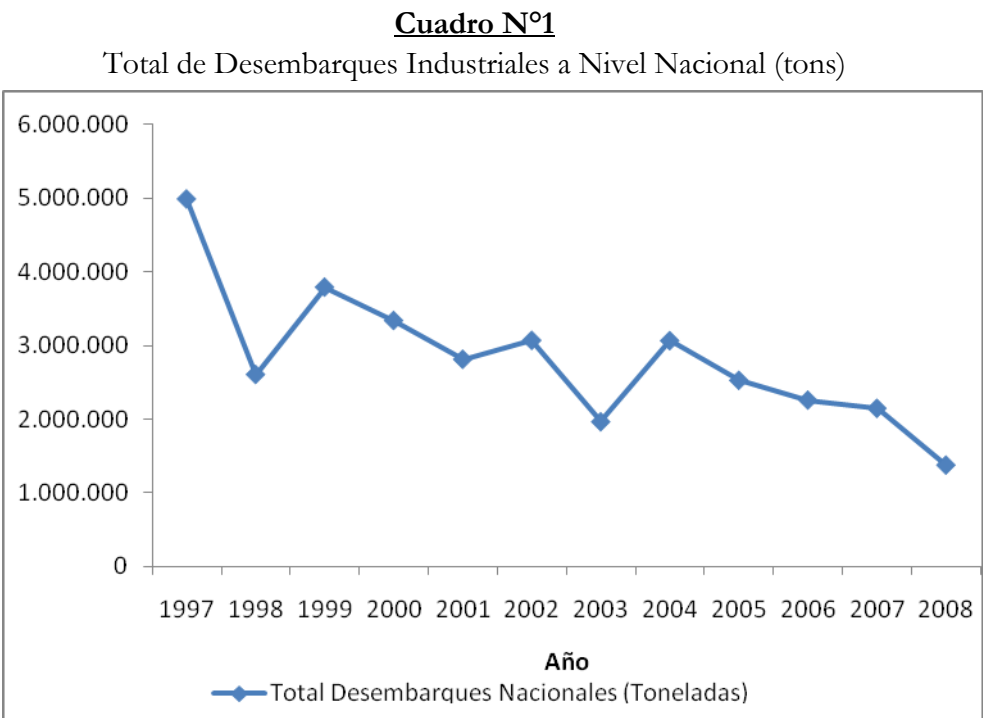
Posteriormente, una vez finalizada la construcción de la planta, Lota Protein incorporó dos naves más a su flota, llegando a tener, al año 1998, tres naves pesqueras industriales, que abastecían la planta procesadora con la totalidad de sus capturas.

Desde el año 2000, Lota Protein es filial del grupo noruego Koppernæs antes descrito. Más allá de este cambio de propiedad, Lota Protein continuó dedicando su actividad comercial a la captura y procesamiento de recursos pesqueros (esencialmente jurel, sardinas y anchovetas) para su posterior venta como harina o aceite de pescado en los mercados nacional e internacional.

Hasta antes de la dictación de la Ley N°19.713, de 25 de enero de 2001, que introdujo el sistema de cuotas individuales de captura pesquera – fijando límites máximos de captura por armador- Lota Protein mantenía una participación a nivel nacional de aproximadamente 1,5% en la captura y desembarque industrial de jurel, sardinas, anchovetas, caballa y merluza de cola. Su captura derivaba de las autorizaciones de pesca concedidas por SUBPESCA, las que constituían el antecedente indispensable para la operación de sus naves industriales. Dicha participación disminuyó aproximadamente a 1,3% entre los años 2002 a 2008.

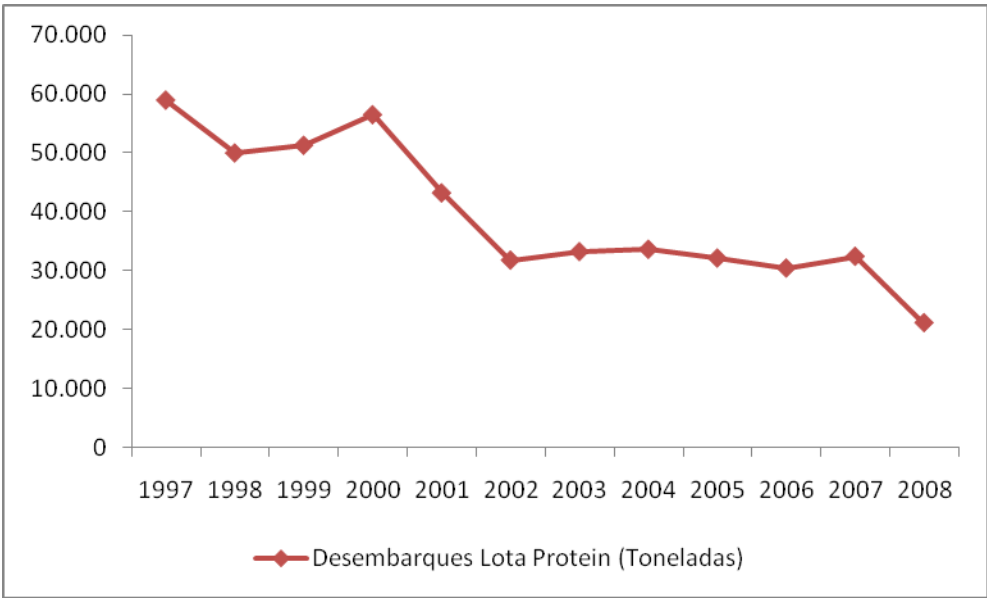
Por otro lado, si se consideran tanto las capturas adquiridas a terceros (pescadores artesanales y otras empresas) como industriales propias, a nivel nacional la participación de Lota Protein ascendía, hasta antes de la aprobación de la Ley de Cuotas Máximas, a aproximadamente un 3,8%. Dicha participación comenzó a disminuir entre los años 2002 a 2008, a cerca de 3,2%.

Los siguientes cuadros dan muestra de la evolución de la participación de mercado de Lota Protein desde el año 1997 a la fecha:



Fuente: Anuario Estadístico SERNAPESCA. Valores corresponden a descargas de jurel, caballa, sardina común, anchoveta y merluza de cola.

Cuadro N°2
Total de Desembarques Flota Industrial de Lota Protein (tons)



Fuente: Anuario Estadístico SERNAPESCA. Valores corresponden a descargas de jurel, caballa, sardina común, anchoveta y merluza de cola.

En la actualidad, y conforme al creciente proceso de concentración que ha experimentado esta industria con posterioridad a la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, Lota Protein, es el décimo primer actor y el más pequeño de entre los pesqueros industriales que capturan y procesan la pesca¹, con una participación total de 1,8% en términos de cuotas de captura asignadas por SUBPESCA para la industria ubicada entre la V y X regiones (y que principalmente opera desde la VIII Región). Dado el límite que dicho porcentaje impone para la captura de insumos pesqueros, Lota Protein se desprendió de dos de sus anteriores naves armadoras, y cuenta hoy únicamente con un buque de pesca en alta mar, pues de lo contrario poseería una capacidad excedentaria de pesca de nula utilidad.

Considerando que una escala mínima eficiente para lograr rentabilidad en la actividad de procesamiento de pescado (actividad que en nuestro país se encuentra verticalmente integrada a la de captura) supone contar con un porcentaje superior al 1,8% del total de captura pesquera descargada en la VIII región, Lota Protein ha debido combinar un uso intensivo y muy eficaz de su restringida cuota de captura, junto con la adquisición de insumos para procesamiento a distintos pescadores artesanales, con quienes celebra contratos de suministro, a precios convenientes para dichos pescadores². Dicho mecanismo le ha permitido alcanzar una participación, en términos del volumen total de procesamiento de recursos pesqueros, de aproximadamente un 5,6% del total de las

¹ Los demás pesqueros, que en conjunto representan un 1,7% del mercado, no operan sus naves sino que simplemente venden sus cuotas de captura a los demás actores.

² En efecto, Lota Protein compra a pescadores artesanales, quienes operan de acuerdo al “Régimen Artesanal de Extracción”. La mayoría de dichos pescadores artesanales mantiene contratos de abastecimiento con la empresa. Sin embargo, también existe un grupo de armadores artesanales que venden a Lota Protein en forma esporádica (*spot*), de acuerdo a las condiciones del mercado.

descargas artesanales e industriales en la VIII Región que se destinan a producir harina de pescado.

Sin perjuicio de lo anterior, la pesca artesanal no resulta un sustituto adecuado para la captura industrial efectuada mediante cuotas, por lo que la eventual adquisición de insumos pesqueros desde los pescadores artesanales consiste en una medida menos rentable y más incierta para cualquier actor que participe en el mercado de la pesca industrial, constituyendo, habitualmente, un medio de abastecimiento marginal. Ello, pues la pesca artesanal presenta dos problemas que la hacen no apta para producir congelados (para consumo humano), uno de los bienes más rentables en la industria. En primer lugar, es una pesca de temporada, por lo que en parte importante del año, simplemente no existen descargas artesanales. En segundo lugar, lo que capturan mayoritariamente los artesanales es sardina y anchoveta, y estas especies no se pueden destinar a congelados, siendo el jurel la especie que se destina a ese fin; especie esta última que los artesanales prácticamente no capturan por diversas razones³.

No obstante, y a pesar de las dificultades anteriores, para Lota Protein, su abastecimiento a partir de la pesca artesanal es esencial atendida su restringida cuota de captura. Por su necesidad de asegurarse el abastecimiento por cualquier medio disponible, para el año 2008 Lota Protein adquirió alrededor de 92.000 toneladas a pescadores artesanales y otros actores industriales, lo que representó alrededor del 81% de su abastecimiento anual. Por su parte, para el año 2009, Lota Protein adquirió aproximadamente 97.400 toneladas a pescadores artesanales y otros industriales, representando este valor un 83% de su abastecimiento y correspondiendo sólo 20.077 toneladas a su flota industrial propia, es decir el 17% del total desembarcado.

A pesar de sus esfuerzos por combinar con la mayor eficacia posible la explotación íntegra de su cuota de captura, y la adquisición de insumos pesqueros de origen mayoritariamente artesanal, la cantidad de insumos a los que puede acceder Lota Protein le obliga a limitar su actividad *aguas abajo* a la elaboración de harina y aceite de pescado, no contando la compañía con un volumen de insumos que le permita elaborar pescados para consumo humano, cuya venta y exportación resulta más rentable que la de aceite y harina de pescado. Lo anterior se ve reforzado si consideramos que el jurel para consumo humano es principalmente de origen industrial, y que el volumen de extracción artesanal de dicha especie es bastante menos significativo como se ha visto, lo que afecta gravemente a Lota Protein que posee una cuota reducida para extracción industrial de dicha especie y por ende limitado acceso a ésta.

Señalada ya la identidad de Lota Protein, a continuación se explica brevemente a este H. Tribunal cuáles son los fundamentos de la presente Consulta; las razones que la han motivado a solicitar su intervención; y, el interés legítimo y directo que Lota Protein tiene en instar para que, en uso de sus facultades legales, este H. Tribunal ponga término a una

³ A modo ejemplar, y de acuerdo a la información entregada en el anuario de Sernapesca, la descarga de jurel artesanal para el año 2007 para la VIII Región fue equivalente a 15.863 toneladas, frente a las 339.167 y 126.667 toneladas de anchoveta y sardina común, extraídas por esa vía. Similar situación se evidencia en el 2008, donde las cantidades extraídas ascienden a 8.046, 163.453 y 485.179 respectivamente.

serie de hechos y situaciones que han generado importantes distorsiones en la competitividad del mercado de captura de pesca industrial. Lo anterior, junto con los argumentos que justifican que este H. Tribunal recomiende la eliminación de defectuosos diseños institucionales previstos en la Ley de Pesca, y fomente la creación de un verdadero mercado secundario que permita la efectiva transacción de las cuotas de captura pesqueras.

I.2. Legitimación de Lota Protein para efectuar la presente Consulta y procedencia sustantiva y formal de lo solicitado a este H. Tribunal

Como se ha señalado, Lota Protein participa en las actividades de pesca industrial y, en forma derivada, artesanal, manteniendo una participación en el mercado de los desembarques de la VIII región de especies destinadas a la producción de aceite y harina de pescado cercana al 5,6%. En términos de cuotas de captura pesquera para su flota industrial, Lota Protein posee derechos equivalentes al 1,8% del mercado de la V a IX y X Regiones.

En su calidad de agente del mercado, Lota Protein posee un interés directo y legítimo para instar por que este H. Tribunal adopte las medidas necesarias que eliminen los efectos anticompetitivos que se describirán; efectos que nacen tanto del actuar y de la omisión de SUBPESCA, como del diseño regulatorio orgánico que la industria pesquera posee. Así las cosas, si Lota Protein ha acudido ante el H. Tribunal mediante la presente Consulta, es porque entiende que es al H. Tribunal a quien corresponde, de conformidad con el DL 211, establecer las condiciones y recomendaciones pro-competitivas que sean necesarias para un funcionamiento adecuado de este mercado, desde el punto de vista de la libre competencia.

En este contexto, cabe destacar que el espíritu del actual DL 211, según su reforma por la Ley N°20.361 de 2008, fue la de ampliar la legitimación activa a terceros con interés legítimo –como es el caso de Lota Protein- para consultar acerca de hechos, actos o contratos actuales y futuros que infrinjan o pudieran infringir la libre competencia, según da cuenta la nueva redacción del artículo 18 en su N°2⁴.

Y este H. Tribunal es especialmente competente, desde que Lota Protein ya ha acudido a SUBPESCA solicitándole que proceda a aplicar aquel mecanismo pro-competitivo –las subastas públicas- que se encuentra establecido claramente en el artículo 27 de la Ley de Pesca, no obteniendo más que un silencio de parte del regulador sectorial.

En efecto, tal y como se da cuenta en carta de fecha 29 de septiembre de 2009 –que se acompaña en un otrosí de esta Consulta-, Lota Protein pidió a SUBPESCA:

“[E]n virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura (“Ley de Pesca”) y el artículo 8 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (“Ley de Bases”), vengo en solicitar que, en ejercicio de las potestades que dichas disposiciones le confieren, dé curso a

⁴ “Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

los trámites necesarios para la realización, a la brevedad posible, de una subasta pública que permita adjudicar en las unidades de pesquería de la especie Jurel de la III y IV Regiones, de la V a la IX regiones y de la XIV y X regiones, el derecho de captura de un total de 50.000 toneladas.

En efecto, tal como lo exige el artículo 27 de la Ley de Pesca, la pesquería sobre la cual se solicita se ejerza esta potestad se encuentra sometida al régimen de plena explotación, en virtud de lo dispuesto en los Decretos Supremos N° 354 de 1993, 608 de 1997 y 545 de 1998, todos del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción [actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo]. Sin embargo, a su respecto no se han efectuado nunca las subastas contempladas en dicho artículo 27, lo que por este medio solicitamos se realice.

Nos permitimos recordar a Ud. que las referidas subastas, tienen como principal objetivo permitir y mantener algún acceso a la actividad extractiva, cuando una pesquería ha sido declarada en estado de plena explotación, de modo tal de disminuir el impacto en la entrada asociado a esta declaración, en concordancia con las garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N°21, 22 y 23 de la Constitución Política de la República.

Esta parte tiene interés en la declaración que solicita, desde que mi representada Lota Protein S.A., cuenta con autorización de pesca vigente para operar en las unidades de pesquería de la V a VII y IX regiones y de la XIV y X regiones y, en la actualidad, posee un derecho limitado de capturar 23.036,498 toneladas de pesca en conjunto en dichas áreas”.

Sin embargo, transcurridos más de cinco meses desde que se efectuara dicha solicitud, SUBPESCA ha optado por guardar un inexplicable silencio, sin que haya dado explicación alguna acerca de su omisión histórica en permitir subastas respecto de las especies y zonas indicadas en la referida solicitud⁵.

Frente a lo anterior, Lota Protein acude ante este H. Tribunal, con el pleno convencimiento de que todas las solicitudes expuestas en la parte introductoria de esta Consulta resultan plenamente consistentes con las hipótesis que autorizan a este H. Tribunal a hacer uso de las facultades que el DL 211 le otorga en su artículo 18⁶. Por lo demás, como lo ha demostrado la jurisprudencia de este H. Tribunal, ninguna de las mencionadas potestades resulta excluyente entre sí, pudiendo perfectamente este H.

⁵ Lo anterior es además especialmente grave, considerando que el artículo 14 de la Ley N°19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración, consagra un deber de *inexcusabilidad* de los órganos de la administración del Estado, y que el artículo 24 de la misma Ley establece claramente los plazos para la resolución de solicitudes efectuadas por los administrados: “El funcionario del organismo al que corresponda resolver, que reciba una solicitud, documento o expediente, deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción. Las providencias de mero trámite deberán dictarse por quien deba hacerlo, dentro del plazo de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud, documento o expediente. Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares, deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la petición de la diligencia. Las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. La prolongación injustificada de la certificación dará origen a responsabilidad administrativa”.

⁶ A modo de ejemplo, cabe destacar la consulta de la Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G. (ARMASUR), en relación con discriminaciones de fuente legal que entorpecerían la competencia en el mercado de los cruceros. En su Resolución N°20/2008, este H. Tribunal sólo acogió la solicitud de ARMASUR, en orden a proponer a la Presidenta de la República la modificación del artículo 36, inciso 9°, del Decreto Ley N°825 de 1974, por contener una discriminación arbitraria en perjuicio de los cruceros nacionales.

Tribunal utilizarlas todas ellas en conjunto, en la medida que así lo estime necesario para cautelar la libre competencia.

Esta Consulta demuestra, además, cómo Lota Protein se encuentra consciente de que lo aquí solicitado, por intermedio de este H. Tribunal, es, por una parte, que SUBPESCA *aplique* las normas jurídicas vigentes sobre ejecución de las subastas públicas a las que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, y no la infracción de SUBPESCA a la misión que el legislador le ha encomendado⁷; y, por otra parte, que se recomiende, en la mirada de la libre competencia, cuáles debieran ser los contenidos a incluirse en esta materia en la eventual regulación sobre determinación de las cuotas individuales de pesca, una vez que la Ley de Cuotas Máximas concluya su vigencia en 2012.

La presente Consulta es además respetuosa de la doctrina fijada por la Excma. Corte Suprema en una reciente decisión⁸. En efecto, pese a que SUBPESCA ha incurrido en una serie de hechos y actos que han impedido el funcionamiento competitivo en la asignación de cuotas pesqueras, Lota Protein entiende que el camino procesal idóneo para que este H. Tribunal corrija dichos defectos en adelante –por medio del uso de las mencionadas potestades- es la vía consultiva reglada en el artículo 31 del DL 211.

En concreto, y respecto de cada una de las solicitudes contenidas en la presente Consulta, Lota Protein entiende que:

(i) En lo relativo a la exigencia de que SUBPESCA aplique la norma legal que le entrega la potestad de asignar anualmente por medio de subastas un porcentaje de la cuota de pesca, y en lo relativo a la fijación de condiciones para que SUBPESCA proceda a la dictación del Reglamento (artículo 18 N°2 del DL 211), el supuesto de estas peticiones se encuentra en dos hechos jurídicos distintos. En primer lugar, la omisión del regulador en asignar competitivamente un porcentaje de las cuotas pesqueras mediante subastas, según lo contempla la Ley de Pesca, y pese a que agentes económicos como Lota Protein se lo han expresamente solicitado; y, en segundo lugar, por la igual omisión de SUBPESCA, pero esta vez en cuanto a la dictación del Reglamento a que expresamente se remite la Ley de Pesca, con los consecuentes impactos para la libre competencia que ello provoca y la infracción al DL 211 que produce.

⁷ A diferencia de lo que se razonaba en Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 15 de junio de 2009. Causa Rol N°1855-2009. Allí la Corte Suprema revocó una sentencia del H. Tribunal porque ésta puso al regulador (la Junta Aeronáutica Civil) en situación de incumplir con la legislación sectorial que se le aplicaba, en la interpretación de la Excma. Corte. En esta Consulta, en cambio, se pide simplemente que SUBPESCA *aplique* su legislación sectorial, la que por lo demás en el punto es plenamente consistente con el DL 211.

⁸ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 15 de junio de 2009. Causa Rol N°1855-2009. Considerando 11°: “Que, finalmente, en cuanto a la decisión del tribunal de efectuar una proposición a S.E. la Presidente de la República, cabe señalar que si bien el artículo 18 N° 4 del DL 211 señala entre las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, cabe señalar que ello no le es permitido hacerlo en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia en un procedimiento contencioso sobre actuaciones que pueden constituir infracciones a la ley que tiene por objeto la promoción y defensa de la libre competencia (...).”.

(ii) Respecto a la solicitud para fijar, sea a través de una condición o de una instrucción de carácter general, el factor de adjudicación de las licitaciones que SUBPESCA deba utilizar (artículo 18 N°3 del DL 211), ésta se fundamenta en la necesidad de que el mecanismo de subasta que se determine en el futuro Reglamento –a que se remite la Ley de Pesca y que por intervención de este H. Tribunal debiera dictarse por SUBPESCA- garantice una adecuada tensión competitiva entre entrantes e *incumbentes*, impidiéndose, en consecuencia –y conforme a la uniforme doctrina fijada por este H. Tribunal en la materia- que el mayor precio constituya el único o principal criterio de adjudicación en tales subastas.

El fundamento de esta solicitud tiene pleno respaldo normativo y jurisprudencial, aun en caso de que este H. Tribunal determine que es procedente dictar una instrucción de carácter general. En efecto, si bien la redacción del artículo 18 N°3 del DL 211 no menciona de manera expresa a los organismos públicos como potenciales destinatarios de estas instrucciones de carácter general⁹ –cuestión que pudiera inducir a error-, lo cierto es que la doctrina y los propios precedentes de este H. Tribunal son consistentes con la legitimación pasiva que, para estos efectos, poseen los órganos de la administración del Estado.

Al respecto se ha dicho:

“[L]a definición de los destinatarios de esta potestad normativa externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está, a nuestro juicio, defectuosamente construida en el texto del Decreto Ley 211, puesto que omite toda suerte de personas públicas al referirse a los ‘particulares’. En efecto, lo particular suele contraponerse a aquello que es de uso o propiedad pública. Según lo expuesto, no sólo las personas privadas, sino también las personas públicas pueden ser objeto de la normativa general antimonopólica”¹⁰.

De igual forma, la práctica de este H. Tribunal confirma esta posición como correcta, desde que la única instrucción de carácter general dictada hasta la fecha (Instrucción de Carácter General N°01/2006) se refiere precisamente al mecanismo de licitación de las concesiones para recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios contratados por las Municipalidades.

En este contexto, una instrucción de carácter general dirigida a SUBPESCA, con el objeto de que se fijen en el Reglamento criterios de adjudicación pro-competitivos, es plenamente procedente y consistente con la Instrucción de Carácter General N°01/2006, en cuanto la mera existencia de un sistema de licitaciones abiertas no es suficiente garantía de una mayor competencia, sino que la misma debe ser diseñada sobre la base de mecanismos que garanticen una adecuada tensión competitiva entre los postulantes¹¹.

⁹ El artículo 18 N°3 del DL 211 dispone que este H. Tribunal tiene la potestad para: “Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

¹⁰ Valdés, Domingo. “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. p.677. Salvo que se indique lo contrario, todos los énfasis de este texto han sido agregados.

¹¹ Instrucciones de Carácter General N° 1/2006. Considerando 2°: “Que este Tribunal estima procedente dictar instrucciones de carácter general para el mercado en cuestión y establecer así los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación que incidan el mismo, con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias, que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de

(iii) En lo referido a la solicitud de proponer ciertas modificaciones legales al Presidente de la República por intermedio del Ministro de Economía (artículo 18 N°4 del DL 211) – algunas de las cuales podrían ser implementadas con ocasión de la nueva regulación pesquera que deba entrar en vigencia a partir del año 2012 una vez que expire la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas-, éstas son necesarias para eliminar distorsiones competitivas consagradas a nivel normativo; por un lado, al permitir que regulador y regulado se confundan en un solo órgano –denominado Consejos Nacional o Zonales de Pesca según el caso-, con potestad de adoptar o no las medidas que permitan una mayor competencia y con incentivos para mantener las barreras de entrada existentes; y, por otro lado, al no existir mecanismos eficaces para la transferencia de las cuotas pesqueras, las que tenderían a reducir los costos de ingreso y salida del mercado, permitiendo que los futuros entrantes que valoricen de mejor forma aquellos derechos puedan entrar al mercado de forma más expedita.

Así, la formulación de una Consulta en tal sentido, como lo es la presente, resulta plenamente consistente con la jurisprudencia pasada, según dan cuenta anteriores decisiones de este H. Tribunal¹².

De este modo, la presente Consulta no sólo es *sustantivamente* necesaria, sino que es *formalmente* acorde con el DL 211.

I.3. SUBPESCA, como todo órgano regulador, se encuentra obligada a respetar la normativa de libre competencia y a actuar conforme a ésta

Según lo ha desarrollado extensamente la jurisprudencia y doctrina, los órganos de la administración del Estado se encuentran obligados a actuar conforme a la normativa legal y constitucional vigente, de acuerdo con el principio constitucional de juridicidad. Por su parte, el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República consagra el *orden público económico*, conforme al cual toda actividad económica debe ejecutarse de acuerdo a las normas que la regulan.

De allí que todo ente administrativo, en el ejercicio de las potestades públicas que le han sido conferidas, debe cuidarse de respetar el estatuto general de libre competencia establecido en el DL 211, por formar éste parte del *orden público económico* y constituir una

nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios”. A su turno, las instrucciones de carácter general dictadas contenían, entre otras, las siguientes consideraciones para los procesos licitatorios que debían llevar las Municipalidades: “4°.- Las bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente; (...) 6°.- Las municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”.

¹² Por ejemplo, la FNE solicitó a este H. Tribunal que requiriera la modificación del artículo 9° bis, inciso 1°, del D.F.L. N°382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Mediante Sentencia N°02/2004 de 10 de junio de 2004, este H. Tribunal resolvió: “Acoger la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica y proponer al Presidente de la República, por medio del Ministerio de Obras Públicas, la modificación de la normativa pertinente, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores [sanitarios de redes públicas o domiciliarias], independientemente de su naturaleza”.

norma legal a ser respetada conforme al principio de juridicidad. Entre otras materias, por medio de esta exigencia se busca evitar que las *fallas* de la regulación superen los costos asociados a las *fallas* del mercado.

Esta idea se refuerza con el hecho de que, en Chile, los organismos públicos pueden ser sujetos pasivos de demandas ante este H. Tribunal, considerando que el artículo 3° del DL 211 permite sancionar a quien “[E]jecute o celebre (...)”, sin excluir a persona o ente alguno; así como también, con la circunstancia de que el H. Tribunal tiene la potestad de conocer asuntos de carácter no contencioso, sin limitarse la esfera de consulta a ningún tipo de persona u organismo; y, que se permite a este H. Tribunal “[P]roponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas acciones económicas que se presten en condiciones no competitivas”¹³.

En vista de que la actuación de un organismo de la administración del Estado puede perfectamente entrar en conflicto con la normativa de libre competencia, constituyéndose en una fuente actual o potencial de ilícitos, es que el DL 211 establece explícitamente la posibilidad de revisar los hechos y actos jurídicos que involucren a tales organismos y que infrinjan o puedan infringir dicho estatuto legal. Al respecto se ha señalado:

“Así, resulta factible que la actividad de algún órgano o persona jurídica de Derecho público entre en colisión con algún bien jurídico cautelado por otro órgano o persona y amparado por una legislación específica. Ello explica, entonces, cómo puede suceder que una determinada autoridad pública vulnere la libre competencia sin hallarse previa y expresamente justificada para ello (violación al principio de legalidad) o lo haga excediéndose de la autorización específica y excepcional que ha recibido (violación al principio de especialidad). De esta manera, se da lugar a una ofensa perpetrada por una autoridad pública contra la propia legislación antimonopólica”¹⁴.

Este H. Tribunal ha respaldado uniformemente este criterio¹⁵. De la misma manera que la Excma. Corte Suprema, la que también ha confirmado la obligación que recae sobre los

¹³ Artículo 18 de Decreto Ley N° 211.

¹⁴ Valdés, Domingo. “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. p.458.

¹⁵ Numerosa jurisprudencia del H. Tribunal se orienta en este sentido, siendo sólo algunos ejemplos los siguientes: (i) Sentencia N°11/2004: “PRIMERO: Que se ha planteado en estrados que la denuncia de autos sería inadmisibile por el hecho que sólo se impugnan las razones de mérito que ha tenido el Ministro recurrido para dictar las resoluciones impugnadas. Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el DL 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3°, se aplica a ‘El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos’, sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido”; y, (ii) Sentencia N°14/2005: OCTAVO: “Que es atribución de la autoridad que realiza un llamado a licitación de un servicio público delegado definir las exigencias y costos que implique ingresar a la actividad económica de que se trata, no siendo, en general, una materia en la que deba este Tribunal intervenir, a menos que los términos y condiciones de dicha licitación tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia de cualquier modo”.

organismos públicos de sujetarse a las normas de libre competencia, garantizando un adecuado funcionamiento competitivo del mercado en que dicha regulación incide¹⁶.

En el caso del mercado de pesca industrial, éste naturalmente es objeto de regulación por parte de la autoridad, con la finalidad de permitir un desarrollo de la actividad económica eficiente, que resulte compatible con la preservación de los recursos y la sustentabilidad del medio ambiente marino. Así, y como se verá más adelante, la limitación de la cantidad de recursos que globalmente se extraen, y la distribución de ellos entre los diversos actores por medio de cuotas individuales, parecen ser hoy políticas razonables y necesarias a la luz de tales objetivos. La regulación del mercado de la pesca industrial se entiende, en consecuencia, como una forma de administración de bienes escasos que, tal como las frecuencias aéreas o el espectro radioeléctrico, deben ser distribuidos de modo razonable y económicamente eficiente entre los muchos agentes económicos que aspiran a realizar la actividad económica.

La regulación pesquera supone, esencialmente, otorgar determinados derechos de extracción a algunos, restringiendo o limitando la posibilidad que podría haber a otros de realizar la misma actividad. De esta manera es que el regulador distribuye los recursos, con el subsecuente resultado de permitir o prohibir, según sea el caso, el desarrollo del negocio a quienes cuenten o no con la respectiva titularidad.

El punto de fondo que inspira esta Consulta es que dicha inevitable regulación, que por la naturaleza escasa de los bienes sobre los que recae y la necesidad de su preservación, esencialmente supone permitir el acceso al mercado de algunos y la restricción de dicho acceso por parte de otros; debe ser entonces una regulación que busque maximizar la búsqueda de sus propios fines sectoriales, pero con el debido respeto de la libre competencia que el DL 211 pone en manos de este H. Tribunal tutelar.

Y es en dicho contexto donde la intervención de este H. Tribunal se hace esencial. Para exigir a la autoridad la aplicación pro-competitiva de la legislación vigente, en cuanto corresponda, y para recomendar las modificaciones y perfeccionamientos a la misma para que propendan con mayor énfasis a tutelar la libre competencia, en consistencia con sus bienes jurídicos sectoriales, en cuanto también corresponda. Ambas hipótesis se dan precisamente en la Consulta que nos ocupa.

De hecho, numerosos son los mercados regulados en los que este H. Tribunal ha intervenido aplicando la normativa de libre competencia, exigiendo al regulador

¹⁶ Excma. Corte Suprema. Causa Rol N°4797-2008, de 27 de enero de 2009; considerandos 20° y 21°: “[Q]ue tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios (...) Que, de este modo, las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones móviles, evitando que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en este mercado de manera eficaz (...)”.

competente –directamente o por intermedio de una modificación normativa- ajustar su actuar a las normas de defensa de la libre competencia, o adoptar medidas tendientes a garantizar su cumplimiento. Entre tales casos, es posible enumerar los mercados aeronáutico/aeroportuario¹⁷, bancario/financiero¹⁸, concesiones¹⁹, cruceros²⁰, eléctrico²¹, portuario²², sanitario²³ y de telecomunicaciones²⁴.

De este modo, resulta claro que la intervención del H. Tribunal es ampliamente procedente en este caso, para las materias en las que, por medio de esta Consulta, se solicita su intervención.

II.

El problema que da origen a la necesidad de regular la pesca industrial

II.1. El problema que da origen a la necesidad de regular la pesca

La pesca es una de las actividades económicas más antiguas que se conozca. Históricamente, y a partir de la regulación recogida desde el derecho romano, los peces fueron considerados *res nullius* (cosas que no pertenecen a nadie) y, como tales, susceptibles de ser apropiados jurídicamente a través de la *ocupación*, por parte de quienes tuvieran la habilidad suficiente de capturarlos. En Chile, de acuerdo con el Código Civil, los peces y demás recursos marítimos que componen las pesquerías se caracterizaron por ser bienes *salvajes*²⁵ que, mientras se encontraran en el mar, no pertenecían a nadie y sólo una vez que se capturaban pasaban a ser regidos por reglas de propiedad, entrando en el patrimonio del pescador²⁶.

¹⁷ Sentencias N°44/2006 y N°81/2009. Resoluciones N°6/2005, y N°25/2008.

¹⁸ Sentencias N°29/2005 y N°56/2007.

¹⁹ Sentencia N°61/2007 y N°75/2008.

²⁰ Resolución N°28/2008.

²¹ Resoluciones N°18/2006 y N°22/2007.

²² Informes N°3/2009, N°4/2009, N°5/2009 y N°6/2009.

²³ Sentencias N°2/2004 y N°85/2009

²⁴ Resoluciones N°2/2005, N°20/2007 y N°27/2008.

²⁵ El artículo 608 del Código Civil, define a los animales salvajes como aquellos “que viven naturalmente libres e independientes del hombre”.

²⁶ Art. 607 del Código Civil: “La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos”.

Art. 617 del Código Civil: “Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo; o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar. Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.

Mientras los medios tecnológicos no permitieron la sobreexplotación de los recursos marítimos, el sistema antes descrito funcionó relativamente bien, desde que generó los incentivos adecuados para hacer los mejores esfuerzos en capturar los peces, sin que existiera un peligro de agotar los recursos. Sin embargo, en la medida que la pesca pasó a ser una actividad económica industrializada, aumentando exponencialmente su capacidad de explotación, el sistema de reconocer propiedad sólo respecto de los peces capturados – bajo un régimen en que todos tuvieran la oportunidad de hacerlo (acceso abierto)-, derivó en que la mayoría de las pesquerías del mundo se explotaran más allá de lo sustentable, poniendo en riesgo la existencia de este recurso. Así, el régimen de acceso abierto, donde existe libre apropiabilidad de los recursos pesqueros, es citado como un clásico ejemplo de la llamada *tragedia de los comunes*²⁷.

En efecto, la depredación de las pesquerías ha sido tal que el nivel de captura global mundial se ha mantenido estancado durante la última década, mientras que la riqueza marina ha seguido disminuyendo²⁸.

Dado lo anterior, y ante el efecto evidente de la sobreexplotación en algunas pesquerías, durante el siglo pasado (en especial desde hace tres décadas), se fue imponiendo la noción de que resulta necesario tomar medidas para lograr una explotación racional y sustentable de los recursos marinos. Así, se fue transitando desde un estado en que se creía que estos recursos marinos eran inagotables, a la convicción acerca de su escasez y del real peligro de agotarlos definitivamente, con la consecuente necesidad de administrarlos racionalmente a través de una regulación pública de carácter sectorial.

Las primeras medidas que se tomaron en la normativa comparada supusieron una restricción en el acceso a la pesca; restricción que se materializó a través de la expedición de licencias obligatorias para operar; la imposición de vedas respecto de ciertas pesquerías; y, el establecimiento de cuotas globales máximas de captura. Ante el bajo impacto que tuvieron las medidas antes descritas para evitar la depredación de las pesquerías, se han ido imponiendo –de manera complementaria- instrumentos de mercado para racionalizar la explotación de estos recursos, principalmente a través de la creación de derechos de propiedad y cuasi propiedad (en un sentido económico), que suponen el establecimiento de cuotas individuales transferibles de pesca. Si bien la experiencia es aún incipiente, hasta el momento la creación de cuotas individuales parece ser positiva en los países que la han adoptado como regulación, en especial como una medida eficaz para disminuir la sobreinversión característica de esta industria. Sin embargo, resulta esencial que ese tipo de medidas, acordes con las necesidades sectoriales, se encuentren adicionalmente en adecuada armonía con las normas que tutelan la libre competencia.

²⁷ La tragedia de los comunes se refiere a la expresión utilizada por Garret Harding en su ensayo del mismo nombre, para describir los incentivos perversos derivados de la ausencia de derechos de propiedad claramente establecidos. Si es posible internalizar los beneficios de la explotación de un recurso, mientras que los costos son externalizados –es decir, asumidos por la comunidad en su conjunto- cada individuo tiene incentivos para sobreexplotar el recurso antes de que otro lo haga. Harding, Garrett. *The Tragedy of Commons*. Revista Science, volumen 162 (1968), pp. 1243-1248.

²⁸ Banco Mundial, “The Sunken Billions: The Economic Justification for Fisheries Reform”, 2009; p. 3.

Chile no ha estado ajeno al problema antes descrito, ni al desarrollo de los diversos instrumentos para enfrentarlo. Por el contrario, siendo uno de los actores importantes a nivel mundial de la actividad pesquera, los problemas derivados de la sobreexplotación se han manifestado con mucha fuerza en el país. Por ejemplo, en la década de los ochenta, las pesquerías de mayor importancia eran las pelágicas situadas en el norte del territorio (principalmente dedicadas a la captura de anchoveta y sardina española), llegando a un *peak* de captura de la sardina española de 2,6 millones de toneladas en 1985, para luego ir bajando sostenidamente hasta llegar a las 123 mil toneladas anuales promedio durante los últimos diez años²⁹.

Como respuesta concreta al fenómeno de la sobreexplotación, la legislación de pesca ha ido contemplando limitaciones de acceso respecto de las pesquerías declaradas en régimen de plena explotación, e imponiendo límites individuales de pesca a las que ya se encontraban autorizadas.

Antes de entrar en detalle al régimen chileno de regulación de la actividad pesquera, repasamos a continuación las principales características de los regímenes de pesca que se han sucedido, en calidad de estándares, a nivel internacional.

II.2. Evolución de sistemas de regulación de la actividad pesquera a nivel internacional

II.2.1. Ausencia de regulación. Sistema de libre captura

El régimen de libertad de captura supuso la ausencia de regulación y un ilimitado derecho de explotación de los recursos pesqueros. Este régimen incentivó a que cada armador individual capturara la mayor cantidad de recursos en el menor tiempo posible, pues su demora, o menor explotación, implicaba la posibilidad de que otros armadores internalizaran la totalidad de las ganancias derivadas de la captura pesquera. De ahí que, existiendo el desarrollo técnico suficiente para depredar una pesquería, un régimen como éste incentivó dicho resultado.

Parte de la racionalidad implícita en el régimen de libre captura, se derivaba de la creencia de que los recursos marítimos eran ilimitados, o bien, que la capacidad de captura de éstos era inferior a su capacidad de regenerarse. La experiencia demostró que ello no era cierto, y que ya existe desde hace un tiempo la capacidad técnica suficiente para agotarlos. Así, según datos del Banco Mundial, para el año 2009 el 75% de las pesquerías del mundo se encontraba en estado de explotación plena o sobreexplotada, mientras que el 25% restante estaba compuesto por pesquerías de bajo valor comercial³⁰.

Mientras la capacidad de captura fue inferior a la capacidad de la pesquería de regenerarse, un régimen de este tipo pudo resultar adecuado en generar los incentivos suficientes para

²⁹ Gómez-Lobo, Andrés; Peña-Torres, Julio; y, Barria, Patricio, "ITQ's in Chile: Measuring the Economic Benefits of Reform", 2007, pág. 2. Disponible en: <http://www.economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/inv179.pdf>.

³⁰ Banco Mundial. "The Sunken Billions: The Economic Justification for Fisheries Reform". 2009; p. 3.

que se hicieran los mejores esfuerzos para capturar la pesca; en cambio no resultó ya adecuado cuando comenzó la depredación.

II.2.2. Regulación mediante la imposición de controles directos –incluyendo cuotas globales–

Para hacerse cargo de la depredación de los recursos, derivada de los incentivos generados en un régimen de libre captura, se han intentado diversas medidas de control directo destinadas a limitar la cantidad de pesca capturada.

La variedad de medidas ha sido amplia y se ha extendido, entre otras, desde la prohibición total de captura en una determinada pesquería, imposición de límites máximos globales, restricción de acceso a nuevos entrantes, restricciones en los instrumentos de pesca, o el establecimiento de temporadas de prohibición de captura.

El principal problema que ha presentado estas medidas es que suele requerir altos costos de administración y fiscalización, por lo que muchas veces pierden eficacia frente a los fuertes incentivos de mercado existentes para burlarlas. Por ejemplo, la imposición de vedas de extracción de un determinado recurso suele venir acompañada de la creación de un mercado negro del mismo recurso.

Uno de los sistemas de mayor aplicación para la administración de las pesquerías, consistió por un lado en restringir el acceso a través de licencias y permisos y, por otro, en fijar cuotas globales anuales de captura para la industria. Sin embargo, en un régimen como éste en que los pescadores sólo obtienen derechos y beneficios de lo que sean capaces de capturar, el establecimiento de límites al acceso y a la cantidad global de extracción pueden no ser suficientes para contener los efectos perniciosos derivados de los incentivos y distorsiones producidos por la ausencia de titularidades claramente establecidas.

Si bien en este régimen se limita el impacto que produce la ausencia de regulación, se ha constatado que persisten los incentivos económicos para una explotación irracional de las pesquerías: en efecto, este tipo de regulación acentúa con mayor fuerza lo que se conoce como *carrera olímpica* por los peces, que consiste en la competencia de cada armador individual por capturar el mayor porcentaje del límite global, bajo la lógica de que existen altísimos costos de oportunidad asociados a la autolimitación en la cantidad total a capturar.

El efecto de *carrera olímpica*, se ha observado, implica que los armadores concentran sus esfuerzos en capturar la mayor cantidad de peces en el menor tiempo posible. Ello significa que la actividad pesquera tiende a concentrarse en un período de tiempo relativamente corto, agotando, en apenas unos pocos meses, la cuota que se establece para un año. No son pocos los problemas que se derivan de esta forma de regulación: inversión en naves muy superior a la necesaria para una explotación racional, existencia de períodos de actividad muy intensa seguidos de períodos de inactividad, baja calidad de los recursos explotados y, por lo general, un impacto ambiental más intenso.

II.2.3. Regulación a través de la imposición de cuotas individuales: el estándar actual

Como solución a los problemas derivados a las medidas de control directo, desde los años 70' en adelante, se ha ido evolucionando hacia la utilización de asignaciones de titularidades individuales como mecanismo para otorgar derechos de pesca en las distintas pesquerías. Puesto que, por la naturaleza del bien, no es posible ni práctico asignar derechos de propiedad sobre los peces que se encuentran libremente en los océanos (muchas veces fuera de las 200 millas de la zona económica exclusiva), se ha optado por asignar titularidades sobre el derecho a capturar una alícuota del total global previamente fijado. De esta manera, en la medida que se diseñe adecuadamente la estructura de cuotas individuales, se tienden a generar los incentivos propios de los derechos de propiedad que permiten una explotación racional de las pesquerías.

Si bien existen diversos sistemas de cuotas individuales y mecanismos análogos (por ejemplo, transferibles y no transferibles), la circunstancia de asignarse claramente a un individuo un derecho excluyente de captura, tiende a reducir la carrera olímpica y los efectos nocivos de ésta. Lo anterior, pues tal derecho excluyente permite a los armadores tomar decisiones de captura racionales sin que por ello exista el peligro de que pierdan la pesca a manos de sus competidores.

Existen diversos sistemas de cuotas individuales, que presentan sustanciales diferencias entre sí. Por ejemplo, en algunos países, las cuotas se asignan a las personas, mientras que en otros, se asignan a las embarcaciones. También existe diferencia en el grado de transferibilidad que se permite, encontrándose desde modelos en que ésta se encuentra prohibida, hasta otros que la incentivan expresamente creando mercados abiertos donde se transan los títulos. Otra diferencia –relacionada con la transferibilidad de las cuotas– es la duración en el tiempo de estos derechos. Generalmente los sistemas que otorgan derechos de larga duración, tienden a permitir un mayor nivel de transferibilidad, mientras que en los casos en que estos son de corta duración (generalmente por la temporada anual), se genera una transferibilidad menor o nula.

No existe una solución universal para el manejo de las diversas pesquerías. Debido a que se trata de una actividad que suele comprometer intereses contrapuestos, muchas veces de tipo cultural e histórico, la sola creación de mercados eficientes no es el objetivo único para el diseño de la política pesquera. De ahí que no exista un exclusivo modelo de solución. Debido a lo anterior, ha sido una constante –al menos en los países desarrollados– que la introducción de estos sistemas de manejo suponga previamente una discusión amplia y transparente que procure equilibrar los diversos intereses en conflicto.

Finalmente, en cuanto las cuotas permitan cierto grado de transferibilidad, es posible la creación de un mercado donde tales cuotas se transen. Sin embargo, la sola posibilidad de que exista un mercado disponible, no asegura una asignación óptima de los recursos, desde que ello requerirá que tal mercado funcione competitivamente. Por ello, aun cuando la implementación de cuotas individuales puede mejorar la administración de una pesquería,

ello no necesariamente significa evitar toda situación sub-óptima, cuestión que requerirá de una regulación que corrija aquellos defectos que hubiesen sido identificados.

Si bien, en teoría, el sistema de asignación original de derechos debiera ser indiferente para el funcionamiento del mercado de cuotas individuales —desde que las sucesivas transacciones debieran conducir a una distribución eficiente de los derechos, diluyendo las distorsiones que pudiera provocar una mala asignación original— lo cierto es que en Chile los mercados de cuotas individuales han estado lejos de funcionar perfectamente³¹.

En suma, el estándar regulatorio actual en materia de explotación de pesca industrial es el de asignación de cuotas individuales, mecanismo que ha logrado reducir los incentivos a la sobreexplotación y a la *carrera olímpica*. La implementación de dicho mecanismo, como se verá, debe sin embargo efectuarse de manera tal de no limitar el respeto por la libre competencia y la eficiencia en la asignación de recursos, objetivos cuyo cumplimiento también obliga al regulador sectorial.

II.3. Importancia de los mecanismos de subasta de cuotas individuales de pesca para garantizar la libre competencia

La evidencia económica indica que, en presencia de insumos esenciales para el desarrollo de una actividad económica —y que a la vez tienen la condición de ser escasos—, se requiere de un mecanismo que garantice la asignación eficiente de los mismos. Normalmente dicho mecanismo supone fijar un procedimiento de subasta, o algún otro tipo de concurso entre los postulantes a tales insumos, que reemplace la nula o escasa competencia entre los agentes económicos que se daría como consecuencia de la imposibilidad, o altísimo costo, de entrada al mercado en que dichos bienes se requieran, promoviéndose así una competencia en la asignación de dichos recursos.

De este modo, y según una terminología asentada, se habla de sustituir la competencia *en la cancha*, por un mecanismo de competencia *por la cancha*, cuestión que normalmente culminará con un procedimiento licitatorio *à la Demsetz*, esto es, a quien ofrezca la menor tarifa por la provisión de un determinado servicio³².

³¹ En efecto, como se verá más adelante, luego de más de una década de vigencia del sistema de cuotas individuales impuesto por la Ley de Cuotas Máximas, prácticamente no existe un mercado secundario en el que se transen estas titularidades, y las transacciones que efectivamente han ocurrido no han hecho más que consolidar la posición de los *incumbentes* con dominancia, desplazando a aquellos agentes cuyas cuotas no han alcanzado a ser suficientes para lograr una escala mínima viable de producción. Así, el sistema original de asignación utilizado en el país, lejos de incentivar la creación de un mercado, ha facilitado la concentración de estos derechos en unos pocos actores, lo que se ha mantenido sin mayores variaciones por más de una década.

³² Demsetz, Harold. "Why Regulate Utilities?" *Journal of Law and Economics*. The University of Chicago Press, Vol. 11, No. 1. April, 1968; p.58: "There can be many bidders for the annual contract. Each will submit a bid based on the assumption that if its bid is lowest it will sell to all residents; if it is not lowest it sells to none. Under these conditions there will exist enough independently acting bidders to assure that the winning price will differ insignificantly from the per-unit cost of producing license plates. If only one firm submits the lowest price, the process ends, but if two or more firms submit the lowest price, one is selected according to some random selection device or one is allowed to sell or give his contracts to the other. There is no monopoly price although there may be rent to some factors if their supply is positively sloped. There is no regulation of firms in the industry. The price is determined in the bidding market. The only role played by the government or by a consumers' buying cooperative is some random device to select the winning bidder if more than one bidder bids the lowest price". Traducción libre: Pueden existir varios postores para un contrato anual. Cada uno presenta una oferta basada en la suposición de que si su oferta es la más baja, le podrá vender a la

En este contexto, un mecanismo —correctamente diseñado— de licitaciones para la asignación de insumos esenciales y escasos, presenta una serie de eficiencias por sobre otros mecanismos, como lo son la asignación discrecional del regulador o un sistema de sorteos³³.

Ejemplos de este tipo de diseño de asignación de insumos esenciales abundan en la legislación chilena. Ello ocurre, por mencionar algunos casos, en mercados como el aeronáutico³⁴, portuario³⁵, de telecomunicaciones³⁶ y de aprovechamiento de aguas³⁷. De

totalidad de los residentes; si no es la más baja no podrá vender a nadie. En estas condiciones existirá un número suficiente de proponentes para garantizar que el precio ganador diferirá de forma insignificante del costo de producción por unidad de matrícula. Si sólo una empresa ofrece el precio más bajo, el proceso termina, pero si dos o más empresas ofrecen el precio más bajo, se elige a una de ellas de acuerdo a un criterio aleatorio o se permite a una de ellas vender o entregar su contrato a la otra. No hay precio monopólico, aunque puede haber utilidad en algunos factores si la oferta tiene pendiente positiva. No hay regulación de las empresas en el mercado. El precio se determina en el mercado de las licitaciones. El único rol que juega el Estado o una cooperativa de compra de consumidores, es un mecanismo aleatorio para seleccionar al proponente ganador si hay más de una oferta con el menor precio..

³³ Trondsen, T. "Toward market orientation: the role of auctioning individual seasonal quotas (ISQ)" *Marine Policy* 28, 2004; pp. 375-382. "(...) [E]xplore fish auctions as a management tool for allocation of quotas and for motivating regional market-oriented value adding (MOVA) without the disadvantages of the individually transferable quotas (ITQ) system which are privatization and possible concentration of quota control in a few hands and subsequent monopoly behavior." Traducción libre: (...) Utilizar las subastas de peces como una herramienta de administración para la asignación de cuotas y para incentivar la existencia de un valor agregado orientado por el mercado y de carácter regional, sin las desventajas del sistema de cuotas individuales transferibles, las cuales constituyen la privatización y posible concentración del control de las cuotas en unas pocas manos y el subsecuente comportamiento monopólico.

³⁴ Decreto Supremo N°102/1981, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, artículo 2°: "La Junta de Aeronáutica Civil llamará a licitación pública para asignar la o las frecuencias disponibles, en base a ofertas en dinero, mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial y en un diario de Santiago, señalando las características de las frecuencias, el tipo y monto de la garantía que se deba rendir para participar, y el lugar, fecha y hora de apertura de la licitación, la que no podrá efectuarse antes de 15 días contados desde la publicación del aviso". El H. Tribunal ha propuesto perfeccionar esta normativa en dos decisiones (Sentencias N°44/, de 26 de septiembre de 2006 y N°81 de 16 de enero de 2009), la segunda de las cuales fue revocada por la Excm. Corte Suprema por razones diferentes a las del mérito del razonamiento del H. Tribunal.

³⁵ Ley N°19.542, artículo 7°. "Las labores de movilización de carga en los frentes de atraque existentes a la fecha de publicación de esta ley, sus extensiones o mejoramientos, así como en los nuevos frentes de atraque que sean contruidos por las empresas directamente, en el caso de excepción previsto en el inciso primero del artículo 19, estarán sometidas a un esquema multioperador. Estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas. No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorio de la empresa podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monoperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a lo dispuesto en esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo N°511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción [actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo]. En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe".

³⁶ Ley N°19.168, artículo 13 C, inciso 1°: "El Ministerio, además, deberá llamar a concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones en caso que exista una norma técnica, publicada en el Diario Oficial, que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto".

³⁷ Código de Aguas, artículo 142: "En el caso del inciso 3° del artículo anterior, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto". Vid. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°22, de 19 de octubre de 2007. Consulta de Empresa Nacional de Electricidad S.A. y Colbún S.A. sobre Alianza para Realización de Proyecto Hidroeléctrico Aysén; p.70: "Tal como ya ha sido declarado por la Comisión Preventiva Central, en su Dictamen N°991, el año 1996, y por este Tribunal en su Resolución N°18 (considerando 20°), el año 2006, 'Corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales

ahí nace, en consecuencia, la necesidad de establecer un diseño licitatorio que garantice el mayor grado de competencia posible en la adquisición de tales insumos, como este H. Tribunal se ha encargado de señalarlo en múltiples ocasiones³⁸.

Respecto de las licitaciones de cuotas individuales de captura pesquera, los problemas de diseño se vinculan a las experiencias que, en otros mercados, se ha tenido con los incentivos naturales de los actores preexistentes, quienes –guiados precisamente por tales incentivos– efectúan una valorización de los insumos licitados que no se encuentra alineado con el óptimo social:

“If the auction mechanism is utilized without constraints, however, the sum of social costs may soon be higher than what is politically acceptable (...) A main disadvantage of the free market auction solution is that the relative monopoly in control of capital, processing and distribution chains tends to be more important for the allocation of quotas than a firm’s ability to maximize market-oriented values from the limited total allowable catch quota (TAC). A government’s market role, as Adam Smith argued, is to set rules that hinder a monopoly and increase competition to gain the advantages of the free market mechanism. Most governments also have social objectives for the allocation of fishing rights. The question is, therefore, to what degree the auction mechanism can be integrated into a broader allocation management decision model that satisfies both the objectives of market orientation and social allocation as well as the objective of economic efficiency”³⁹.

En todo caso, y más allá de las consideraciones de diseño de la subasta, lo relevante es que, también en el caso de las cuotas de captura pesqueras, las mayores eficiencias asociadas a la asignación de tales derechos mediante licitaciones o subastas –por oposición

garantice el acceso abierto a éstos en condiciones razonables y no discriminatorias, especialmente cuando constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible”.

³⁸ Vid., a modo de ejemplo, la Sentencia N°44, de 26 de septiembre de 2006. Demanda de Sky Service S.A. en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Junta de Aeronáutica Civil, Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A.; pp.14-29, §3-41: “(...) La frecuencia es un insumo esencial para que las aerolíneas chilenas puedan efectuar la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga hacia y desde el exterior. Esta situación es similar al de telefonía móvil y al de radiodifusión, en la que los prestadores del servicio requieren de un insumo esencial como es el espectro radioeléctrico. (...) Por otra parte, la empresa ya establecida podría adicionalmente contar con una serie de incentivos a adquirir frecuencias restringidas, por motivos distintos a la explotación directa de las mismas. Primero, por esta vía se pueden crear barreras a la entrada en el mercado relevante, al limitar el número y tipo de frecuencias disponibles. Segundo, la concentración de frecuencias puede ser utilizada como un instrumento de amenaza para enfrentar al potencial competidor; esto es, la empresa establecida puede ofrecer nuevas frecuencias en la ruta desafiada, desincentivando así la inminente entrada. Tercero, cuanto menor sea el número de participantes en el mercado relevante, más factible, en principio, será alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia”.

³⁹ Trondsen, Torbjørn. “Toward Market Orientation: The Role Of Auctioning Individual Seasonal Quotas”. Paper to the XIV EAFE Conference, Faro, Portugal. March, 2002; p.4. Traducción libre: Sin embargo, si el mecanismo de subastas es utilizado sin restricciones, la suma de los costos sociales podrá ser prontamente mayor que aquello políticamente aceptable (...) Una de las principales desventajas de las subastas como solución de libre mercado es que un relativo monopolio en el control del capital y sobre las cadenas de procesamiento y distribución tienden a ser más importantes para la asignación de las cuotas que la capacidad de una empresa para maximizar los valores de una orientación de mercado como es la cuota de pesca disponible (TAC). El rol del gobierno en el mercado, como Adam Smith señaló, es establecer normas que impidan un monopolio e incrementen la competencia para obtener las ventajas de los mecanismos de libre mercado. La mayoría de los gobiernos tienen también objetivos sociales en la asignación de derechos de pesca. Por lo tanto, la pregunta es hasta qué grado el mecanismo de subasta puede ser integrado en un modelo de decisión más amplio para la administración de las asignaciones, que satisfaga tanto los objetivos orientados conforme al mercado y de asignación social, así como los objetivos de eficiencia económica.

a los problemas de un sorteo o de asignación discrecional- han sido identificadas desde hace un tiempo por la literatura económica:

“The fishing industry is by no means an isolated example of regulatory authorities having to address the question of the optimal allocation of scarce public resources and the mechanisms for such allocation (...) There are three basic alternatives for allocation of quotas, although within each alternative there are a number of variations. The three alternatives are: (1) allocation by administrative decision; (2) allocation of lottery; and (3) allocation by auction (...) Allocation by auction offers two significant advantages over the other two alternatives of resource allocation. First, the process is economically efficient in that it readily identifies the market demand and appropriate ‘price’ for quotas. Such revenues can then offset the costs of management, research and development of the fishery and can also provide, if needed, a return to the wider community. Second, the process identifies those potential users of the resource with the highest use-values for the fishery in question (...) In addition to the benefits outlined above, a suitably designed auction process can also address a wide range of public policy objectives in an efficient manner (...) Quota allocation by auction is, therefore, an effective and efficient method for identifying those potential operators with the highest use-value of the resource and for maximizing resource revenue in an economically efficient way”⁴⁰. “Competition for quotas among fishers also gives an incentive to increase operation margins between costs and market values. Without governmental constraints on what type of vessel the fishers are allowed to use, the fishers are motivated to choose the mix of products, markets, species, processing technology and capacity which satisfy their rent expectation from a given quota in the same way as the ITQ [Individual Transferable Quotas] systems”⁴¹.

En el caso de la actividad pesquera, el carácter de esencial de los derechos de captura viene dado, como se ha dicho, por los problemas de externalidades que un régimen de acceso abierto implica para este tipo de recursos (*tragedia de los comunes*). En ese contexto, se hace necesario establecer alguna forma de regulación que impida las naturales conductas oportunistas que sobre estos bienes se ejercen. Es así que se establece, como requisito para ejercer la actividad económica pesquera, la obtención de un permiso previamente otorgado

⁴⁰ Morgan, G.R. “Optimal fisheries quota allocation under a transferable quota (TQ) management system”. *Marine Policy*. Vol. 19, No. 5, 1995; pp. 380-384. Traducción libre: La industria pesquera no es de forma alguna un ejemplo aislado de autoridades regulatorias debiendo abordar el problema de la asignación óptima de recursos públicos escasos y los mecanismos para llevar a cabo tal asignación (...) Existen tres alternativas básicas para la asignación de cuotas, aunque dentro de cada alternativa existe un conjunto de variantes. Las tres alternativas son: (1) asignación por decisión administrativa; (2) asignación por sorteo; y (3) asignación por subasta (...) La asignación por subasta ofrece dos ventajas significativas por sobre las otras dos alternativas de asignación de recursos. En primer lugar, el proceso es económicamente eficiente, en tanto rápidamente identifica la demanda del mercado y el ‘precio’ adecuado para las cuotas. Estas utilidades pueden compensar los costos de administración, investigación y desarrollo de la pesquería y pueden también proporcionar, si fuera necesario, un retorno a la comunidad en general. En segundo lugar, el proceso identifica a aquellos potenciales usuarios de los recursos que otorgarán el mayor valor por el uso de la pesquería en cuestión (...) Además, de los beneficios señalados anteriormente, un proceso de subasta diseñado adecuadamente también puede abordar un amplio rango de objetivos de política pública de manera eficiente (...) La asignación de cuotas mediante subasta es, por tanto, un método efectivo y eficiente para identificar aquellos potenciales operadores con la más alta valoración del uso de los recursos y que puedan maximizar las utilidades de los recursos de una forma económicamente eficiente.

⁴¹ Trondsen, T. “Toward market orientation: the role of auctioning individual seasonal quotas (ISQ)” *Marine Policy* 28, 2004; pp. 375-382. Traducción libre: La competencia por cuotas entre los pescadores también entrega un incentivo para aumentar los márgenes de operación entre los costos y los valores de mercado. Sin restricciones gubernamentales sobre el tipo de naves que los pescadores están autorizados a utilizar, los pescadores estarán incentivados a elegir una combinación de productos, mercados, especies, tecnología de procesamiento y capacidad, que satisfaga sus expectativas de utilidad de parte de una cuota determinada, de igual modo que lo hacen los sistemas de cuotas individuales transferibles.

por una autoridad estatal –en este caso bajo la forma de un derecho de captura pesquero-. Adicionalmente, para que tales derechos correspondan a la realidad regulada, los mismos constituyen a la vez un límite máximo de adquisición de esos bienes, en la forma de cuotas de captura que, al menos teóricamente, alinean la escasez económica de los recursos pesqueros con su escasez real.

En ese contexto, el diseño de un mecanismo de subasta o licitación adecuado se hace indispensable para permitir una adecuada *competencia por la cancha*. Como veremos, el mecanismo contemplado en Chile no sólo es parcial, sino que la autoridad sectorial ni siquiera le da cumplimiento.

III.

Evolución legislativa de la regulación pesquera en Chile

III.1. Aspectos generales

En Chile, la pesca industrial tiene una historia relativamente corta. En las décadas de 1940' y 1950', comenzó la pesca industrial de especies pelágicas⁴² en las zonas de Talcahuano, en el sur, y en Arica e Iquique, en el norte. En dicho período y hasta la dictación de la Ley de Pesca en 1989, estuvo vigente el Decreto con Fuerza de Ley N°34/1931, que establecía un régimen de libre acceso y captura a las pesquerías.

Con motivo de los incentivos a la sobreexplotación de los recursos que producía el régimen de libre captura, en diciembre de 1989 se publicó la Ley de Pesca, cuerpo legal que, si bien como regla general mantuvo el régimen de libre acceso, estableció la creación de un régimen especial de plena explotación que cerraba el acceso a la pesquería a nuevos entrantes, distribuyendo entre quienes tenían autorización de pesca a la época, una *cuota global* de captura. En caso de que existiera un saldo no distribuido, éste se subastaría entre los armadores.

No obstante que el entonces artículo 126 disponía la entrada en vigencia de la Ley de Pesca para el 1° de abril de 1990, ésta fue postergada hasta el 6 de septiembre de 1991, junto con las modificaciones introducidas a esa Ley por las posteriores Leyes N°19.079 y N°19.080. En consecuencia, en la práctica ni esa Ley de Pesca original ni el régimen de plena explotación que ella contemplaba, llegaron a entrar en vigencia. Sólo vino la Ley de Pesca a entrar en vigencia con la dictación de las Leyes N°19.079 y N°19.080.

III.2. Discusión legislativa de la Ley de Pesca. La inclusión del artículo 27 de la Ley de Pesca para resguardar el libre acceso al mercado. El sistema de subastas vigente

Un primer proyecto de reforma a la Ley de Pesca -que finalmente se convirtió en la Ley N°19.079- buscó restringir el acceso a las pesquerías por parte de nuevos entrantes, con el

⁴² Son especies pelágicas de alta mar aquellas que habitan en áreas más interiores que la plataforma continental, es decir, alejadas de las zonas costeras. Por oposición a las especies demersales que habitan en las áreas más cercanas a la costa.

objetivo de limitar la sobreexplotación. Las características del texto propuesto por este proyecto fueron en lo sustancial las siguientes:

- a) Establecía un régimen general de libertad de pesca.
- b) Regulaba un “régimen de plena explotación”, que debía durar hasta tres años, con posibilidad de prórroga. Declarado ese régimen, SUBPESCA sólo podía otorgar permisos de pesca a quienes hubieran desarrollado actividades pesqueras durante a lo menos seis meses dentro del año anterior a la entrada en vigencia de dicho régimen. Los titulares de permisos de pesca serían los únicos autorizados para operar.
- c) En las unidades de pesquerías declaradas en plena explotación, se podía decretar el régimen especial o extraordinario de acceso. En el régimen especial, se asignaba a los armadores con permiso de pesca, “unidades de esfuerzo”, que el proyecto definía como la capacidad de pesca de las embarcaciones pesqueras. En el régimen extraordinario, se asignaban cuotas de captura determinadas por la historia de captura de los últimos tres años anteriores a la declaración de este régimen.
- d) Se autorizaba la subasta de los excedentes; cuando éstos existieran como resultado de un aumento sostenido de la abundancia de peces, que permitiera el incremento del esfuerzo anual de pesca o de la cuota anual de captura.
- e) Se establecía el pago de una patente.

Durante el trámite de este proyecto en el Senado, el 30 de octubre de 1990, 15 senadores requirieron del Excmo. Tribunal Constitucional un pronunciamiento acerca de su constitucionalidad. En cuanto al fondo, el requerimiento objetaba que el proyecto de ley, más que regular el modo de adquirir el dominio de la biomasa, imponía prohibiciones que impedian del todo el acceso a los recursos hidrobiológicos, a quienes no resultaran favorecidos con las autorizaciones y permisos que otorgara SUBPESCA. El requerimiento señalaba así que se vulneraba el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política, cuando el proyecto autorizaba el cierre total de las pesquerías impidiendo, desde ese momento, adquirir el dominio de los peces a todas las personas que no estaban desarrollando actividades pesqueras extractivas industriales antes de la decisión administrativa pertinente⁴³.

⁴³ A continuación se explica más en detalle el proceso al que nos referimos: luego de la publicación en el Diario Oficial de la Ley de Pesca, se prorrogó su entrada en vigencia por 180 días por la Ley N°18.977 de 30 de marzo de 1990, con el objeto de elaborar un proyecto de modificaciones a ésta. La tardanza en la tramitación de este proyecto de reforma llevó a una segunda prórroga de la entrada en vigencia de la Ley de Pesca, hasta el 30 de noviembre de 1990, lo que se concretó en la Ley N°18.999. Estando el proyecto de reforma en segundo trámite constitucional en el Senado, y luego de aprobada la idea de legislar, un grupo de quince senadores presentó un requerimiento al Excmo. Tribunal Constitucional, para que se declarara la inconstitucionalidad de forma y fondo de algunos artículos fundamentales del proyecto de modificación. Esta paralización en la tramitación forzó un tercera prórroga de la entrada en vigencia de la Ley de Pesca, hasta el 31 de enero de 1991 (Ley N°19.009). En diciembre de 1990 el Excmo. Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de forma de algunos artículos del proyecto (fundada en problemas de cumplimiento del quórum exigido y en no haberse escuchado la opinión de la Excma. Corte Suprema en los casos en que la Constitución Política lo exige). Aun cuando no hubo pronunciamiento del Excmo. Tribunal respecto de las objeciones de fondo, éstas motivaron al Poder Ejecutivo a buscar consenso, mediante el estudio conjunto de las disposiciones con un grupo de senadores y diputados, los que con fecha 16 de enero de 2001 y en representación de sus partidos políticos,

El requerimiento finalmente fue acogido por motivos de forma, por lo que el Excmo. Tribunal Constitucional se abstuvo de pronunciarse respecto del fondo. Sin embargo, las objeciones de fondo tuvieron eco en el Congreso Nacional⁴⁴. En virtud de lo anterior, y debido a que existía la convicción política de que debía modificarse el régimen de pesca establecido originalmente por la Ley de Pesca, aunque sin violar el libre acceso garantizado por el artículo 19 N°23 de la Constitución, diversos H. Diputados y Senadores de todos los sectores políticos suscribieron un acuerdo –el Acuerdo Político Marco Jurídico Técnico- para salvar las objeciones de fondo y de forma que se habían presentado en la tramitación de la Ley N°19.079, por la vía de generar un mecanismo que abriera la posibilidad a la entrada al mercado, a pesar de que se declarara la plena explotación de los recursos.

Dicho Acuerdo dio origen al mensaje enviado por el Ejecutivo a comienzos del año 1991, y que finalmente se convirtió en la Ley N°19.080 que modificó la Ley de Pesca, estableciendo el régimen de acceso en los términos que aún se encuentran vigentes (inclusive el artículo 27 de la actual Ley de Pesca).

El referido artículo 27 de la Ley de Pesca, aún vigente y según la redacción otorgada por la Ley N°19.080, consagró el mecanismo con que el legislador nacional resolvió el problema de la asignación de estos insumos escasos para el ejercicio de la actividad pesquera, sin violentar el libre acceso garantizado por la Constitución.

De esta manera, dicho artículo 27 optó por un mecanismo que, reconociendo la existencia de cuotas globales de pesca, aseguró al mismo tiempo el acceso a la pesca por medio de un sistema que, a lo menos parcialmente, permitiera asignar tales cuotas por la vía de una subasta abierta y competitiva, siguiendo el modelo aceptado en la asignación de otros insumos escasos.

suscribieron un Acuerdo Político Marco Jurídico Técnico, para que el Poder Ejecutivo, ciñéndose a él, elaborara el proyecto de reforma de la Ley de Pesca, que finalmente se concretaría en la ley N°19.080.

⁴⁴ La objeción de constitucionalidad a la que hace referencia, y aquella que pretendió ser salvada con la incorporación del mecanismo de subastas, se consigna en la página N°30 del requerimiento al Excmo. Tribunal Constitucional, presentado con fecha 31 de octubre de 1990 (Causa Rol 115-1990): “B. Se prohíbe la libre apropiabilidad que garantiza la Constitución (...) Los peces y demás recursos hidrobiológicos no son cosas comunes a todos los hombres como lo es, por ejemplo, la alta mar. Los peces tampoco pertenecen ni deben pertenecer a la Nación toda, cual es el caso de los bienes nacionales de uso público. En fin, los peces tampoco se encuentran en las demás disposiciones de la Constitución que contemplan excepciones a la libre apropiabilidad de bienes, por ejemplo, el artículo 19° N°24° inciso 6° de ella. De todo lo anterior resulta que los peces son, sin duda, res *nullius* esto es, bienes que carecen de dueño y cuyo dominio se puede libremente adquirir por su pesca o captura, derecho que la Constitución le asegura a todas las personas son excepción ni discriminación. Por otra parte, cierto es que la ley puede regular el modo de adquirir el dominio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19° N°24° inciso 2° de la Constitución. Pero tampoco cabe duda que esa facultad del legislador no le permite prohibir el acceso al dominio, porque entonces no estaría regulando el modo de adquirir. Así quedó constancia expresa en la sesión N°150° de la Comisión de Estudios de la Constitución. Esta garantía constitucional se transgrede con los artículos del proyecto que fueron señalados en la letra A precedente, porque estos permiten el cierre de la actividad pesquera industrial, e impiden adquirir el dominio de los peces y otros recursos hidrobiológicos a todas las personas que no estaban desarrollando actividades pesqueras industriales antes de la decisión administrativa pertinente. Siendo así que casi todas las pesquerías se declaran plenamente explotadas en el artículo 1° transitorio del proyecto, necesariamente habrá quienes nunca podrán acceder al dominio de tales recursos. Obviamente, el régimen legal en gestación resulta por completo incompatible con la garantía constitucional explicada”.

Así, el artículo 27 de la Ley de Pesca, actualmente vigente, dispuso claramente:

“A iniciativa de la Subsecretaría [de Pesca], en unidades de pesquería sujetas al régimen de plena explotación, por decreto supremo, previo informe técnico de la Subsecretaría y con el acuerdo por una mayoría absoluta de los miembros presentes de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca que corresponda, se podrá autorizar a la Subsecretaría para que adjudique anualmente, mediante pública subasta, el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al cinco por ciento de la cuota global anual de captura. En este caso, la cuota global anual de captura será fijada en el mismo decreto supremo antes señalado.

La subsecretaría adjudicará la fracción subastada por un plazo fijo de diez años, al cabo de los cuales dicha fracción pasará nuevamente a formar parte de la cuota global. La Subsecretaría no podrá subastar más allá del equivalente a capturar el cincuenta por ciento de la cuota anual de captura que se fije para cada unidad de pesquería declarada en régimen de plena explotación.

El reglamento determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de cortes en los derechos por subastar que permitan un adecuado acceso a los armadores medianos y pequeños.

En las unidades de pesquería en que se subaste porcentajes de las cuotas globales anuales de captura, se suspenderá durante el año calendario respectivo, la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca”.

En consecuencia, las características del sistema creado por la Ley N°19.080, al introducir la actual redacción al artículo 27 a la Ley de Pesca –permitiendo el acceso vía subasta en régimen de plena explotación-, pueden resumirse de la siguiente forma:

(i) El régimen de plena explotación se declara por SUBPESCA, previo informe técnico y con aprobación del Consejo Nacional y Zonal de Pesca que corresponda, y permite la fijación de cuotas globales anuales⁴⁵.

(ii) No obstante haberse declarado el régimen de plena explotación, tal declaración no suspende la entrega de nuevos permisos. Sin embargo, excepcionalmente, es posible suspender la entrega de nuevos permisos por el plazo de un año, a iniciativa y previo informe técnico de SUBPESCA y acuerdo del Consejo Nacional y Zonal de Pesca (hipótesis del inciso 2° del artículo 24, que se analiza en más detalle a continuación).

⁴⁵ El N°21 del artículo 2° de la Ley de Pesca define al estado de plena explotación, como: “[A]quella situación en que la pesquería llega a un nivel de explotación tal que, con la captura de las unidades extractivas autorizadas, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie hidrobiológica”. Por su parte, el N°28 de la misma disposición, define al permiso extraordinario de pesca como: “[E]l acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría a través del procedimiento establecido en esta ley faculta a las personas adjudicatarias de cuotas individuales de captura para realizar actividades pesqueras extractivas, por el tiempo de vigencia del permiso, en pesquerías declaradas en los regímenes de plena explotación, o en pesquerías en desarrollo incipiente o en pesquerías en recuperación”. De ahí que la licitación de los derechos de captura a que hace referencia el artículo 27 de la Ley de Pesca, se entiende como un mecanismo de otorgamiento de estos “permisos extraordinarios”, desde que precisamente busca asignar cuotas individuales de captura, de conformidad con la Ley de Cuotas Máximas, en aquellas pesquerías declaradas en régimen de plena explotación.

(iii) Se permite la asignación, mediante pública subasta, de un porcentaje equivalente al 5% de la cuota global de captura, respecto de aquellas unidades de pesquería que se encuentren en régimen de plena explotación.

(iv) Este mecanismo se implementa a iniciativa de SUBPESCA, que requiere al efecto de la anuencia de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca correspondientes, con un quórum de mayoría absoluta de los miembros presentes.

(v) Dicho porcentaje no puede ser anualmente superior al 5% del total de la cuota de captura. En consecuencia, el límite máximo a que puede sujetarse este sistema, al término de diez años, equivale al 50% del total de la cuota global de captura.

(vi) Aquel excedente no subastado –constituido por, a lo menos, el 50% de la cuota global anual- puede ser extraído por los actores *incumbentes* que cuenten con autorizaciones de pesca vigentes en las unidades de pesquería en que dicho mecanismo licitatorio sea aplicado.

(vii) La duración de los permisos extraordinarios es de diez años, lo que es consistente con el límite máximo anual y global de dichos permisos. Y,

(viii) Estos permisos son, en teoría, plenamente transferibles, transmisibles, cedibles o divisibles por sus titulares⁴⁶.

El establecimiento del sistema de subastas y el hecho de que, como regla general, no se suspendiera la entrega de nuevos permisos por la declaración de régimen de plena explotación, junto con la nueva redacción del artículo 24 de la Ley de Pesca que se analiza más adelante (*infra* IV.2.3), fueron elementos esenciales para salvar las objeciones de constitucionalidad que se habían presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional. En efecto, si bien existía consenso respecto de la necesidad de ordenar y administrar la pesca industrial, existía mucha desconfianza de que ello sirviera de pretexto para otorgar privilegios a un pequeño grupo de armadores industriales preexistentes y restringir la entrada de nuevos actores. El artículo 27 vino a salvar esas objeciones.

En este sentido, la relación del H. Diputado Patricio Melero, informante de las Comisiones Unidas de Agricultura, Desarrollo Rural y Marítimo y de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, dio cuenta del espíritu de la Ley N°19.080 y, en consecuencia, del espíritu del actual sistema contemplado en el artículo 27 de la Ley de Pesca:

“Es así como Senadores y Diputados de todos los partidos políticos con representación parlamentaria nos reunimos y se avanzó en lo que se llamó un proyecto de acuerdo marco, respecto de cuáles debían ser los temas básicos de

⁴⁶ El artículo 31 de la Ley de Pesca establece: “La autorización de pesca y el permiso extraordinario de pesca no garantiza a sus titulares la existencia de recurso hidrobiológicos, sino que sólo les permiten, en la forma y con las limitaciones que establece la presente ley, realizar actividad pesqueras extractivas en una unidad de pesquería determinada. El permiso extraordinario de pesca será divisible, transferible una vez al año y transmisible; y podrá ser arrendado y dado en comodato.”

consenso que le dieran una ley de pesca al país. ¿Cuáles eran los puntos de consenso básico que permitirían dar una señal al Poder Ejecutivo y al Legislativo de que estábamos de acuerdo para salir adelante en estos temas centrales y fundamentales, que son la columna vertebral del proyecto ley? Lo relativo al régimen de acceso y a la participación de los consejos regionales, zonales y nacionales de pesca. (...)

¿Qué más dice ahora respecto al régimen de plena explotación? Que existirá libre acceso también, pero que éste –y aquí viene lo interesante- se podrá restringir siempre y cuando, por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de esos consejos regionales, zonales y nacionales de pesca, resuelvan cerrar el acceso a una pesquería de en plena explotación. (...)

Además, dice el acuerdo político que durante la vigencia de este régimen de plena explotación así decretado por los consejos nacionales y zonales, se podrán también establecer cuotas globales anuales de captura, manteniéndose el libre acceso y que esta cuota será propuesta por la Subsecretaría de Pesca con consulta a los consejos zonales y ratificación por el Consejo Nacional. Es decir, también la cuota global es motivo de consultas a los consejos.

Y aquí viene lo más novedoso, lo realmente nuevo del acuerdo político. A diferencia del proyecto anterior, el acuerdo político propone –y lo veremos en el proyecto de ley después- un régimen de subastas, de licitaciones sobre estas pesquerías en plena explotación y sobre dos pesquerías nuevas, que explicaré más adelante, que se llamarán pesquerías en desarrollo incipiente. ¿Qué dice el acuerdo político? Así como hay un marco general y que permite el libre acceso, lo que se busca aquí es salvar el problema constitucional, que siempre haya la posibilidad de que cualquier chileno que así lo desee pueda ejercer la actividad pesquera. Para estos fines propone que esto se haga mediante un sistema de licitación, donde, sobre la base de una cuota global, que fijarán los consejos, se podrá ir licitando hasta un 50 por ciento de esa cuota global de captura, en cortes de un 5 por ciento anual de esa cuota global, hasta llegar a un tope de un 50 por ciento. Esto se dará, dice el acuerdo político, después de un período de tres años en el que no habrá licitaciones y, enseguida, en cortes de un 5 por ciento anual. Es decir, si vamos al caso óptimo, en 13 años más podría estar licitado el 50 por ciento de una cuota global de cualquiera de las pesquerías declaradas en plena explotación. Esto es lo que dice el acuerdo marco respecto de este sistema de acceso”.

Por su parte, en el Senado, el Informe de la Comisión de Pesca y Acuicultura dio cuenta de la opinión del señor Andrés Couve, Subsecretario de Pesca de la época:

“En seguida, el señor Subsecretario expresa que las facultades que se otorgan tanto a la Administración como a los Consejos, de cerrar el acceso en pesquerías declaradas en plena explotación, así como la de establecer cuotas globales anuales de captura, se equilibran con la facultad de franquear el acceso por la vía de la licitación de fracciones de esa cuota, a razón de hasta un 5% anual y de hasta un 50% en total, zanjándose de esta manera el problema constitucional que se atribuía al acceso restringido y respetando los derechos históricos, esto es, los de los que iniciaron la actividad pesquera en Chile”.

No obstante las buenas intenciones antes reseñadas, y tal como se verá más adelante, en la práctica, a pesar de haber transcurrido más de 18 años desde la vigencia del nuevo texto de la Ley de Pesca, las subastas del artículo 27, que tenían por objeto equilibrar los intereses

en conflicto entre *incumbentes* y entrantes, o entre la prevención de la sobreexplotación de los recursos y la garantía de acceso a terceros, nunca se han realizado. Y eso, a pesar de que el inciso 2° del artículo 4° transitorio de La ley de Pesca, sólo otorgó un plazo de *gracia* de 3 años, durante los cuales no se harían subastas.

III.3. La Ley N°19.713 de Cuotas Máximas

III.3.1. *Contenidos básicos de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

Hasta el año 2001, no existía en Chile una ley que estableciera cuotas individuales de pesca por armador. En efecto, como se ha señalado, la Ley de Pesca vigente hasta esa época, cuya evolución hemos descrito someramente, solamente contemplaba cuotas globales de captura eventuales para el conjunto de armadores de una zona.

Pues bien, la efectiva imposición de cuotas globales máximas de captura, si bien apaciguó la presión existente sobre las pesquerías en plena explotación, no terminó con los incentivos derivados de la ausencia de reglas claras de propiedad (sobre todo con la *carrera olímpica*). Debido a los efectos negativos de la *carrera olímpica* (sobreinversión, agotamiento prematuro de la cuota global anual, baja en la calidad de la pesca, entre otros) y dado que se había producido una perceptible disminución de la captura efectiva desde el año 1997 en adelante, en agosto del año 2000, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley –similar a otro proyecto que había sido archivado el año 1998- que sólo cuatro meses después de su presentación al Congreso Nacional, se convertiría en la Ley N°19.713 sobre Límites Máximos de Captura por Armador, de enero de 2001, que hemos denominado la Ley de Cuotas Máximas⁴⁷.

Sin derogar la Ley de Pesca, ni modificar las normas que regían el régimen de plena explotación introducidas por la Ley N°19.080, la Ley de Cuotas Máximas estableció un sistema que determinó cuotas individuales para especificar la asignación a cada armador de la cuota global; nuevo sistema que, en lo que se refiere a las especies pelágicas, asignó directamente la cuota global en las respectivas cuotas individuales, por una combinación de criterios de captura histórica y capacidad instalada (denominada capacidad de bodega corregida), entre los industriales pesqueros que contaban con autorización a esa fecha⁴⁸.

Con ello, esta Ley de Cuotas Máximas asignó la cuota global en cuotas individuales, única y exclusivamente a los operadores preexistentes y –al menos en teoría- relativamente de

⁴⁷ El Límite Máximo de Captura por Armador (LMCA), consiste en una medida de administración que supone distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada a la pesca industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorización de pesca vigente según Resolución de SUBPESCA en el mes de septiembre de cada año.

⁴⁸ El artículo 4° de la Ley de Cuotas Máximas señala en sus dos incisos: “El límite máximo de captura por armador para cada una de las unidades de pesquería a que se refiere el artículo 2° será el resultado de multiplicar el coeficiente de participación relativo por armador, expresado en porcentaje con siete decimales, por la cuota global anual de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas. El coeficiente de participación relativo por armador para las unidades de pesquerías individualizadas en las letras a), c), d), e), f), q) y r) del artículo 2°, será la suma correspondiente al 50% del resultado del cálculo del coeficiente considerando las capturas y del 50% del resultado del cálculo del coeficiente considerando la capacidad de bodega corregida, ambas respecto de las naves con autorización vigente en la unidad de pesquería a la fecha de la resolución a que se refiere el artículo 6°”.

acuerdo a su tamaño de mercado a la fecha de la asignación. Decimos “en teoría” y “relativamente” porque, como se verá más adelante, el criterio de pesca histórica no fue realmente tal, al ser distorsionado en los hechos por el otorgamiento discrecional que hizo SUBPESCA de permisos de investigación a algunos *incumbentes*, en el período de cálculo de la supuesta pesca histórica.

Cabe destacar que el sistema impuesto por esta Ley de Cuotas Máximas incluyó los siguientes elementos adicionales, aún vigentes.

Primero, los criterios de asignación utilizados por la Ley de Cuotas Máximas no tendieron en último término a la eficiencia.

(i) Esto es particularmente cierto en el caso del criterio de capacidad de bodegaje *corregida* que produjo precisamente el efecto contrario a la solución eficiente, desde que premió a quienes habían hecho las mayores sobreinversiones, muchas de ellas inútiles incluso en la calidad de la infraestructura sobre-adquirida. Como si ello fuera poco, el criterio de capacidad de bodega se corrigió multiplicándolo por la longitud del área de la autorización de pesca de cada armador, lo que en su momento implicó un privilegio adicional a quienes tenían autorizaciones para pescar en la VIII Región, que era el área de mayor longitud al momento de entrar en vigencia Ley de Cuotas Máximas. Si bien la aplicación del criterio de capacidad de bodega se justificó en el Mensaje en que, producto de las vedas, el criterio de captura histórica no era completamente aplicable, no se dio ningún motivo de cuál era la lógica que hacía necesaria una corrección de este tipo, que privilegiaba directamente a un grupo de armadores con capacidad excedentaria, asimetrías de información a su favor e infraestructura ociosa, por sobre el resto.

(ii) Tampoco puede decirse que el criterio de captura histórica –segundo criterio de asignación- fuera bien concebido y aplicado.

Primero, ya antes de la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, SUBPESCA había utilizando de modo equívoco los mecanismos de pesca de investigación -los que supuestamente habían sido consagrados con fines no comerciales-, entregándolos a los *incumbentes* para fines comerciales, con lo que había aumentado artificialmente la capacidad de captura de tales *incumbentes*; capacidad de captura sobre cuya base se calcularon luego las capturas *históricas*.

De este hecho da cuenta el recurso de protección (Causa Rol 45 – 1999 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso), presentado el 23 de enero de 1999 contra el Subsecretario de Pesca de la época, por un conjunto de cuatro sociedades pesqueras, entre ellas Lota Protein, por la actuación arbitraria e ilegal de SUBPESCA, consistente en la dictación de la Resolución N°12 de 8 de enero de 1999⁴⁹. El recurso se fundó en que, de acuerdo a la legislación vigente en dicha época, quienes contaban con autorización para pesca extractiva

⁴⁹ Este recurso de protección, más allá de lo acertado de sus fundamentos, debió ser retirado por Lota Protein debido a que la sustanciación del mismo se hacía extremadamente gravosa, atendido el hecho de que paralizaba sus operaciones regulares de pesca.

en régimen de plena explotación, tenían derecho a participar en igualdad de oportunidades en la extracción de la alícuota de cuota global anual, pudiendo además implementarse la licitación de las cuotas individuales de pesca contemplada en el artículo 27 de la Ley de Pesca. Sin embargo, la resolución reclamada instauró una particularísima “pesca de investigación” en las pesquerías de jurel de la zona centro sur (entre la III y X regiones), que consistió básicamente en destinar un volumen mínimo de la cuota global anual fijada para 1999, de 58.560 toneladas, para ser capturado en libre competencia entre las empresas autorizadas, conforme a las reglas vigentes; y en destinar 900.000 toneladas a “pesca de investigación”, asignando a las más grandes empresas *incumbentes* cuotas individuales de pesca para efectos de ese tipo de pesca. Según da cuenta el recurso presentado, la asignación de cuotas por empresas se efectuó en base a criterios desconocidos, que dieron por resultado que un grupo de 10 empresas⁵⁰ tuviera el privilegio de la extracción y comercialización de más de los dos tercios de la captura asignada a la pesca de investigación. Esta situación, que precedió a la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, evidentemente dio por resultado la sobre-representación de la cuota histórica de esas 10 empresas, cuestión que luego la Ley de Cuotas Máximas transformó en privilegio.

Segundo, se determinó que las cuotas fueran adquiridas gratuitamente por los armadores a quienes se les asignaron, sin mediar sistema de subasta ni licitación –sin perjuicio de la vigencia del artículo 27 de la Ley de Pesca, pero que se mantenía inutilizado-. Ello implicó generar una discriminación arbitraria y una barrera de entrada adicional para quienes pretendieran entrar al mercado, los que a diferencia de los asignatarios originales, incluso si existiera un mercado secundario que funcionara, tendrían que pagar el valor de las cuotas (implícita o explícitamente) en circunstancias que los *incumbentes* las habrían recibido a título gratuito.

Tercero, no se creó un sistema de cuotas individuales transferibles propiamente tal, desde que la Ley de Cuotas Máximas no contempló expresamente la posibilidad de transferir tales cuotas de manera autónoma (con prescindencia de la nave a la cual se encuentran adscritas). No obstante lo anterior, éstas sí admitieron cierto grado de transferibilidad a través de la compra y venta de naves a las que las cuotas se encontraran adscritas. Asimismo, según establece el artículo 7° de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas⁵¹, se permitió la cesión temporal del derecho de pesca a otros armadores sometidos a la medida de cuota individual de captura.

Cuarto, las cuotas no se concibieron como personales, sino que se asignaron a una embarcación en particular, con la posibilidad de transferirse en conjunto con la nave a la

⁵⁰ Estas empresas fueron: El Golfo S.A., Pesquera Cazador S.A., Pesquera Alimentos Marinos S.A. (Alimar), Iquique-Guanaye S.A. (actual SPK), San José S.A., Pesquera Itata S.A., Pesquera Landes S.A., Sociedad Pesquera Bío Bío S.A., Pesquera Nacional S.A., Pesquera Camanchaca S.A.

⁵¹ Dicha norma señala: “Una vez publicado el decreto que establece el límite máximo de captura por armador, los armadores podrán optar por someterse a esta medida de administración conjuntamente con otros armadores que se encuentren bajo la aplicación de la misma medida. El grupo de armadores que opte por esta modalidad deberá manifestar su voluntad por escrito a la Subsecretaría, dentro del plazo de 10 días corridos contados desde la fecha de publicación del decreto respectivo. La Subsecretaría dictará una resolución dentro de los 5 días siguientes reconociendo la participación conjunta de los grupos de armadores y el límite máximo de captura que le corresponda a cada uno de ellos. El ejercicio de esta opción es irrevocable”.

cual se encontraran adscritas. En caso de que un armador decidiera retirar su nave, sin embargo, en virtud de lo prescrito en el artículo 9⁵², adquiriría un certificado para los efectos de calcular su cuota.

III.3.2. *Críticas al proyecto de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas*

Este proyecto, como es de imaginarse, produjo numerosas críticas durante su rápida tramitación, especialmente por la falta de claridad acerca de la justicia del mecanismo de asignación de cuotas que implicaba; por el hecho que se traducía en una asignación de cuotas directas a los *incumbentes* de mayor tamaño; y por la circunstancia de que no contemplaba mecanismos de licitación para efectos de la asignación de las cuotas individuales que maximizaran los beneficios del Estado. Sin embargo, la supuesta vigencia de dos años por la cual se dictó la Ley de Cuotas Máximas –y la urgencia con que se tramitó–, hizo que se le percibiera como un mal menor, remediable al término de esa supuesta vigencia de dos años.

A modo de ejemplo el H. Diputado Navarro señaló:

“Tenemos la cuota por grupos con una distribución claramente identificada: una cuota que establece un grupo de los grandes promotores de la ley, un grupo intermedio y también el de la pequeña y mediana empresa, todas con nombre y apellidos. Además, cuando se hace esta asignación y se calcula la cuota de distribución, no ocurre lo planteado por los colegas de la Derecha: que es el premio a la eficiencia y a la competencia, que es la operación del mercado; porque la asignación por área de pesca premia a la bodega obsoleta y a los barcos que no pescaron porque estuvieron guardados; por lo tanto, no hubo inversión. Sin embargo, se castiga a aquellos que invirtieron, tuvieron una flota ágil y fueron eficientes en la pesca. Se premia al que durante años obtuvo cuotas de manera progresiva; pero se castiga al eficiente, que tenía barcos pequeños pero altamente operativos. Aquí hay una distribución interesada, con nombres y apellidos, porque se entrega una gran cuota a los que tenían carcasas de barco, sin actividad, que no generaban pesca; por lo tanto, tampoco empleo”.⁵³

En una línea similar, el H. Senador Foxley señaló:

⁵² En sus primeros tres incisos, la mencionada disposición prescribe: “Los armadores a los cuales les sea aplicable el límite máximo de captura podrán optar por excluir una o más de sus naves de la actividad pesquera extractiva. Esta opción deberá ser ejercida, durante la vigencia de esta ley, por escritura en que se individualice la nave y se exprese la voluntad del armador de acogerse a lo dispuesto en este artículo. Las naves respecto de las cuales se ejerza la opción quedarán permanente e irrevocablemente excluidas de la actividad pesquera extractiva, aun cuando con posterioridad sean enajenadas o pasen a cualquier título a la posesión o tenencia de terceros, a menos que estas naves sustituyan a otra u otras naves en conformidad con el respectivo Reglamento. La escritura pública a que alude el inciso anterior, produce de pleno derecho el término de todas las autorizaciones de pesca vigentes a la fecha de su suscripción por el armador. Presentada ante la Subsecretaría de Pesca, ésta emitirá en beneficio del armador un certificado en que se indiquen las características náuticas de la nave, y otro con el registro de su historial de captura respecto de las especies y unidades de pesquerías autorizadas al armador bajo el régimen de plena explotación, así como la capacidad de bodega corregida de cada nave. Para el solo efecto del cálculo del límite máximo de captura por armador o cualquier otro mecanismo eventual de asignación de límites máximos, dichos certificados permitirán al armador que las circunstancias en ellos expresadas sean consideradas tal y como si se encontraran en posesión de la nave o naves. Los certificados serán enajenables”.

⁵³ Historia de la ley 19.713 p. 105. Discusión en Sala, Cámara de Diputados. Legislatura 343. Sesión 22. Fecha 05 de diciembre de 2000.

“En primer término, es importante que la ley en proyecto **no se entienda como una consagración del status quo** en lo referente a cuotas de pesca. En este aspecto **debe recogerse la idea de la licitación de cuotas gradualmente transferibles a través del tiempo, de tal manera que a futuro haya cierto libre acceso al sector y éste quede abierto a la competencia**”.⁵⁴

Y el H. Diputado Elgueta expuso, en el mismo sentido:

“Como se dijo en la discusión general del proyecto, en la ley vigente se estableció un sistema de licitación que duraría diez años, pero como tiene un valor para las empresas, éstas no están dispuestas a pagar y, al contrario, quieren que se les asignen cuotas mediante ciertos parámetros históricos, y esto, desde el punto de vista doctrinario, constitucional y académico, me parece un argumento inadmisibles”.⁵⁵

No es de extrañar entonces que la propia Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), con ocasión de una modificación que se pretendió hacer a Ley de Cuotas Máximas el año 2001, tuviera una opinión crítica respecto del mecanismo de asignación de la cuota global en cuotas individuales –por captura histórica y capacidad instalada de bodega *corregida*-, establecido en dicho cuerpo normativo, asimilándola a un verdadero reparto de cuotas de mercado en los términos del antiguo artículo 2° y actual artículo 3° del DL 211.

En efecto, por medio de Oficio Ordinario N°971 de 9 de noviembre de 2001, la FNE informó al Congreso:

“1. Es evidente que la Ley N°19.713, al asignar, a los armadores autorizados para desarrollar actividades pesqueras extractivas, cuotas de captura para cada unidad de pesquería, en las distintas Regiones del país, distribuyendo entre ellos, anualmente, la cuota global asignada a ese sector industrial, **estableció una figura asimilable al reparto de cuotas de producción a que se refiere el artículo 2°, letra a) del Decreto Ley N° 211 y, por tanto, un claro límite a la libre competencia en los respectivos mercados.**

2. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 4° del mismo Decreto Ley permite que, mediante decreto supremo fundado, previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, se autorice dicho tipo de actos, ‘siempre que el interés nacional lo exija’ y en consideración a que ellos sean necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales. Si tal autorización se puede otorgar mediante un decreto supremo, con mayor razón una ley de la República puede establecer normas que impliquen la configuración de una situación como la descrita en el artículo 2° del D.L. N°211 (...)

8. La circunstancia de que, como ocurre en este caso, **la aplicación de la ley puede conducir a una situación inconveniente**, aconseja también que, de mantenerse una política de protección de los recursos pesqueros, mediante la fijación de una cuota global anual asignada al respectivo sector industrial, la cual se justifica por razones de interés general, **se debiera cuidar que la aplicación del sistema de distribución de dicha cuota global, que no dice relación con el cuidado del patrimonio pesquero sino con un reparto del mercado, no produzca una restricción severa de la libre competencia.** En el futuro, debiera aplicarse un sistema de distribución

⁵⁴ Historia de la ley 19.713 p. 291. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 343. Sesión 21. Fecha 09 de enero de 2001.

⁵⁵ Historia de la ley 19.713 p. 393. Discusión en Sala Cámara de Diputados. Legislatura 343. Sesión 37. Fecha 17 de enero de 2001.

no solamente basado en antecedentes meramente históricos que se consolidan en virtud de tal aplicación, como ocurre en la actualidad, sino que también considere otros factores, como son, por ejemplo, la evolución de los mercados de destino, los avances tecnológicos y las mejoras en la organización productiva y comercial de los actores existentes y potenciales, que redunden en una **disminución de las barreras de entrada a futuro y en la creación de condiciones de mayor competitividad, incorporando algún mecanismo de competición, licitación u otro, que contemple criterios relacionados con el valor de mercado en la asignación de las cuotas de captura**”.

En este contexto, y no obstante que la Ley de Cuotas Máximas supuestamente tendría un carácter transitorio y temporal de sólo dos años⁵⁶ –lo que ciertamente fue un factor decisivo para su aprobación, a pesar de las importantes objeciones de fondo que se hicieron presentes-, con fecha 20 de noviembre de 2002, el Poder Ejecutivo envió un proyecto para prorrogar su vigencia hasta completar los diez años.

Dicho último proyecto fue aprobado en un tiempo aun más breve y sin profundidad en el debate, siendo publicado en diciembre de 2002 como la Ley N°19.849. No fueron menores las críticas a este proyecto, especialmente por parte de algunos H. Diputados que manifestaron su molestia por la premura con que había sido presentado y la consecuente imposibilidad de analizar pormenorizadamente sus artículos, además de vaticinar que la aprobación de éste sepultaría la transformación más profunda de la Ley de Pesca que se encontraba en discusión en ese momento en el Senado.

A modo de ejemplo, el H. Diputado Fidel Espinoza, en la sesión N°27 de 21 de noviembre de 2002, señaló:

“Cuando el Presidente de la República formuló la idea de asumir la llamada agenda pro crecimiento del empresariado chileno, planteó que ella contenía un capítulo pesquero que se tradujo en la reforma a la ley general de Pesca y Acuicultura, que hoy se tramita en el Senado.

Entiendo que en la Comisión respectiva de esa Corporación se ha hecho un trabajo serio, con el debido tiempo para enfrentar un tema de alta complejidad como éste. Por eso, muchos diputados nos hemos sorprendido con esta forma de legislar, y que no respeta los tiempos ni la dignidad de ambas corporaciones. (Ello, motivado, al parecer, por el lobby del gran empresariado pesquero, inquieto por los avances que pudieran registrarse en el Congreso Nacional, en orden a otorgar mayor transparencia en la asignación de los recursos, en la gestión del sector y en los deberes, obligaciones y derechos de los distintos actores del sistema pesquero, público y privado).

Estimo que la aprobación de un plazo de diez años es una lápida al proyecto que se tramita en el Senado. Aprobar la idea de legislar por diez años implica que, en definitiva, sufrirá la misma suerte que otros proyectos que afectan intereses económicos y que duermen el sueño de los justos en los archivos de ambas corporaciones, producto de las presiones ejercidas por esos intereses (...)

⁵⁶ Vid., a modo de ejemplo, la intervención del H. Senador señor Bitar, con ocasión de la discusión de la Ley de Cuotas Máximas: “[E]l tercer tema es el concerniente a la transitoriedad. **Y debo admitir que es el que más me preocupa, porque, como ya lo han señalado otros señores Senadores, aquí pueden existir presiones para dilatar el proceso más allá de los dos años,** con lo cual en la práctica estaríamos entregando gratuitamente a una empresa derechos sobre recursos que son de todos los chilenos, sin mediar siquiera licitación. En mi opinión, esta situación no puede darse bajo ninguna circunstancia”. Discusión en sala del Senado.

Por eso nos parece curioso que, de parte del gran empresariado pesquero, se rechace la utilización de mecanismos de mercado que garanticen el acceso transparente, equitativo y libre al recurso. Más nos llama la atención que ese reclamo sea amparado por el Ejecutivo. Estupefacción nos produce el ver que esos mecanismos están previstos en la actual Ley de Pesca y Acuicultura, pero que han sido bloqueados por esos mismos empresarios, y el Ejecutivo no ha tenido la voluntad política para echar atrás ese mecanismo.

Para este diputado es importante sostener el principio de que el que usa, paga, y, por otra parte, optimizar la asignación del recurso pesquero. Esos mecanismos se presentan en las normas recogidas en la ley general de Pesca y Acuicultura, que contempla la subasta de cuotas en los regímenes de desarrollo incipiente y de recuperación. Un mecanismo como éste permitiría traer recursos frescos para el desarrollo pesquero y marítimo del país, para la investigación científica, tecnológica y socioeconómica, necesaria para ese desarrollo, todas aspiraciones permanentes de la comunidad nacional.”

III.3.3. Experiencia posterior a la dictación de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas

Las palabras antes citadas sorprenden hoy por su perspicacia.

El sistema de asignación contemplado en Ley de Cuotas Máximas, que distribuyó la cuota global en cuotas individuales de pesca directamente a los *incumbentes*, en base a criterios de captura histórica y capacidad de bodega *corregida*, tendría teóricamente algún contrapeso en la aplicación del sistema de subastas sobre el 5% del conjunto de las cuotas, del artículo 27, el que permitiría la renovación progresiva y parcial de las cuotas individuales asignadas.

Ello sin embargo no sucedió en los hechos, con lo que el mecanismo de la Ley de Cuotas Máximas terminó beneficiando doblemente a los actores de mayor tamaño y de mayor capacidad instalada, en desmedro de los armadores más pequeños y muchas veces más eficientes. Los benefició por la vía de entregarles directamente, y sin pago ni licitación alguna, un bien escaso y valioso como las cuotas de pesca; y los benefició más aun en los hechos, por la vía de la inactividad de SUBPESCA que no dio uso al único mecanismo de contrapeso contemplado en la Ley de Pesca (artículo 27) para hacer dar espacio a la entrada de competidores respecto de aquellos beneficiados por las cuotas.

En efecto, a casi una década de la publicación de la Ley de Cuotas Máximas, y casi dos décadas desde la modificación de la Ley de Pesca por la Ley N°19.080, sigue sin aplicarse el mecanismo de subastas de cuotas individuales que debía garantizar la entrada de nuevos actores en este mercado.

De hecho, en el marco de la discusión de un conjunto de proyectos de ley posteriores al de la Ley de Cuotas Máximas, diversos parlamentarios manifestaron su perplejidad y disconformidad con el hecho de que se hubiera sistemáticamente omitido por la autoridad la aplicación del mecanismo de subastas previsto en el artículo 27 de la Ley de Pesca- El siguiente extracto lo deja en evidencia:

“El H. Senador Horvath: Inició su intervención solicitando a la Subsecretaría de Pesca informar al tenor de los siguientes puntos: (...)”

2. Se expliquen las razones por las cuales no se ha aplicado la norma que faculta a la autoridad para adjudicar anualmente, en el régimen de plena explotación, el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al 5% de la cuota global anual de captura, hasta llegar a un máximo del 50% de dicha cuota en el término de diez años.

El Subsecretario de Pesca, señor Juan Manuel Cruz: Por lo que hace al segundo punto en consulta por el señor Senador manifestó que el sistema de licitación, en la ley actual, es difícil de aplicar pues la determinación de la cuota licitable requiere de la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional y previa consulta al Consejo Zonal que corresponda. Además, la experiencia en otros países ha demostrado que una pequeña fracción de la flota se destina a la cuota licitable y el resto ataca la cuota global lo que genera la carrera olímpica que ha producido los efectos negativos que se han señalado en estos debates”⁵⁷.

Esta confesión del señor Subsecretario de la época es la muestra más evidente de lo que hasta aquí se ha venido señalando. Es decir, el propio regulador sectorial declaraba que el artículo 27 de la Ley de Pesca no era objeto de aplicación práctica, debido a la oposición de los Consejos de Pesca.

En suma, dadas sus importantes implicancias para la libre competencia, la existencia del sistema de cuotas individuales establecido por la Ley de Cuotas Máximas debió coexistir – como era el espíritu del legislador- con un mecanismo efectivo que permitiera resguardar la entrada al mercado en lo sucesivo y materializar en ese aspecto la garantía del artículo 19 N°23 de la Constitución Política de la República referida a la garantía de acceso a toda clase de bienes y, de la misma manera, la libre competencia.

Es por lo anterior que, a consecuencia del debate legislativo que se produjo en la materia, el legislador mantuvo un sistema anual de subastas públicas de permisos extraordinarios que la Ley de Pesca de la fecha consagraba en su artículo 27 (el que persiste por lo demás como artículo 27 de la sistematizada Ley de Pesca). Como se señaló, la intención de mantener el régimen de subastas como un contrapeso a las distorsiones provocadas por el criterio de asignación de cuotas según pesca histórica y capacidad de bodegaje *corregida*, previsto en la Ley N°19.713, quedó revelado en la Historia Fidedigna del Establecimiento de la propia Ley de Cuotas Máximas, así como de las opiniones que, en su oportunidad, manifestó la FNE a este respecto.

La Ley de Cuotas Máximas no derogó⁵⁸ el sistema de régimen de plena explotación establecido en la Ley de Pesca, por lo que, durante toda su vigencia, el sistema de subastas y permisos especiales establecido en sus artículos es y seguirá siendo íntegramente aplicable, a pesar del inexplicable silencio que el regulador pesquero ha mantenido a este

⁵⁷ Proyecto de Ley Boletín N°2274-03, que establece régimen especial de pesca (archivado el año 2000). Cuenta de Primer Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura ante la Sala del Senado. 19 de mayo de 1999.

⁵⁸ En su artículo 21, la Ley de Cuotas Máximas señala: “La regulación establecida en esta ley no altera la aplicación de la Ley General de Pesca y Acuicultura, contenida en el decreto supremo N°430, de 1991, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción [actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo] y sus modificaciones, en todo aquello en que la modifica expresamente”.

respecto. Silencio que continúa, aun cuando actores como Lota Protein, le exigen su aplicación efectiva, como una forma eficiente y eficaz de equilibrar la asignación directa de cuotas que a los *incumbentes* hizo la Ley de Cuotas Máximas.

En palabras del anterior Senador Ruiz De Giorgio, a pesar de que el sistema de subastas sigue vigente, es como si el mismo hubiese sido derogado en los hechos, por la activa oposición de los *incumbentes* del sector pesquero industrial:

“Se dictó por dos años la ley N° 19.713, que entregó cuotas individuales a los industriales pesqueros que actuaban en el sector el año 2000. Luego, antes de que expirara su vigencia, se promulgó la ley N° 19.849, que asignó a los empresarios industriales cuotas individuales por diez años, los que sumados a los dos anteriores significan doce años de un beneficio exclusivo. En la práctica, es como si se hubieran derogado los artículos 27 y siguientes de la ley actual, que permiten la licitación anual de parte de la cuota global de una pesquería declarada en plena explotación, articulado que nunca ha operado por la oposición del sector industrial (...)”⁵⁹.

No es entonces sorprendente que, a poco más de dos años del término de la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas, que ha de producirse en el año 2012, la Sociedad Nacional de Pesca A.G. (“SONAPESCA”) y la Asociación de Industriales Pesqueros A.G. (“ASIPE”), entidades que agrupan a los principales armadores que se vieron beneficiados por esta Ley de Cuotas Máximas, originalmente transitoria y temporal, ya hayan levantado la voz llamando a la perpetuación de la misma, como se explica más adelante.

IV.

Infracciones al DL 211 derivadas del diseño y/o aplicación de la normativa vigente de pesca industrial, en lo referido a la asignación de cuotas individuales y a la negativa a abrir el acceso a dichas cuotas. Los casos de los artículos 24 y 27 de la Ley de Pesca y el actuar de los Consejos de Pesca

IV.1. Aspectos generales

Hasta aquí se ha descrito la evolución que ha tenido la regulación de la pesca industrial en Chile, para los efectos que interesan a esta Consulta. Asimismo, se ha adelantado que la Ley de Cuotas Máximas fue concebida como una solución transitoria, la que debidamente contrapesada mediante el sistema de subastas previsto en el artículo 27 de la Ley de Pesca, no provocaría impactos graves en el funcionamiento y estructura competitiva de este mercado.

Si bien Lota Protein se opuso en su momento al proyecto de ley que se convertiría en la Ley de Cuotas Máximas, prefiriendo abiertamente el control de esfuerzo pesquero por sobre la imposición de cuotas individuales de pesca como método de regulación, ello no

⁵⁹ Proyecto de Ley Boletín N°3222-03, que modifica la Ley general de Pesca y Acuicultura, con el objeto de perfeccionar la regulación del sector (Ley larga de Pesca, sin tramitación actual). Discusión general, Legislatura 348ª, extraordinaria, Sesión Ordinaria 51ª.

obsta a que compartiera el objetivo de la Ley de Cuotas Máximas de poner término al fenómeno de la *carrera olímpica*, inherente a los recursos comunes sin regulación de acceso, que amenazaba la sobrevivencia de los recursos pesqueros. Por ello, si bien en un momento fue partidaria de utilizar métodos de regulación diversos —básicamente el denominado *control de esfuerzo*, mediante cualquiera de sus métodos (control de los días o tiempo de pesca, control del número de embarcaciones en faena, o cierres de temporadas de captura)-, finalmente, ante la inminencia de la regulación por cuotas individuales, aceptó este mecanismo como un medio viable para enfrentar los problemas derivados de la sobreexplotación y la *carrera olímpica*, aunque siempre bajo el entendido de que la Ley de Cuotas Máximas duraría dos años, y que la adopción definitiva de un sistema de cuotas individuales implicaría la asignación de éstas mediante pública subasta y no por concesión graciosa, y que, adicionalmente, se respetaría por la autoridad el mandato de renovación parcial de acceso, vía subastas, contenido en el artículo 27 de la Ley de Pesca.

Sin embargo, la perpetuación de la Ley de Cuotas Máximas por 10 años, mediante la Ley N°19.849, sin haberse utilizado un mecanismo eficaz de competencia *por la cancha* para la asignación de las cuotas individuales esta vez por un plazo largo; la falta de un adecuado contrapeso a las distorsiones que dicho mecanismo de asignación de cuotas necesariamente generó en lo referido a las posibilidades de entrada al mercado, producto de la omisión de SUBPESCA de aplicar el sistema de subastas del artículo 27 de la Ley de Pesca y en dictar el Reglamento a que dicha disposición hace referencia; la actuación de los Consejos de Pesca que, en conjunto con SUBPESCA, han procedido a utilizar de modo abusivo una potestad excepcional como la consagrada en el inciso 2° del artículo 24 de la Ley de Pesca, como se verá; y, finalmente, los propios Consejos de Pesca como instancias de perpetuación de barreras de entrada por parte de los actores *incumbentes* de mayor tamaño, así como los riesgos que presentan en términos de captura del regulador, han generado relevantes consecuencias para la libre competencia y la infracción al DL 211.

Tales consecuencias se demuestran en la progresiva concentración del mercado; su nula *desafiabilidad* que impide un *disciplinamiento* competitivo de los actores preexistentes; y, la ausencia de un mercado secundario real y transparente en que se transen las cuotas de captura. Todo ello se analiza en las siguientes secciones.

IV.2. Omisión por parte de SUBPESCA de aplicar el sistema de subastas vigente y dictar el Reglamento. Aplicación errónea y abusiva del artículo 24, inciso 2° de la Ley de Pesca. La actuación de los Consejos de Pesca y el problema que representan para la libre competencia

IV.2.1. La importancia del artículo 27 de la Ley de Pesca en relación con las pesquerías sometidas al régimen de plena explotación

Como se ha venido señalando, en virtud de la dictación de la Ley de Cuotas Máximas y su prórroga por la Ley N°19.849, se estableció para un grupo de pesquerías declaradas en estado de plena explotación, un sistema de cuotas individuales máximas transferibles. El sistema de asignación se vinculó a la pesca histórica y capacidad instalada de cada armador

(bodega *corregida*), y por medio de su aplicación se distribuyeron los recursos contenidos en la cuota global hasta el año 2012.

La implementación de las cuotas asignadas según el criterio histórico de la Ley de Cuotas Máximas benefició a los mayores actores presentes en el mercado (*incumbentes*), quienes recibieron de modo gratuito las principales cuotas de pesca, aumentando su capacidad financiera y asegurando su posición de mercado. Esto fue más grave en relación con la capacidad de bodegaje *corregida*, desde que la misma benefició una sobreinversión que, en muchos casos, contempló un premio por parte del legislador a infraestructura inútil, puesto que permitió nominalmente sumarla como capacidad instalada, favoreciendo a quienes contaban, a la fecha, con activos inutilizados y/o con información respecto de los criterios que dicha Ley iba a considerar para efectos del cálculo de las cuotas pesqueras.

No obstante lo anterior, la Ley de Cuotas Máximas reconocía un contrapeso a lo anterior, al mantener el artículo 27 de la Ley de Pesca; disposición que, por medio de las subastas, permitiría posibilitar el ingreso (o amenaza de ingreso) de nuevos actores al mercado y/o el crecimiento de actores presentes en la industria, pero que contaban con menores derechos de captura que les entregaban una escala insuficiente. De esta forma, las distorsiones que suponía el criterio de captura histórica pero, muy especialmente, de capacidad instalada *corregida*, se verían a lo menos parcialmente atenuados.

Como se ha señalado, el artículo 27 de la Ley de Pesca permitió la adjudicación, a través de pública subasta, del derecho de capturar anualmente hasta un cinco por ciento de la cuota anual por diez años, transcurridos los cuales el porcentaje volvería a distribuirse de acuerdo al sistema por el que se rigiera la pesquería a ese momento, o a reasignarse por medio de subasta. Lo anterior dio cuenta de que el diseño de las subastas buscaba que las cuotas que por medio de este sistema se asignaran, se sustrajeran del sistema de cuota global, conforme lo indica su inciso segundo:

“La Subsecretaría adjudicará la fracción subastada por un plazo fijo de diez años, al cabo de los cuales dicha fracción pasará nuevamente a formar parte de la cuota global. La Subsecretaría no podrá subastar más allá del equivalente a capturar el cincuenta por ciento de la cuota de captura que se fije para cada unidad de pesquería declarada en régimen de plena explotación”.

En consecuencia, toda pesquería sometida al *Régimen de Plena Explotación* —esto es, tanto aquella contemplada en la Ley de Cuotas Máximas, como la que no se consideró en ella⁶⁰ y que se rige exclusivamente por la Ley de Pesca— podría ser objeto de las subastas contempladas en el artículo 27 de la Ley de Pesca.

Cabe destacar que el impacto de la aplicación de las subastas, en aquellas pesquerías sometidas a la Ley de Cuotas Máximas, sería lo suficientemente moderado como para no afectar competitivamente de manera relevante a empresas con capacidad de captura ya instalada en atención a la citada Ley. En efecto, considerando el bajo porcentaje que se podría licitar anualmente (sólo el cinco por ciento de la cuota global anual), las inversiones

⁶⁰ Ejemplos de estas pesquerías son la del Alfonsino, Besugo, Raya Volantín y Bacalao.

de los *incumbentes* afectados por esa reducción podrían perfectamente ser readecuadas de manera paulatina. Tal es el espíritu de la Ley de Pesca.

Es opinión de Lota Protein que, en un mercado que se encuentra prácticamente cerrado para el ingreso de nuevos operadores, la implementación de las herramientas legales existentes que aumenten la transparencia y contestabilidad de tal mercado, debe ser una actuación prioritaria en la labor de la autoridad sectorial, desde la perspectiva de la normativa del DL 211.

A la luz de los hechos, la aplicación del mecanismo de subastas del artículo 27 de la Ley de Pesca no sólo parece ser necesario, sino que es impostergable en relación con las pesquerías sujetas al sistema de límite máximo de captura por armador, pues se configura como la vía para permitir el ingreso de nuevos operadores –o el fortalecimiento de la competencia actual los actores pequeños ya instalados–, en vista de que la forma de distribución de la cuota anual se encuentra inalterada desde el año 2001, fecha en que se dictó la Ley de Cuotas Máximas, y a que el funcionamiento real de un mercado secundario es inexistente, como se verá en la sección V de esta Consulta.

En suma, en el caso de las pesquerías que se mantienen limitadas sólo por la cuota anual, la implementación de las subastas contribuiría a la ordenación de la explotación, de modo tal de racionalizar la actividad, hacerla más eficiente y disminuir, al menos parcialmente, los efectos de la *carrera olímpica*. Para el caso de las pesquerías sujetas a la Ley de Cuotas Máximas, donde las cuotas individuales de pesca asignadas corresponden a derechos de uso privativos otorgados por el Estado, que se configuran como insumos esenciales y escasos para el desarrollo de la actividad económica extractiva, su adecuada distribución por medio de subastas correctamente diseñadas es imprescindible para el buen funcionamiento del mercado, con el objeto de terminar con las barreras regulatorias –hasta ahora infranqueables– existentes en materia de pesca industrial. Como se ha señalado, la implementación de las subastas cumple además con el importante objetivo de transparentar el valor de las cuotas de pesca, pudiendo éstas actuar como *señaladoras* de precio.

IV.2.2. Las omisiones de SUBPESCA

Sin embargo, pese a estar plenamente vigente desde el año 1991, el sistema de subastas establecido por la Ley de Pesca –que, como se ha visto, cuenta con pleno respaldo en la teoría económica– jamás ha sido puesto en práctica en nuestro país, pese a la solicitud expresa de legisladores, la FNE y, en último término, de la propia Lota Protein. En efecto:

(i) SUBPESCA no ha realizado acción alguna tendiente a convocar subastas de esta naturaleza, lo que lleva a que el artículo 27 de la Ley de Pesca, en su actual redacción, no haya sido aplicado por el regulador en casi dos décadas, con graves consecuencias para la libre competencia. Como se ha señalado, tal cuestión no ha pasado desapercibida por el

Congreso Nacional, como lo demuestran las expresiones de los H. Senadores señores Arancibia y Larraín⁶¹:

“Al respecto, o se hace justicia a todos los sectores de la pesca, o se realiza aquélla en los términos de la legislación actual, sobre la base del cinco por ciento de la cuota global anual de captura, posibilidad que no se ha usado nunca. Empecemos a usarla. Y de esa manera durante diez años brindaremos movilidad y, probablemente, cambiaremos las posibilidades de propiedad a 50 por ciento de las pesquerías asignadas con el límite máximo de captura. Hagámoslo. Pero no digamos que no existe licitación”.

“No obstante, que el proyecto asigne dichas cuotas por quince años prorrogables plantea una inquietud no menor y que, a mi entender, debería considerarse. Porque si bien es correcto dar estabilidad en el tiempo a los derechos, tratándose de algo que se cierra no parece razonable, a menos que la subasta pública del 5 por ciento de la cuota anual sea realidad. Y eso podría incorporarse como elemento de regulación, si se aplicara; porque, a pesar de que existe, no se ha utilizado. Por lo tanto, queda la sensación de que se está cerrando el acceso en beneficio de determinado grupo de industriales pesqueros. Me parece más transparente el mecanismo que se está sugiriendo -por las razones que señalé, por lo que mucho se ha discutido y por lo que han planteado otros Senadores-, pero regulado cuando sea necesario, no en forma sistemática, con la posibilidad abierta de la subasta pública del 5 por ciento, herramienta que no ha sido usada”.

(ii) Vinculado a lo anterior, el Reglamento al que hace referencia la disposición señalada —y que es necesario para definir el procedimiento con arreglo a los cuales dichas subastas deben ser efectuadas— no ha sido dictado por SUBPESCA en un período de más de 18 años, en circunstancias que el legislador le entregó un específico mandato a ese respecto.

Ello, a pesar de que desde el Congreso Nacional, esta omisión no ha dejado de causar sorpresa:

“En verdad la Subsecretaría de Pesca nunca estableció el reglamento que permitiera realizar tal licitación. Por lo tanto, jamás se han licitado cuotas en pesquerías declaradas en plena explotación”⁶².

Con ello, la autoridad no ha dado aplicación al único mecanismo previsto en la Ley para relativizar los efectos de las barreras de entrada regulatorias existentes respecto del mercado de pesca industrial.

IV.2.3. El caso del artículo 24 de la Ley de Pesca como una nueva forma de cierre de mercado

⁶¹ H. Senador señor Arancibia y H. Senador señor Larraín, respectivamente, Proyecto de Ley Boletín N°2970-03, que modifica la Ley general de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a principios de conservación, medidas de administración, planes de manejo, desconcentración funcional, límite máximo de captura por armador, pesca artesanal e institucionalidad del sector pesquero (archivado el año 2003). Informe de la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura. 12 de agosto de 2002. En el mismo sentido e idéntica oportunidad se pronunció el H. Senador señor Larraín:

⁶² H. Senador señor Ruiz de Giorgio. Proyecto de Ley Boletín N°2777-03, actual Ley N°19.822. Sesión ordinaria de 23 de enero de 2002.

Una segunda distorsión en que ha incurrido SUBPESCA, con efectos de cierre de mercado, se ha producido por la forma en que esa autoridad ha dado aplicación al régimen establecido en el artículo 24 de la Ley de Pesca.

El artículo 24 de la Ley de Pesca dispone:

“Durante la vigencia del régimen de plena explotación, la Subsecretaría seguirá otorgando autorizaciones de pesca a los armadores pesqueros que soliciten ingresar nuevas naves a ella.

No obstante, a iniciativa y previo informe técnico de la Subsecretaría y con el acuerdo de los dos tercios de los miembros en ejercicio de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca que corresponda, por decreto supremo, podrá suspenderse, por el plazo de un año, la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca”.

La suspensión en el otorgamiento de autorizaciones se consagra con un carácter transitorio y excepcional en la Ley de Pesca, siendo claro de la lectura de la norma que su duración en caso alguno puede exceder de un año. Esta afirmación se ve reforzada desde la mirada constitucional, puesto que tales suspensiones suponen una limitación total a las garantías de libre ejercicio de una actividad económica lícita (artículo 19 N°21), de no discriminación arbitraria en materia económica (artículo 19 N° 22) y de libertad de adquisición de toda clase de bienes (artículo 19 N°23). En consecuencia, ellas no pueden constituirse en una situación prolongada y menos permanente en el tiempo, ni en una restricción mayor a la contemplada en la ley, a pesar de que, en los hechos, así ha sucedido.

De hecho, la circunstancia de estar limitada esa suspensión a un año fue otra de las exigencias que se impuso en el marco de la discusión de la Ley de Pesca para salvar las objeciones de constitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional a que hemos hecho referencia *supra* (sección III.2). En efecto, el mencionado artículo 24 de la Ley de Pesca tuvo su origen en un acuerdo adoptado por un grupo de H. Senadores, el 16 de enero de 1991, que permitió la aprobación de la Ley de Pesca (mismo acuerdo que dio origen al artículo 27 que se ha examinado en III.2. anterior). En dicho acuerdo, que da cuenta del espíritu con el que se adoptó, se expresó:

“Existirá una régimen de plena explotación en el cual subsistirá el libre acceso, salvo que el Consejo Zonal de Pesca y el Consejo Nacional de Pesca por 2/3 de sus miembros y a proposición de la Subsecretaría de Pesca determinen su cierre por periodos anuales”.

El espíritu de mantener el acceso abierto, a que se refirió esa redacción del inciso 1° del artículo 24, fue precisamente el de salvar objeciones de constitucionalidad de la norma, pues un cierre automático de la pesquería mientras durara el régimen de plena explotación podía entenderse como una vulneración a la Constitución Política, en los términos ya mencionados.

Esta interpretación, que limita la suspensión en el otorgamiento de las autorizaciones a un año, es además la única susceptible de ser considerada adecuada desde la perspectiva de la libre competencia; en caso contrario, se estaría cerrando de modo absoluto el ingreso de nuevos actores a un mercado, sin que exista ninguna fundamentación legal para ello.

Pues bien, es un hecho público y notorio que SUBPESCA, con el consentimiento de los Consejos de Pesca que agrupan a los actores *incumbentes*, ha renovado año a año las suspensiones para nuevas autorizaciones pesqueras a que se refiere el artículo 24 de la Ley de Pesca y que teóricamente habrían de ser excepcionales⁶³.

Así, en la práctica el objetivo de garantizar el libre acceso a las pesquerías se ha convertido en letra muerta. La excepción incorporada por el inciso segundo del artículo 24 de la Ley de Pesca ha pasado a ser la regla general, al renovarse anualmente la suspensión en la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca⁶⁴.

Así, las pesquerías afectas al régimen de plena explotación han estado cerradas, ininterrumpidamente, desde que se encuentran afectas a este régimen, tal como da cuenta el Anexo I de esta presentación.

Queda demostrado entonces cómo las suspensiones para nuevas autorizaciones pesqueras se han efectuado amparándose en una errada y abusiva interpretación del inciso 2° del artículo 24 de la Ley de Pesca –de carácter evidentemente excepcional- en circunstancias que dicha disposición apuntaba a que el estado de plena explotación de las pesquerías no constituyera un obstáculo para el ingreso de nuevos actores.

IV.2.4. El caso de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca. Consecuencias para la estructura y funcionamiento competitivo de este mercado

⁶³ Cabe destacar que el cierre de las autorizaciones de pesca en virtud del artículo 24 de la Ley de Pesca no debiera, en teoría, afectar las pesquerías bajo el régimen de plena explotación sujetas a la aplicación de la Ley de Cuotas Máximas, desde que, como se ha venido diciendo, la única forma de ingresar a esas pesquerías es por medio de las subastas del artículo 27. Por el contrario, tal cierre afecta a las pesquerías que, encontrándose bajo el régimen de plena explotación, no se incorporaron en la Ley de Cuotas Máximas. No obstante lo anterior, se debe tener presente que anualmente SUBPESCA y los Consejos de Pesca cierran la posibilidad de solicitar y obtener permisos de pesca de acuerdo al artículo 24 inciso 2°, y que tales decretos incluyen a todas las pesquerías bajo el régimen de plena explotación. Es decir, en la práctica lo que hacen los Consejos de Pesca también se realiza sobre estas pesquerías, lo que debe llevar a entender que su real intención, aun cuando ello no conlleve efecto práctico (desde que las cuotas ya han sido asignadas en su totalidad bajo el régimen de la Ley de Cuotas Máximas), es difundir un claro mensaje de que no existe posibilidad alguna para explotar los recursos afectos al régimen de plena explotación.

⁶⁴ Iguales reparos se mostraron en el marco del Proyecto de Ley Boletín N°2970-03, que modificaba la Ley general de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a principios de conservación, medidas de administración, planes de manejo, desconcentración funcional, límite máximo de captura por armador, pesca artesanal e institucionalidad del sector pesquero (archivado el año 2003). Dicho proyecto contemplaba la extensión de los derechos actualmente otorgados a los incumbentes. En ese contexto, el H. Senador señor Gazmuri, manifestó, ante la no aplicación del sistema de licitaciones, que: “[L]a iniciativa propuesta presenta dos problemas que hay que ver cómo resolvemos o flexibilizamos. El primero es que cierra el acceso a la industria actualmente establecida. Esto, sin duda, constituye un problema de principios, tanto de orden constitucional y legal como de funcionamiento de la economía. En efecto, a pesar de que se trata de una industria muy regulada, se deben mantener criterios de competencia, porque si alguna ventaja tienen las economías de mercado –precisamente, generan muchos conflictos- es la de que establecen condiciones de competencia. Por lo tanto, ese cierre completo, durante plazos muy largos, solamente a la industria establecida, sin duda, es un problema de principios y, a la vez, práctico. Sé que no es fácil resolverlo, pero, en mi concepto, deberíamos buscar fórmulas para al menos flexibilizar ese excesivo cierre que fija la ley respecto del acceso a un recurso que es de uso general”.

El diseño institucional chileno en materia de regulación pesquera se erige sobre una errada concepción de lo que deben ser las alianzas público-privadas en materia de desarrollo de mercados. Dicho error nace de la confusión entre tales asociaciones para proyectos específicos –o de compromisos auto regulatorios- con la asignación permanente de potestades regulatorias a los propios sujetos regulados, como es el caso de la Ley de Pesca.

Es así como, en virtud de tales potestades, los propios regulados pueden decidir acerca de cuán competitivo será el mercado en que participan. De esta manera, la existencia de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca, consagrados por la Ley de Pesca, suponen un diseño institucional que no sólo otorga una oportunidad de interacción a los actores de la industria, sino que además les entrega una herramienta eficaz para imponer sus objetivos, a través de un verdadero derecho a veto que tienen respecto de las medidas que deben tomarse con su consentimiento, como son precisamente la suspensión de nuevos permisos al amparo del artículo 24 de la Ley de Pesca, y el llamado a subasta contemplado en el artículo 27 del mismo estatuto legal.

En relación al Consejo Nacional de Pesca, el artículo 145 de la Ley de Pesca señala, en su inciso 1°:

“Créase un organismo, denominado Consejo Nacional de Pesca, que contribuirá a hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero en el nivel nacional en materias relacionadas con la actividad de la pesca y de la acuicultura. El Consejo Nacional de Pesca tendrá carácter resolutivo, consultivo y asesor en aquellas materias que la ley establece. Emitirá sus opiniones, recomendaciones, proposiciones e informes técnicos debidamente fundamentados a la Subsecretaría, en todas aquellas materias que en esta ley se señalan, así como en cualquier otra de interés sectorial”.

Por su parte, en lo que respecta a los Consejos Zonales de Pesca, el inciso final del artículo 150 de la Ley de Pesca, dispone:

“Los Consejos Zonales de Pesca contribuirán a descentralizar las medidas administrativas que adopte la autoridad y a hacer efectiva la participación de los agentes del sector pesquero en el nivel zonal, en materias relacionadas con la actividad de pesca y acuicultura. Tendrán carácter consultivo o resolutivo, según corresponda, en las materias que la ley establezca”.

La composición de dichos Consejos de Pesca se encuentra consagrada en los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca. De una revisión de dicho mecanismo de composición, así como de su funcionamiento en la práctica, es posible afirmar, responsablemente, que de los 27 miembros que componen el Consejo Nacional de Pesca, únicamente 11 miembros pueden calificarse como independientes de los principales actores ligados a la industria (esto es, sólo casi un tercio de los mismos). A mayor abundamiento, si bien estos 11 miembros parecieran ser nominalmente independientes respecto de los actores *incumbentes*, lo cierto es que, en cuanto a aquellos que son representantes de las asociaciones gremiales de pesqueras industriales, sus trabajadores y los pescadores artesanales –aunque ello es especialmente cierto respecto de los trabajadores de empresas industriales-, es razonable

suponer que sus intereses se encuentran alineados en mantener bloqueado el ingreso de nuevos competidores.

En efecto, el artículo 146 de la Ley de Pesca establece la siguiente composición del Consejo Nacional:

- a. Tres representantes del sector público.
- b. Cinco representantes de las organizaciones gremiales del sector empresarial.
- c. Siete representantes de las organizaciones gremiales del sector laboral.
- d. Cinco representantes de las organizaciones gremiales del sector pesquero artesanal.
- e. Siete consejeros nombrados directamente por el Presidente de la República.

Por su parte, según señala el artículo 152 de la Ley de Pesca, los Consejos Zonales tienen una composición que tampoco sería proclive a admitir nuevos competidores:

- a. Seis representantes del sector público.
- b. Dos representantes del mundo académico.
- c. Cuatro representantes de las organizaciones gremiales empresariales.
- d. Tres representantes de las organizaciones gremiales de oficiales de naves, tripulantes y trabajadores.
- e. Tres representantes de las organizaciones gremiales del sector empresarial.
- f. Un representante de las entidades sin fines de lucro, elegido por el Presidente de la República.

De 19 consejeros en total, diez provienen del sector empresarial, laboral o de pesca artesanal.

Considerando que la declaración de estado de plena explotación (artículo 21 de la Ley de Pesca) y la suspensión en la entrega de nuevos permisos de pesca (artículo 24 de la Ley de Pesca) requieren, respectivamente, de un quórum de mayoría absoluta de los miembros *en ejercicio* y de dos tercios de los miembros de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca, no es difícil advertir por qué la principal función de dichos Consejos, durante estos años, ha consistido precisamente en hacer uso de la facultad de suspensión de entrega de nuevos permisos, y mantención del régimen de plena explotación en las unidades de pesquería más importantes. Como prueba de lo anterior, se acompañan a un otrosí de esta presentación copia de las sesiones de tales Consejos y un listado de la composición actual de los mismos.

Misma situación se produce con la omisión de convocar a subastas públicas para la asignación de cuotas pesqueras en unidades declaradas en régimen de plena explotación (artículo 27 de la Ley de Pesca), pues, para que dicho mecanismo opere –más allá de la necesidad de que se dicte el Reglamento por parte de SUBPESCA-, se requiere un acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros *presentes* de los Consejos de Pesca, por lo que tampoco es de extrañar que ello hubiera contribuido a la ausencia de una asignación competitiva, por vía de subastas, de permisos extraordinarios.

Las consecuencias de lo anterior son evidentes. A través de este errado diseño orgánico, se propende a una mayor concentración de mercado; al cierre del mismo para competidores potenciales; y a la inamovilidad de las participaciones de mercado de cada uno de los principales actores, con interacción entre ellos y en perjuicio de los beneficios que una mayor competencia siempre conlleva⁶⁵.

Y es por lo anterior que, desde la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, ningún nuevo competidor ha ingresado a este mercado, a través del otorgamiento de permisos extraordinarios por parte de SUBPESCA. De hecho, la circunstancia de que los preceptos que hemos enunciado han beneficiado a los *incumbentes*, se refleja simplemente en que, en los últimos años: (i) ha subsistido la declaración de régimen de plena explotación sin interrupción; (ii) se ha renovado indubitadamente la suspensión de entrega de nuevos permisos del artículo 24 de la Ley de Pesca; y, (iii) jamás se ha abierto una subasta para la entrada de nuevos competidores en aplicación del artículo 27 de la Ley de Pesca. Podrá ver el H. Tribunal que los resultados hablan por sí solos. Y ello es en extremo relevante, como lo ha resuelto en el pasado⁶⁶:

“(…) Este Tribunal estima que el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y París lograron el resultado buscado de impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello se hiciera fracasar la misma, es prueba suficiente de que las requeridas, al menos conjuntamente, tenían, a la época de los hechos analizados, un poder de mercado del cual podían abusar. En efecto, es indudable que si una causa determinada produce un efecto, habiéndose descartado otras causas, obviamente es porque es capaz de hacerlo. Dado que el poder de mercado está precisamente relacionado con la capacidad de un agente de mercado de influir en los precios o en la decisión de otro agente que, de no mediar dicho poder, podría actuar independientemente, debe entonces concluirse que las empresas requeridas, a lo menos conjuntamente, detentaban poder de mercado a la época de los hechos materia de esta causa”.

En el caso de la suspensión de autorizaciones, cabe destacar que el artículo 24 de la Ley de Pesca exige la aprobación de dos tercios de los miembros *en ejercicio* de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca para proceder a la suspensión en la recepción de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones. El rol que juegan estas instituciones de carácter gremial, es clave para entender las motivaciones de esta práctica de resultados exclusorios.

A la luz de los antecedentes sobre su conformación, es evidente que existe un fuerte incentivo a declarar suspendida la recepción de solicitudes y el otorgamiento de autorizaciones de pesca para armadores que no se encuentren realizando la actividad extractiva en una determinada pesquería. Sin lugar a dudas, los intereses de quienes actualmente operan en la industria están, en este aspecto, alineados con los de sus

⁶⁵ El artículo 19 de la Ley de Pesca se refiere a la denegación de solicitudes de autorización de pesca a SUBPESCA, señalando en su literal a), como una causal de negativa a conceder dichos permisos, el hecho de “[C]onstituir la o las especies solicitadas unidades de pesquería declaradas en estado de plena explotación y encontrarse cerrado transitoriamente su acceso, de acuerdo con lo señalado en el párrafo segundo de este título [esto es, de acuerdo con la suspensión establecida en el artículo 24 de la Ley de Pesca]”.

⁶⁶ Sentencia 63/2008. Considerando Centésimo Trigésimo Cuarto.

trabajadores, y enfocados a disminuir la competencia y evitar a toda costa que su porción de captura se vea disminuida.

Una mirada a los decretos de SUBPESCA da cuenta de cómo se ha mantenido clausurada la posibilidad de acceder a permisos de extracción de recursos pesqueros en todas las pesquerías sujetas al régimen de plena explotación. A modo ejemplar, la pesquería de sardina española en la I y II regiones se declaró en régimen de plena explotación por medio del Decreto Supremo N°354 del Ministerio de Economía, en el año 1993, habiéndose declarado periódicamente suspendida la recepción de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones de pesca por un año a partir de dicha fecha en adelante, por medio de los Decretos Supremos N°255 de 1993, N°370 de 1994, N°387 de 1995, N°452 de 1996, N°352 de 1997, N°351 de 1998, N°334 de 1999, N°363 de 2000, N°438 de 2001, N°499 de 2002, N°461 de 2003, N°498 de 2004, N°719 de 2005, N°992 de 2006, N°1.177 de 2007, N°880 de 2008 y N°383 de 2009, todos del mismo Ministerio. La misma situación se observa para la pesquería del jurel en la X región, que fue declarada en régimen de plena explotación por medio del D.S. N°545 de 1998 y, a partir de dicha fecha, se ha mantenido ininterrumpida la suspensión por medio de los Decretos Supremos N°546 de 1998, N°332 de 1999, N°363 de 2000, N°483 de 2001, N°499 de 2002, N°461 de 2003, N°498 de 2004, N°719 de 2005, N°922 de 2006, N°1.177 de 2007, N°880 de 2008 y N°383 de 2009, todos del Ministerio de Economía.

La práctica se mantiene en todas las pesquerías sujetas al régimen de plena explotación. El **Anexo I** de esta Consulta expone de modo esquematizado la totalidad de los actos administrativos que han decretado el cierre de dichas pesquerías, dando cuenta de una práctica abiertamente contraria al espíritu de la Ley de Pesca y al propio DL 211.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la entrega, sin los contrapesos adecuados, de relevantes potestades públicas a los propios sujetos regulados, es una materia que ha sido objeto de reproche en el derecho comparado de la libre competencia.

En efecto, la Corte de Justicia Europea ha señalado que se infringen las disposiciones protectoras de la libre competencia contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando los Estados Miembros, a través de sus legislaciones internas, delegan en agentes particulares (normalmente los propios representantes de *incumbentes*) las potestades reguladoras del mercado, tornando en ineficaces las normas de defensa de la libre competencia. Tal sería el caso, señala la Corte:

“[I]f a Member State were to require or favour the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 85 [actual artículo 101] or to reinforce their effects, or to deprive its own legislation of its official character by delegating to private traders responsibility for taking decisions affecting the economic sphere”⁶⁷.

⁶⁷ Pascal Van Eycke v. ASPA NV [1988] ECR 4769; §16. Traducción libre: [S]i un Estado Miembro requiriera o favoreciera la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarias al artículo 85 [actual artículo 101] o reforzara los efectos [de tales prácticas], o sustrajera de su propia legislación su carácter oficial, por la vía de delegar en agentes particulares la responsabilidad de la adopción de decisiones que afectan la esfera económica.

Ello es además especialmente grave cuando los miembros del cuerpo regulador delegado, no constituyen expertos independientes sobre los cuales se pueda, fundadamente, presumir que adoptan las decisiones en beneficio de un interés público prevalente⁶⁸.

En suma, se evidencia con lo explicado cuán errado es el diseño regulatorio de la normativa de pesca, que otorga potestades públicas a los *incumbentes* de mayor tamaño, confundiéndose de este modo las calidades de regulador y regulado en un mismo organismo. Y el resultado de lo anterior son mayores barreras artificiales a la entrada, interacción y, en general, una estructura de mercado que privilegia a los preexistentes más relevantes, en desmedro de la competencia actual de los actores de menor tamaño y de los potenciales entrantes.

IV.2.5. Una conclusión parcial

Lo dicho hasta aquí demuestra que el regulador, contrariando lo señalado por la ley que regula su actuar y el propio DL 211, ha privilegiado a los actores *incumbentes* de mayor envergadura, en perjuicio de potenciales entrantes o de actores pequeños ya instalados que, como Lota Protein, desean inyectar un mayor dinamismo competitivo a la industria, a través de la obtención, simplemente vía el juego de la competencia, de mayores cuotas de captura que modifiquen la actual asimetría existente.

Este fenómeno de cierre del mercado, se ve agravado por la ausencia de un mercado secundario para las cuotas de captura que funcione eficientemente, y por el hecho de que son los propios actores *incumbentes* con una posición preponderante en el mercado quienes deben prestar su consentimiento para que (i) se proceda a subastar los derechos de captura conforme al artículo 27 de la Ley de Pesca; y/o, (ii) se otorguen nuevas autorizaciones pesqueras al amparo del artículo 24 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, el uso por SUBPESCA de una regla excepcional; la omisión de dicho organismo en cumplir con otorgar nuevas autorizaciones y llamar a subastas; y, su negativa de dictar el Reglamento de procedimientos de subastas, provoca que en materia de asignación de cuotas de captura se esté en el peor de los escenarios posibles desde el punto de vista de la libre competencia. En efecto, actualmente la asignación de derechos de captura es inexistente respecto de nuevos entrantes; tampoco se permite que los actores presentes de menor tamaño puedan acceder a ampliar sus cuotas de captura pesqueras; y, lo que es más grave, se incumple con el espíritu del legislador de permitir que el mecanismo de subastas garantice un adecuado dinamismo competitivo y un funcionamiento eficiente de la captura industrial pesquera.

⁶⁸ Italian Customs Agents [1998] ECR I-3851; §43-44: “[P]or otra parte, es función del CNSD elaborar las tarifas de honorarios por los servicios profesionales de los agentes de aduanas basándose en las propuestas de los Consejos Territoriales [letra d) del artículo 14 de la Ley n. 1612/1960]. A este respecto, la legislación nacional no contiene ninguna norma que obligue o que incite siquiera a los miembros, tanto del CNSD como de los Consejos Territoriales, a tener en cuenta criterios de interés público. De ello se deduce que los miembros del CNSD no pueden calificarse de expertos independientes (...) y que no están obligados por imperativo legal a fijar las tarifas tomando en consideración, no sólo los intereses de la empresas o asociaciones de empresas del sector que los ha designado, sino también el interés general y los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios de que se trata (...).

Las referidas barreras a la entrada, impuestas por el regulador sectorial, han naturalmente beneficiado de modo claro a los *incumbentes* con posición preponderante en el mercado – quienes además participan de dichas decisiones a través de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca- y perjudicado a potenciales entrantes y actores de menor tamaño que, como Lota Protein, ven conculcado su derecho constitucional a ejercer una actividad económica, y su derecho competitivo de entrada al mercado o crecer en el mismo, al encontrárseles vedado, en los hechos, competir con los armadores privilegiados.

No es de extrañar entonces que las entidades gremiales que agrupan a los más importantes actores de la actividad pesquera guarden un estricto silencio respecto de la inaplicación que SUBPESCA y los Consejos de Pesca han efectuado del artículo 27 de la Ley de pesca y de la suspensión que anualmente el regulador sectorial hace respecto de las nuevas autorizaciones de captura para pesquerías en estado de plena explotación⁶⁹.

Muy por el contrario, lo que a entidades como SONAPESCA y ASIPEP les interesa, según queda de manifiesto en sus documentos institucionales, es que se perpetúe el sistema de captura histórica establecido por la Ley de Cuotas Máximas, hoy consagrado hasta el año 2012. Es decir, que este régimen excepcional y transitorio, originalmente ideado para una duración hasta fines del año 2002, pase a constituir la regla general y permanente en materia de asignación de cuotas de captura, en circunstancias que (i) existe un claro mandato legal para SUBPESCA derivado del artículo 27 de la Ley de Pesca que dicho organismo ha incumplido; y, (ii) por sí solo, dicho sistema de asignación conforme a criterios de captura histórica y capacidad de bodegaje *corregida*, únicamente logra perpetuar el beneficio de aquellos armadores con mayor participación de mercado, impidiendo, en los hechos, cualquier *disciplinamiento* competitivo de parte de nuevos entrantes o de actores de menor tamaño.

La intención de SONAPESCA ha quedado explícitamente clara:

“Afortunadamente nuestro sector se encuentra maduro. Las principales inversiones se habían efectuado con anterioridad, sumando US\$ 532 millones en 295 proyectos desde los inicios del marco legal de cuotas individuales, principalmente en plantas y líneas de proceso para productos de consumo humano y valor agregado, lo que permitió que, en este período, con la mitad de las capturas, se pudieran conseguir ingresos 90% superiores y un crecimiento del empleo de 45%. Todo ello ha sido posible por la aplicación del marco legal de los Límites Máximos de Captura por Armador (LMCA). Esta ley, adicionalmente, trajo otros aspectos tremendamente

⁶⁹ [E]s útil consignar que algunos documentos han atribuido el desuso del sistema de subastas al intenso *lobby* que el gremio pesquero habría desplegado para impedir su aplicación. Vid. Caracciolo, Cosme. Presidente de la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile, CONAPACH. “Historia Reciente de los Derechos de uso Pesqueros, Crisis de las Pesquerías y Desafíos para el Desarrollo de la Pesca Artesanal en Chile”. Fortaleza, Brasil. Julio 2006. En el mismo sentido se manifestó el H. Senador Ruiz de Giorgio, con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley Boletín N°2777-03, actual Ley N°19.822: “Las cuotas fueron entregadas de manera gratuita. Curiosamente, quienes se dicen partidarios del libre mercado generan un oligopolio en el sector, impidiendo el libre ejercicio de la competencia. Mucho más razonable sería licitar pública y transparentemente las cuotas individuales, como lo disponen los artículos 27 y siguientes de la propia Ley de Pesca, mecanismo que nunca se puso en funcionamiento por la negativa de los industriales pesqueros, que dominan el Consejo Nacional de Pesca”. Legislatura 347ª Ordinaria, Sesión 12ª del Senado. 9 de julio de 2002.

beneficiosos, en los cuales nadie repara demasiado, pero que a nuestro juicio se han transformado en algunos de los principales aportes de esta Ley: la madurez y unión de los grupos empresariales pesqueros, y la posibilidad de abordar en forma conjunta diversos desafíos (...). Desafortunadamente este exitoso marco legal, que tantos beneficios ha traído al país, vence en 2012, lo que sin duda genera incertidumbres innecesarias. No existe otro sector productivo que tenga un marco legal tan trascendente y de tan corto plazo. Sin duda éste será uno de los principales focos de atención del gremio para los próximos años⁷⁰⁻⁷¹.

Como consecuencia de lo anterior, el regulador –en conjunto con los actores *incumbentes* de mayor tamaño- ha bloqueado el acceso a nuevos entrantes y el desarrollo de empresas de menor tamaño por dos vías: (i) por una parte, al no otorgar nuevas autorizaciones de pesca, al amparo del artículo 24 de la Ley de Pesca, para aquellas pesquerías no incorporadas al régimen de cuotas individuales previsto por la Ley de Cuotas Máximas; y, (ii) por otro lado, al no efectuar las subastas establecidas en el artículo 27 de la Ley de Pesca sobre una parte de la cuota global de captura, respecto de aquellas pesquerías en régimen de plena explotación sí sometidas a la Ley de Cuotas Máximas. Ambas situaciones han provocado que actualmente existan altísimas barreras a la entrada al mercado de la pesca industrial, por sobre aquellas barreras previstas por la Ley de Pesca, con los consecuentes impactos para la libre competencia que ello genera.

IV.3. Consecuencias anticompetitivas generales del actuar de SUBPESCA

Las consecuencias y gravedad de este comportamiento del regulador, pueden resumirse de la siguiente forma:

Primero, propende a una concentración cada vez mayor de este mercado, desde que se establecen los incentivos para un crecimiento de los *incumbentes* vía adquisiciones de competidores más pequeños –y con menores cuotas de captura pesqueras-, antes que un desarrollo de la industria por vía de mayores innovaciones derivadas de un adecuado dinamismo competitivo. De hecho, los datos relativos a la concentración que ha

⁷⁰ SONAPESCA. Memoria Anual. Año 2008. Carta del Presidente; p.2.

⁷¹ Otro tanto ha manifestado ASIPEs, entidad que agrupa a los todos los actores del rubro de la pesca industrial de la VIII Región, excluido Lota Protein y SPK: “En enero de 2001 se aprueba la Ley de Pesca 19.713, estableciendo el sistema de Límites Máximos de Captura por Armador (LMC) con la activa participación de ASIPEs. Se racionaliza así el proceso productivo, la extensión del periodo de pesca y el ajuste del flujo de materia prima a la capacidad de procesamiento, lo que permitió elaborar productos de mayor calidad y valor agregado, muchos de ellos para consumo humano. Esta normativa legal fue establecida con carácter transitorio para regir sólo hasta fines de 2002. Ese año el gremio jugó un papel de gran relevancia para prolongar el sistema de LMC, en la discusión y tramitación de la ley 19.849, propiciada por el Presidente de la República y promulgada en Valparaíso el 5 de diciembre. El 2003 ASIPEs trabajó arduamente en la discusión de la llamada Ley Larga de Pesca, que planteaba complementar el marco definitivo para regular la extracción durante los años siguientes. Ello, pues la gran aspiración de la industria era -y sigue siendo- contar con una normativa legal que otorgue a las empresas el marco de estabilidad requerido para invertir y proyectar el sector, manteniéndolo en el sitial que el desarrollo y la economía del país requiere. Desgraciadamente, el proyecto no logró avanzar en su tramitación y sólo se revisó en la Comisión de Pesca del Senado”. Información disponible en: http://www.asipes.cl/QuienesSomos.aspx?Me_Id=7>. Consultado el 24 de noviembre de 2009.

experimentado el mercado desde la dictación de la Ley de Cuotas Máximas son bastante elocuentes, como se verá más adelante.

Segundo, establece barreras para la entrada y crecimiento de nuevos competidores, barreras que –al ser de carácter regulatorias, y dada la conducta de SUBPESCA y los Consejos de Pesca– se tornan infranqueables para la competencia potencial. Así, hace incurrir al regulador sectorial en actos o hechos vinculados al cierre del mercado, en beneficio de los actores *incumbentes* de mayor tamaño.

Tercero, el estándar que ha adoptado la práctica del regulador de no llamar a subastas ni entregar nuevos permisos, elimina en los hechos el *disciplinamiento* competitivo que se produce como consecuencia de la amenaza de entrada o de crecimiento de nuevos competidores en este mercado.

Cuarto, al no hacer uso el regulador sectorial de las potestades que le confiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, se establecen mecanismos de asignación de insumos esenciales que son ineficientes en cuanto a recaudación de recursos por parte del Estado y que no responden a los lineamientos que el H. Tribunal ha dado en la materia en sus anteriores precedentes.

Quinto, atendida la estructura del mercado –derivada de las consecuencias antes indicadas– y la orgánica que la Ley de Pesca ha previsto para el ejercicio de importantes funciones regulatorias, se ha legalizado normativamente la interacción entre los agentes *incumbentes* y entre éstos y SUBPESCA. Todo ello, además, haciendo un uso abusivo de las facultades legales que se confieren a los Consejos Nacional y Zonales de Pesca para suspender anualmente nuevas autorizaciones de captura, de conformidad con el inciso 2º del artículo 24 de la Ley de Pesca.

Sexto, debido a la integración vertical absoluta que se da entre la actividad de captura y procesamiento en Chile, se dificulta la creación de un adecuado mercado secundario de transferencia de cuotas de captura, considerando que los actores *incumbentes* carecen de incentivos para desprenderse de un activo esencial y, en último término, al hecho de que tal acaparamiento posee un valor adicional, no alineado con los intereses sociales, de evitar el ingreso de nuevos actores o el crecimiento de sus competidores más pequeños.

Es decir, se están produciendo todos aquellos efectos anticompetitivos que la literatura especializada predecía en el evento de existir un errado diseño regulatorio en materia pesquera.

Y, en este caso, ello es consecuencia en gran medida de un actuar (acompañado de una omisión) anticompetitivo del regulador sectorial, sea directamente, sea a través de las instancias orgánicas que confunden los roles diferenciados que deben tener regulador y regulado.

“If there is no excessive share policy and the initial allocation is based on historical catches, implementing an ITQ [Individual Transferable Quotas] program in a fishery with a significant amount of capacity market power will actually solidify that power. The market power which comes from capacity

to produce can be transitory, but with ITQs it will be backed up with permit market power. On the other hand, if the ITQ program is instituted with an excessive share policy, there is the potential to reduce or eliminate the capacity-based market power, at least in the long run”⁷².

“Both theory and practice indicate that an auction process is the only system which will produce an efficient outcome for quota allocation with the winner being the bidder with the highest use-value of the quota”⁷³.

“The ‘grandfather’ provision of most fisheries quota allocation systems to date also results in its own set of problems. Without a comprehensive secondary market for quotas, such a system does not capture efficiencies due to different fishermen’s capabilities. With a secondary market, efficiency may be increased (...) but the ‘grandfather’ provision institutionalizes the potential control that certain fishermen or firms might have over a fishery. The basic group of operators in the fishery may remain unchanged for long periods (eg. as in New Zealand) thus resulting in a ‘parallelism of action’ inconsistent with the operations of a competitive market. By refusing to sell their quotas, the quota holders could insure themselves against any entrants whose presence might not be conducive to cooperative behaviour. The effect on secondary markets under these conditions could also be significant (...)”⁷⁴.

“[A]n additional potential problem arises, through conflicts of interest, when the regulatory authority is a quasi-government body with resource user representation”⁷⁵.

Es así como esta consultante insiste en que, si bien el *establecimiento* de las cuotas individuales de captura –aun con los defectos que tendieron a distorsionar la correcta asignación de las mismas- constituyó una medida regulatoria razonable para los fines buscados, es en el mecanismo de asignación de tales cuotas de captura, junto con la omisión en implementar los mecanismos de entrada subsecuente previstos por el legislador, donde se están concentrando todos los efectos anticompetitivos derivados del actuar del regulador y

⁷² Anderson, Lee. “The Control of Market Power in ITQ Fisheries”. Marine Resource Economics, Volume 23. 2008; p.33. Traducción libre: Si no hay una política de excesivos intercambios y la asignación inicial se basa en las capturas históricas, la implementación de un programa de cuotas individuales transferibles en una pesquería con una gran cantidad de poder de mercado, en realidad consolidará dicho poder. El poder de mercado que proviene de la capacidad de producción puede ser transitorio, pero con cuotas individuales transferibles será un poder de mercado permitido. Por otra parte, si las cuotas individuales transferibles son implementadas con una política de excesivos intercambios, existe el potencial de reducir o eliminar el poder de mercado basado en la capacidad [de producción], al menos en el largo plazo.

⁷³ Morgan, G.R. Op. Cit.; p. 386. Traducción libre: Tanto la teoría como la práctica indican que un proceso de subasta es el único sistema que produce un resultado eficiente para la asignación de cuotas, donde el ganador será aquel oferente que le asigne un mayor valor de uso a la cuota.

⁷⁴ Ibid; pp. 380-381. Traducción libre: La entrega ‘apadrinada’ de derechos, en la mayoría de los sistemas de asignación de cuotas sobre pesquerías, también tiene como resultado su propio conjunto de problemas. Sin un mercado secundario de cuotas integral, tal sistema no incorporará las eficiencias, debido a las diversas capacidades de los pescadores. Con un mercado secundario, la eficiencia pudiera incrementarse (...) pero la entrega ‘apadrinada’ de derechos institucionaliza el control potencial que ciertos pescadores o empresas podrían tener sobre una pesquería. El grupo básico de operadores en la pesquería podría permanecer inalterado por largos periodos (como en Nueva Zelanda) lo que deriva en un ‘parallelismo del actuar’ inconsistente con el funcionamiento de un mercado competitivo. Al negarse a vender sus cuotas, sus titulares pueden asegurarse en contra de cualquier entrante cuya presencia pueda no conducir a un comportamiento colaborativo. El efecto sobre el mercado secundario, bajo estas condiciones, puede también ser significativo.

⁷⁵ Ibid; p. 381. Traducción libre: Un potencial problema surge, en relación a los conflictos de intereses, cuando la autoridad regulatoria es un ente cuasi-gubernamental con representación de los usuarios de los recursos.

de los actores preexistentes de mayor tamaño (favorecidos por una orgánica que les otorga importantes potestades públicas).

Es por ello que Lota Protein acude a este H. Tribunal, con el convencimiento de que la gravedad de las consecuencias denunciadas, requiere de una estructura regulatoria de *segunda generación* que, en esta oportunidad, se preocupe de alinear y concretar la intención pro-competitiva que el legislador tuvo al momento de establecer un sistema de subastas de permisos extraordinarios, con la existencia del régimen de cuotas individuales.

IV.3.1. Concentración del mercado producida con posterioridad a la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas

La aplicación sin contrapesos adecuados de la Ley de Cuotas Máximas, ha generado fuertes barreras de entrada. A tal punto tales barreras se han exacerbado, que cumplidos nueve años de vigencia de dicha Ley, no han ingresado nuevos actores al mercado de captura en las pesquerías reguladas por ésta. Por el contrario, se ha producido una progresiva concentración del mercado, consolidándose las cuotas de mercado en los principales actores de la industria, con la consecuente desaparición de los actores más pequeños, muchos de ellos con una eficiencia probada en cuanto a su funcionamiento.

En lo que se refiere a la concentración horizontal, de un total aproximado de 35 actores que existían antes de la promulgación de la Ley de Cuotas Máximas, hoy en día actúan alrededor de 11 a nivel nacional. Por otro lado, también se produjo un fuerte proceso de concentración vertical, desapareciendo, para todos los fines prácticos, armadores que no se encontraran integrados plenamente con el nivel de procesamiento.

El hecho de que la asignación original de las cuotas haya sido gratuita, implicó la entrega de un activo valioso a los armadores que contaban con permisos vigentes, circunstancia que les otorgó una ventaja irremontable en relación a los potenciales entrantes. Además de ser el título habilitante para capturar la pesca, las cuotas individuales, al evitar la entrada de nuevos competidores al mercado, tuvieron un valor estratégico muy alto para los *incumbentes*, lo que ciertamente impidió el desarrollo de un mercado secundario donde tales derechos se transaran libremente.

La efectiva aplicación de las subastas como sistema de reasignación de una parte de la cuota global –como lo prevé el artículo 27 de la Ley de Pesca-, no sólo habría permitido (y permitiría) directamente la entrada de nuevos actores a las diversas pesquerías, o el crecimiento de actores de menor tamaño, sino que también incidiría en el funcionamiento de un mercado secundario de cuotas, operando como un mecanismo de señalización de precios que facilitaría las transferencias, tanto de aquellas cuotas asignadas mediante subastas como aquellas asignadas mediante el mecanismo de la Ley de Cuotas Máximas. Asimismo, al perder el valor de las cuotas como mecanismo para impedir la entrada de nuevos entrantes, debieran disminuir las trabas para su transacción.

Si bien, en términos generales, se ha señalado que la imposición de sistemas de cuotas individuales transferibles podría propender naturalmente hacia la concentración de la

industria, existe evidencia de que tal concentración sólo tendería a producirse en mercados donde la transferibilidad de las cuotas no se acompañare de un mercado abierto y transparente, o incluso donde la transferibilidad no fuera una cualidad esencial de éstas⁷⁶; como es precisamente el caso en Chile.

En el caso de la pesca industrial chilena, con cuotas individuales de pesca asignadas u otorgadas a las empresas pesqueras industriales con autorizaciones de captura entre la V y X Regiones, y considerando las pesquerías más importantes o de mayor relevancia económica del país (jurel, caballa, sardina común, anchoveta y merluza de cola) como un solo mercado, el nivel de concentración revela una marcada desaparición de pequeños actores desde el año 2001 a la fecha.

Cuadro N°3⁷⁷

Empresa	Porcentaje de participación año 2009
Alimar	13,4%
Golfo	12,8%
SPK	11,4%
Itata	11,1%
San José	10,1%
Camanchaca	9,8%
Bío Bío	9,1%
FoodCorp	8,3%
Landes	5,5%
Nacional	5,0%
Lota Protein	1,8%
Otros	1,7%
Total	100%

Fuente: Cuadro elaborado por Lota Protein a partir de información de cuotas publicadas por SUBPESCA

El proceso de concentración horizontal se ha materializado con la absorción de las empresas más pequeñas, mayoritariamente no integradas, por parte de las pesqueras de mayor tamaño. De esta manera, desde el año 2001 a la fecha:

(i) Alimar adquirió⁷⁸ a Mar Profundo, Mediterráneo y Tremar;

⁷⁶ Comisión Europea. “Commission staff working document, accompanying the Communication From the Commission to the Council and the European Parliament on Rights-based management tools in fisheries”; p. 17: “Major fleet concentrations have taken place in countries where there is no ‘official’ market in ITQs. This has generally come about through the purchase of other categories of fishing rights (fishing licenses, use permits, etc.) in a largely uncontrolled and non-transparent manner. It should be noted that the erection of barriers to concentrations is easier in a clear market situation where transactions are transparent.” Traducción libre: Concentraciones importantes de flotas han ocurrido en países donde no existe un mercado ‘oficial’ de cuotas individuales transferibles. Esto generalmente se ha producido mediante la compra de otras categorías de derechos de pesca (licencias de pesca, permisos de uso, etc.) de un modo ampliamente descontrolado y no transparente. Cabe señalar que la imposición de barreras a la concentración es más fácil en situaciones de mercado claras, donde las transacciones se realizan de modo transparente.

⁷⁷ Se muestran las participaciones a nivel nacional, para las especies jurel, anchoveta, sardina y merluza de cola.

⁷⁸ En este caso y los siguientes, cuando se hace referencia a “adquirir”, se lo hace en algunos casos referente a la compra de la compañía y en otros a la compra sólo de las naves y sus autorizaciones de pesca.

(ii) Pesquera El Golfo adquirió a Vásquez, Araucanía y la parte de Pesquera Qurbosa no adquirida por Itata o Bío Bío;

(iii) SPK (antes Iquique Guanaye), adquirió parcialmente a Pesquera Cazador, y totalmente a Cojinoba;

(iv) Itata adquirió a Almar, Confish, Quellón, Oceánica 2, Hualpén y la parte de Pesquera Qurbosa no adquirida por Pesquera el Golfo o Bío Bío;

(v) Camanchaca adquirió a Miramar;

(vi) Bío Bío adquirió a María Elena, Mar Blanco, Oceánica 1, Atlitlan y la parte de Pesquera Qurbosa no adquirida por Pesquera el Golfo o Itata; y,

(vii) Foodcorp Chile (antes Pacific Fisheries), adquirió a Pesquera del Norte, Pesquera del Cabo, Pemesa, Tarapaca y Chivilingo.

En calidad de **Anexo II**, se adjunta un listado con la evolución de los barcos pesqueros por empresa, desde el año 2001 a la fecha.

Cabe destacar que, en el caso de las Regiones I, II y XV la actividad pesquera industrial ha alcanzado niveles aun mayores de concentración, existiendo dos actores predominantes, de lo que se ha dado cuenta en el marco de las discusiones parlamentarias⁷⁹.

El hecho de que no exista posibilidad de acceso para nuevos entrantes, y que el desempeño de los *preexistentes* se encuentre determinado por cuotas asignadas administrativamente —sin que exista un mercado secundario efectivo dónde se transen— produce riesgos de abusos de posición dominante, interacción, además de una menor innovación, característica de mercados poco contestables. Si a ello sumamos la existencia de fuertes gremios industriales, tales como SONAPESCA y ASIPEs, y un diseño institucional que favorece la interacción entre los agentes económicos, y entre éstos y el regulador, lo cierto es que es posible esperar que el nivel de desempeño de las firmas se encuentre por debajo de lo que debiera suceder en un ambiente con competencia vigorosa. En efecto, el solo hecho de que no exista en la práctica un mercado secundario de cuotas da cuenta de un funcionamiento anómalo del mercado.

⁷⁹ Por ejemplo, así se expresó con ocasión del Proyecto de Ley Boletín N°2777-03, actual Ley N°19.822. Según consta en la intervención del H. Senador señor Errázuriz: “En verdad, las limitaciones que fijó la ley N° 19.713 evitaron la libre competencia, disminuyeron la inversión requerida por cada armador industrial pesquero, mejorando su propia rentabilidad, su negocio, porque con menor inversión puede ganar lo mismo. (...) Lo que sí está claro son los resultados: se ha producido una concentración espectacular en la propiedad, en el poder de las empresas industriales, que han logrado comprar cuotas, adquirir derechos hasta de los pescadores artesanales, a quienes muchas veces han sacado de sus espacios, o en otras oportunidades, lisa y llanamente han enfrentado. Me encantaría saber si ello ha significado o no un aumento de la biomasa (...) Como informó el Fiscal de la Comisión Antimonopolios [sic], quedará monopolizada por completo la actividad en la zona norte a través de la ley en proyecto, más de lo que ya está; porque, de hecho, eso ya aconteció. Ello también ocurrió, casi con las mismas empresas, en la zona centro-sur. La situación se repite. Diversas empresas tienen 85 por ciento de la pesca en la zona norte, y otra empresa, situada en la zona sur, 10 por ciento. Así que, en la práctica, hoy existe ya una concentración casi absoluta en el norte”.

El sistema de subastas diseñado por la Ley de Pesca es un mecanismo efectivo para introducir mayores niveles de competencia en el mercado de cuotas de captura, obligando a los actores a optimizar sus operaciones sobre la base de insumos esenciales y escasos como lo son los derechos de pesca. Ello seguramente dinamizaría la industria y tendría efectos beneficiosos para toda la cadena productiva que comienza con la pesca industrial.

En razón de lo anterior, la falta de interés de SUBPESCA, –y su inexplicable silencio al respecto- en utilizar el sistema de subastas consagrado en la Ley de Pesca precisamente para resguardar el derecho de potenciales entrantes a acceder a las pesquerías de manera no discriminatoria, constituye una omisión en su deber de actuar en conformidad a las normas de libre competencia, las que le resultan enteramente aplicables, según se ha visto.

IV.3.2. Debido a que la pesca industrial es una actividad integrada con el procesamiento de pescados, el cierre de mercado aguas arriba implica una limitación a la competencia aguas abajo

En la actualidad, la actividad de pesca industrial se encuentra totalmente integrada con la actividad de procesamiento de la pesca –principalmente en harinas y aceites de pescado- y con el de su comercialización. Es decir, la totalidad de los armadores, ya sea directamente o a través de empresas relacionadas, procesan la pesca que capturan y posteriormente la comercializan.

La integración total de la actividad de captura con la actividad de procesamiento es un fenómeno que se produjo luego de la entrada en vigencia de la Ley de Cuotas Máximas. Si bien es cierto que siempre existió cierto nivel de integración, tal fenómeno convivió en el pasado con el de armadores que sólo se dedicaban a ejercer la pesca y vendían sus productos a los procesadores. En calidad de Anexo III, se adjunta un cuadro que muestra la evolución de las empresas existentes en la VIII Región que poseían plantas procesadoras, para el período 1996-2008.

En cambio, en la experiencia comparada (v.gr. Noruega, Islandia y Nueva Zelandia) donde funcionan efectivamente sistemas de cuotas transables, si bien existen actores verticalmente integrados, la actividad pesquera subsiste de manera autónoma. De hecho, es una solución relativamente común que la pesca se venda mediante subastas a las plantas procesadoras⁸⁰.

Según se ha señalado, existe un porcentaje de la pesca de jurel, sardina española, sardina y anchoveta que no proviene de los pescadores industriales, sino que de los pescadores

⁸⁰ En este sentido, Claire Armstrong en “Why Fish Auctions differ – Theory and Practice”, disponible en <http://oregonstate.edu/dept/IFET/2000/papers/armstrong.pdf>, señala: “(...) Fish auctions are the meeting place of two often adversarial sectors in the fishing industry – fisher and processor. The ownership of the auctions varies from different degrees of governmental involvement, fisher and/or processor interests, to completely independent owners. Hence we see the governmental sector as well as interests usually outside fisheries also being involved in fish auctions.” Traducción libre: (...) Las subastas pesqueras son el lugar de encuentro de dos sectores usualmente adversarios en la industria de pesquera –pescador y procesador-. La propiedad de estas subastas varía desde diversos grados de involucramiento del gobierno, los intereses del pescador y/o procesador, a dueños completamente independientes. Por lo tanto, vemos al gobierno, así como también a intereses usualmente ajenos a la industria pesquera involucrados en subastas pesqueras.

artesanales. Si bien dicho porcentaje es especialmente importante para empresas procesadoras pequeñas como Lota Protein (desde que gracias a éste puede alcanzar la escala mínima para operar una planta de procesamiento), lo cierto es que la pesca artesanal sigue siendo una fracción marginal, incierta y riesgosa de la pesca total, la que de todas formas es fieramente disputada entre los industriales. De hecho, en el caso de Lota Protein, a pesar del enorme esfuerzo que esta empresa despliega para adquirir pesca artesanal a precios atractivos para sus vendedores y, de esta manera, aumentar la cantidad de insumos a los que accede para procesar pescado, el volumen que alcanza igualmente la limita y obliga solamente a procesar harina y aceites de pescado. En los hechos, le está vedado el acceso al procesamiento para consumo humano (congelados), que constituye una actividad de comercialización más rentable, por la estacionalidad de la pesca artesanal y el tipo de especies que captura, especies que, mayoritariamente, no pueden ser destinadas a congelados, como se ha visto *supra* (sección I.1). Con ello, al mismo tiempo, está inevitablemente limitada la rentabilidad de Lota Protein y su posibilidad de competir globalmente de manera eficaz con sus competidores de mayor tamaño.

Así las cosas, incluso con la posibilidad de adquirir insumos desde la pesca artesanal, la imposibilidad de acceder al mercado de cuotas individuales industriales implica automáticamente para empresas como Lota Protein una restricción para participar en el mercado de procesamiento de pescados en harinas y aceites, como también el cierre absoluto a otros mercados de mayor valor agregado como es el procesamiento para consumo humano (congelados).

La integración de las actividades, además, impone una barrera adicional para la libre transacción de las cuotas. En efecto, para un actor que tiene capacidad instalada para procesar insumos pesqueros –ante la inexistencia de un mercado competitivo de insumos aguas arriba- la venta de su cuota implica en la práctica renunciar a la actividad de procesamiento, incluso en el caso que no sea una empresa pesquera especialmente eficiente.

V.

Ausencia de un mercado secundario para la transacción de cuotas de captura y sus consecuencias

V.1. En Chile no existe un mercado secundario de cuotas de captura

Según se ha adelantado, si bien la transferencia de las cuotas asignadas por medio de la Ley de Cuotas Máximas es teóricamente posible, en los hechos ésta prácticamente no se produce. Y cuando se ha producido, lo ha sido principalmente en el marco de una operación de concentración, donde actores que no han obtenido cuotas suficientes para sustentar una planta de procesamiento propia han sido absorbidos por armadores de mayor tamaño.

La Ley de Cuotas Máximas no estableció un mecanismo claro de cómo debían hacerse las transferencias. Luego, diversos factores como la integración vertical generalizada en la industria; el hecho de que las cuotas se adscriban a las naves (haciendo más difícil su

divisibilidad); la exacerbación del poder de mercado de los actores preexistentes mediante la asignación de sus cuotas individuales por criterio histórico y capacidad de bodegaje *corregida*; así como la nula voluntad demostrada por el regulador para instar por la entrada de nuevos competidores, constituyen factores que ciertamente no han contribuido a que se desarrolle un mercado secundario.

Por otra parte, la Ley de Pesca no establece mecanismos de venta forzosa de estos derechos –o impuestos adicionales cuando los mismos no son utilizados–, ni existe un umbral de acaparamiento previamente determinado; todo lo que dificulta el adecuado funcionamiento de un mercado de comercialización de las cuotas.

La figura de la cesión temporal de los derechos de pesca (*leasing*) permitida por el artículo 7° de la Ley de Cuotas Máximas, ha mostrado ser algo más exitosa, aunque limitada casi exclusivamente a la cesión efectuada por unos pocos operadores pequeños con cuotas insuficientes para explotarla autónomamente, a favor de los *incumbentes* de mayor tamaño.

Por oposición, en otros países donde se han introducido sistemas de cuotas individuales transferibles, el volumen de transacciones anuales de cuotas ha sido considerable. De hecho, la experiencia comparada muestra que, para que un sistema de transferencia de cuotas tenga un resultado de asignación eficiente, es esencial que dicho mercado sea lo suficientemente robusto para que éstas sean transadas en un ambiente competitivo. A modo de ejemplo, en Nueva Zelanda, en el contexto de un mercado de cuotas transferibles maduro (iniciado a mediados de la década de los ochenta), existían para el año 2002 en promedio 45 dueños de cuotas por pesquería, y se hacían en promedio 2.000 transferencias (ventas) y 8.700 cesiones temporales (*leasing*) anuales⁸¹. De manera similar, en Islandia, existe un mercado secundario desarrollado, donde prácticamente la totalidad de cuotas individuales han sido transferidas por sus asignatarios originales⁸²; ello, sin perjuicio de un vigoroso mercado de cesiones temporales (*leasing*) usualmente concretadas mediante subastas privadas.

V.2. Consecuencias de lo anterior para la falta de competencia en el mercado de la pesca industrial

Es un hecho que la venta de derechos de captura no ha funcionado en Chile con el dinamismo necesario, fomentando el acaparamiento de un insumo esencial y escaso para el desarrollo de la actividad económica de captura pesquera. Ello es consistente con los incentivos naturales de los actores *incumbentes* de mayor tamaño, quienes valorizarán la venta de estos derechos no solamente desde el punto de vista financiero, sino que, además, tomando en consideración el costo de oportunidad que les supone permitir el ingreso de nuevos actores.

⁸¹ Newell, Richard; Sanchirico, James; Kerr, Suzi, "Fishing Quota Markets", Resources for the Future. Disponible en: <http://www.rff.org/rff/documents/rff-event-fishing-quota.pdf>

⁸² Aranson, Ragnar, "Iceland's ITQ system creates new wealth", The Electronic Journal of Sustainable Development. Disponible en: <http://www.icelandcrash.com/ragnarna.pdf>

Así las cosas, desde la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, la entrada de nuevos operadores por la vía de la adquisición de cuotas de pesca, ha sido prácticamente inexistente. Los hechos hablan por sí solos.

Un elemento esencial para el funcionamiento correcto de los mercados es la posibilidad de que los participantes puedan adquirir algún nivel de información óptimo que les permita hacer las transacciones. En efecto, la simetría de información sobre elementos como el precio, producción y otra información relevante, es uno de los supuestos de un mercado eficaz. Pues bien, en el caso del mercado de cuotas de pesca, la información disponible acerca del valor de las cuotas es muy escasa. A diferencia de otros países como Islandia o Nueva Zelandia, en Chile prácticamente no existe información pública acerca de los precios pagados para la adquisición de cuotas, ya sea a través de la compra de barcos, o bien a través de la cesión temporal de éstas, según permiten los artículos 7° y 8° de la Ley de Cuotas Máximas.

El hecho de que no exista una señal de precio respecto del valor de las cuotas, puede ser tanto una causa como un efecto de una distorsión del mercado. Es causa en cuanto —en ausencia de un precio conocido, y asumiendo un costo sobre lo óptimo para conocerlo—, se reduce fuertemente la posibilidad de que se realicen transacciones, dando ello lugar a una *falla* estructural de este mercado. Por otro lado, ello puede ser un síntoma que refleja un mercado cerrado donde sus principales agentes se encuentran protegiendo una situación de privilegio que les permite obtener rentas monopólicas.

Sea causa o efecto, o incluso ambos, esta es precisamente una circunstancia en que la adopción de un mecanismo de subastas, además de permitir la entrada de nuevos participantes, podría servir como mecanismo informativo para los agentes del mercado y quienes busquen ingresar a él. Existiendo una señal pública de cuánto valdría una cuota de pesca, las transacciones subsecuentes debieran verse facilitadas, lo que permitiría efectivamente que los que sean más eficientes tiendan a adquirirlas.

La importancia de que exista un adecuado mercado secundario de cuotas de captura incide también en la competitividad de la industria, según ha señalado la doctrina:

“Any quota allocation system which does not also include an efficient secondary market for quota trading will retain the inefficiencies inherent in the initial allocation process. A secondary market is therefore essential for ensuring the operation of competition to adjust price to changing demand and supply of quota, for providing a mechanism for entry and exit from the industry and for correcting the inevitable inefficiencies of the initial quota allocation”⁸³.

La existencia de un mercado secundario competitivo es de vital importancia para que un sistema de cuotas transferible produzca asignaciones eficientes, así como también para la

⁸³ Morgan, G.R. Op. Cit.; p. 384. Traducción libre: Cualquier sistema de asignación de cuotas que no incluya un mercado secundario eficiente para la comercialización de cuotas mantendrá las ineficiencias inherentes al proceso de asignación inicial. Un mercado secundario es esencial para garantizar el funcionamiento de la competencia ajustando el precio a la cambiante oferta y demanda de cuotas, para proporcionar un mecanismo para la entrada y salida de la industria y para la corrección de las ineficiencias inevitables derivadas de la asignación inicial de cuotas.

producción de información relevante para elaborar políticas pesqueras. En este sentido, se ha señalado:

“For ITQs [Individual Transferable Quotas] to deliver an efficient solution to the common pool problem in practice, it is critical that fisherman can buy and sell quotas in a competitive market and that quota markets convey appropriate price signals. Assuming competitive markets, rational asset pricing theory suggests that quota prices should reflect the expected present value of future rents in a competitive market and the quota markets convey appropriate price signals. Assuming competitive markets, rational asset pricing theory suggests that quota prices should reflect the expected present value of future rents in the fishery. Price signals sent through the quota market are therefore an essential source of information on the expected profitability of fishing activity. Quota prices also send signals to policymakers about the economic and biological health of a fishery. Some have suggested quota prices could therefore be used as a measurement tool for the dynamic adjustment of TACs to optimize policy outcomes”⁸⁴.

La profundización del mercado de cuotas de pesca es un elemento esencial para lograr una asignación eficiente de éstas. Y en tal sentido, la realización de subastas periódicas constituiría un mecanismo que cooperaría con tal objetivo, al entregar señales concretas sobre el valor de éstas, a la vez que disminuir el premio que los *incumbentes* exigen de la venta de tales insumos esenciales y escasos como medio para cerrar el mercado.

VI.

Conclusiones. Necesidad de implementar el mecanismo legal de subastas y de eliminar las demás distorsiones regulatorias existentes, por la vía de aplicar y perfeccionar la normativa

Esta Consulta ha descrito cuáles son los hechos que infringen el DL 211 y que se someten a conocimiento de este H. Tribunal. En este sentido, se ha mostrado cómo las actuaciones y omisiones de SUBPESCA, a través de su negativa a convocar a las subastas y a dictar el Reglamento que fije el procedimiento de las mismas –de acuerdo al artículo 27 de la Ley de Pesca-, así como a su decisión de suspender anualmente nuevas autorizaciones de captura en coordinación con los Consejos –según el artículo 24 de la Ley de Pesca-, produce distorsiones importantes en el funcionamiento competitivo de la pesca industrial, particularmente en lo que respecta a la imposibilidad de entrada de nuevos competidores y al obstáculo que ello supone para la competitividad de aquellos actores que, como Lota Protein, desean adquirir competitivamente mayores cuotas de captura para el ejercicio eficaz de su actividad económica.

⁸⁴ Newell, Richard; Sanchirico, James; Kerr, Suzi, “An Empirical Analysis of New Zealand’s ITQ Markets”, disponible en: <http://www.motu.org.nz/files/docs/MEL0278.pdf>. Traducción libre: Para que las cuotas individuales transferibles produzcan una solución eficiente en la práctica al problema de los comunes, es crítico que los pescadores puedan comprar y vender cuotas en un mercado competitivo y que éstos entreguen señales de precio adecuadas. Asumiendo mercados competitivos, la teoría de precios racionales de los activos sugiere que los precios de las cuotas deben reflejar el valor presente esperado de las rentas futuras en la pesquería. Las señales de precio enviadas a través del mercado de cuotas son, en consecuencia, una fuente de información esencial sobre la rentabilidad esperada de la pesca y un criterio importante para decidirse a entrar, salir, expandir, o contraer la actividad individual de pesca. Los precios de las cuotas deberían también señalar a los encargados de las políticas sobre la salud económica y biológica de la pesquería. Algunos han sugerido que los precios de las cuotas sean utilizadas como herramientas de medición del ajuste dinámico de la cuota global total, para optimizar los resultados de la política pesquera.

Ello tiene como causa adicional la errada técnica orgánica que el legislador ha utilizado para asignar las potestades que inciden en la estructura competitiva de este mercado, permitiendo la intervención directa de los actores *incumbentes* en la adopción de decisiones con fuerte relevancia competitiva –quienes guiados por sus incentivos han impedido la entrada de todo nuevo competidor- y la confusión entre regulador y el sujeto regulado (circunstancia objetada por el derecho de la competencia a nivel comparado).

Todo lo anterior se ha producido, además, en el contexto de la inexistencia de un mercado secundario que permita cumplir con un doble objetivo: (i) por una parte, facilitar el ingreso de nuevos actores a un mercado que ha tendido hacia una creciente concentración, impidiendo el *disciplinamiento* de conductas que debiera generar la competencia potencial o al menos la amenaza eficaz de esa competencia; y, (ii) por otro lado, evitar que los efectos *asignativos* –que se pensaron transitorios- derivados del mecanismo de asignación de la Ley de Cuotas Máximas, pudieran generar *fallas* relevantes desde el punto de vista del dinamismo competitivo del mercado.

Lota Protein desea destacar al H. Tribunal que su interés en que se implemente el mecanismo de subastas previsto en la Ley de Pesca –y que se establezca una estructura regulatoria de *segunda generación* que vele por la asignación más eficiente posible de las cuotas individuales creadas por la Ley de Cuotas Máximas- no se limita únicamente a que SUBPESCA aplique el artículo 27 de la Ley por orden de este H. Tribunal.

En efecto, es además de suma importancia que dicho procedimiento licitatorio –que debiera regularse a través del respectivo Reglamento que al efecto se dicte, o mediante instrucciones de carácter general- y que podría ampliarse en cuanto a su alcance en una futura modificación legal cubriendo la totalidad de las cuotas de pesca, cumpla con los criterios pro-competitivos establecidos por la uniforme jurisprudencia de este H. Tribunal⁸⁵, así como de la Excma. Corte Suprema⁸⁶. Dichos resguardos pueden suponer el

⁸⁵ A modo de ejemplo, así lo ha resuelto este H. Tribunal en sus recientes Informes N°5/2009 y N°6/2009, en lo relativo al criterio de adjudicación de las futuras concesiones portuarias en régimen de monooperador. En dichos Informes, se definió que las Empresas Portuarias debían considerar como variable de adjudicación el menor índice tarifario ofertado para los servicios básicos, y no a la mayor cantidad de dinero ofrecida por los postulantes.

⁸⁶ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 27 de enero de 2009, Causa Rol N°4797-2008. Considerandos 17°, 20° y 22°: “Que respecto de esta segunda medida se debe asentar, en primer término, que la resolución reclamada identifica como la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Como se ha dicho, no sólo constituye el insumo esencial para la provisión de ese servicio o producto, sino que también la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad. De ello se sigue que una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado; Que tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios; Que, sobre la base de lo referido, resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su

establecimiento de un límite al acaparamiento de cuotas –exigiendo, por ejemplo, la enajenación de todas las cuotas que excedan un determinado límite porcentual- y/o que tales subastas no se guíen exclusivamente por un criterio de mayor precio ofrecido, atendidos los incentivos naturales que, al efecto, poseen los actores *incumbentes* de mayor envergadura. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier otra consideración que este H. Tribunal pueda estimar relevante para estos fines.

En tal sentido, y para despejar toda duda acerca de la validez que una instrucción en tal sentido pudiera tener, es importante destacar que ninguna norma exige a SUBPESCA que el diseño de las subastas, conforme lo determine el Reglamento, deba hacerse de acuerdo a la mayor cantidad de dinero ofertado, siendo esta Consulta, en consecuencia, consistente con la jurisprudencia que al efecto ha establecido la Excma. Corte Suprema⁸⁷. Más aun, el artículo 27 de la Ley de Pesca prevé que el Reglamento en cuestión contemple criterios que faciliten la entrada al mercado, al señalar que: *“el reglamento determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de los cortes en los derechos por subastar, que permitan un adecuado acceso a los armadores medianos y pequeños”*.

La asignación de cuotas de pesca ha evidenciado agudas fallas en su regulación, sumado al propio comportamiento que ha tenido SUBPESCA. La presente Consulta ha pretendido mostrar que el regulador sectorial no es capaz de hacerse cargo de estas distorsiones, por un inadecuado diseño institucional; por falta de voluntad; y por una aplicación distorsionada de la Ley de Pesca que la ha apartado de algunos de sus relevantes objetivos; objetivos que el DL 211, que se aplica al regulador, viene a reforzar.

De este modo, la intervención del H. Tribunal es imprescindible para prevenir y corregir tales distorsiones, a través del uso de las potestades que el artículo 18 del DL 211 le ha otorgado expresamente para tales fines.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pido, acoger a tramitación la presente Consulta y, en definitiva:

1. Determinar que la omisión de SUBPESCA en implementar el sistema de subastas a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, constituye un acto o hecho que infringe el DL

uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia”.

⁸⁷ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 15 de junio de 2009. Causa Rol N°1855-2009. Considerandos 7° y 8°: “[E]s el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada la Junta a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Aviación (...) Que de acuerdo a lo expresado, encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo, desde que ello importa la posibilidad de tener que adjudicar una o más de las frecuencias licitadas a una empresa distinta de aquella que ofreciera la mayor suma de dinero, en el evento en que esta última tuviese más del 75% del total de las frecuencias aéreas internacionales directas existentes entre la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar; contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige (...)”.

211, al establecer restricciones indebidas al acceso y crecimiento de actores al mercado de la pesca industrial, por la vía de imponer y mantener barreras a la entrada que inhiben la competencia (i) de modo general, en el mercado de la pesca industrial y en el mercado de cuotas de pesca; y, (ii) específicamente, en los mercados de pesca industrial y de cuotas de jurel de la III a IV Regiones, de la V a IX Regiones, de la X Región y de la XIV Región. Todo ello, en directo beneficio de los actores preexistentes con una posición preponderante en el mercado.

2. En uso de las potestades que le confiere el artículo 18 N°2 del DL 211, exigir a SUBPESCA la efectiva aplicación del sistema de subastas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley de Pesca y la dictación, en el más breve plazo, del Reglamento referido en dicho precepto, permitiendo que la parte ahí prevista de la cuota global de captura para el sector pesquero industrial, se asigne a través del mecanismo de pública subasta, en los términos señalados por el artículo 27 de la Ley de Pesca.

3. Establecer que el factor o criterio de adjudicación para la subasta de las mencionadas cuotas –insumos esenciales–, no se constituya únicamente por el mayor precio ofrecido, sino que considere también variables de adjudicación pro-competitivas (v.gr. a través de límites a la acumulación de cuotas de captura y sanciones por el no uso de las mismas), sea a través de condiciones que SUBPESCA deba respetar al momento de elaborar el Reglamento, o conforme a una instrucción de carácter general que este H. Tribunal dicte al amparo del artículo 18 N°3 del DL 211.

4. Recomendar al Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Economía, Fomento y Turismo que, en el perfeccionamiento de la Ley de Pesca, y una vez terminada la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas en 2012, proponga las siguientes modificaciones normativas:

(i) La exigibilidad, sin excepciones y para la totalidad de la cuota de captura, de un mecanismo de subastas similar al que contempla la actual Ley de Pesca para la renovación parcial de la asignación de las cuotas de pesca; o en subsidio, la exigibilidad de un mecanismo de subasta para un porcentaje de la cuota, perfeccionado respecto del que contempla la Ley de Pesca vigente;

(ii) La derogación, al ser contraria a la libre competencia, de la actual conformación orgánica de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca establecida en los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca, y la eliminación de su participación en la toma de decisión referida a la aplicación del mecanismo de subasta de cuotas de pesca, y a la declaración del cierre de las unidades de pesquería; ello, por constituir tales Consejos una instancia de interacción entre los agentes del mercado de pesca industrial y, al mismo tiempo, facilitar la imposición de barreras de entrada y fallas a la regulación dadas por una confusión entre las labores de regulador y regulado; y;

(iii) La modificación del actual sistema de transferencia de cuotas de captura pesqueras, con el objeto de fomentar la creación de un verdadero mercado secundario para estos derechos, que permita a nuevos actores adquirir las cuotas de captura indispensables para

su ingreso al mercado, o a los actores pequeños ampliar su cuota a un nivel competitivo. Ello, además, en directo beneficio de una mayor transparencia en los precios, un mayor dinamismo del mercado, y así, un fortalecimiento de la libre competencia.

Primer Otrosí: Solicito tener por acompañados a esta Consulta los siguientes documentos:

1. Copia de la carta enviada por Lota Protein, con fecha 29 de septiembre de 2009, a la Subsecretaría de Pesca, sin respuesta de parte de esta última.
2. Copia del Oficio Ordinario N°971, de 9 de noviembre de 2001, enviado por la Fiscalía Nacional Económica al Congreso Nacional, con ocasión del trámite de discusión de la Ley N°19.713 de Cuotas Máximas.
3. Copia de actas de las sesiones del Consejo Nacional de Pesca, por medio de las cuales suspenden el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca.
4. Copia de asamblea extraordinaria de socios de Pesquera Lota Vedde S.A. Santa María y compañía en comandita por acciones, de fecha 17 de diciembre de 2004, reducida a escritura pública con misma fecha en la Notaría de Santiago de don Raúl Iván Perry Pefaur, que da cuenta de la constitución de Lota Protein S.A.
5. Anexos I, II y III de esta Consulta.

Sírvase el H. Tribunal, tener por acompañados los referidos documentos.

Segundo Otrosí: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°7 de este H. Tribunal, solicito tener por acompañado un disco compacto que contiene la versión electrónica de esta presentación y su Anexo, en formatos Microsoft Word y Adobe Acrobat, y la de sus antecedentes fundantes.

Sírvase el H. Tribunal, tener por acompañado disco compacto con la versión electrónica de esta presentación y la de sus antecedentes fundantes.

Tercer Otrosí: Mi personería para comparecer en representación de Lota Protein S.A. consta de acta de sesión de directorio de fecha 14 de enero de 2005, reducida a escritura pública con fecha 17 de enero de 2005, en la Notaría de Santiago de don Raúl Iván Perry Pefaur, cuya copia se acompaña en este acto.

Sírvase el H. Tribunal, tener por acreditada mi personería y por acompañada copia autorizada del documento indicado.

Cuarto Otrosí: De conformidad con lo dispuesto en el Auto Acordado N°8 de este H. Tribunal, fijo las siguientes direcciones de correos electrónicos para que esta consultante pueda imponerse expeditamente del expediente: nnehme@fn.cl, cdoren@fn.cl, bmordoj@fn.cl y mcortes@fn.cl

Sírvase el H. Tribunal, tener por fijadas las direcciones de correo electrónico y por cumplido lo señalado en el Auto Acordado N°8.

Quinto Otrosí: Solicito al H. Tribunal tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder a la abogada habilitada para el ejercicio de la profesión doña Nicole Nehme Zalaquett, de mi mismo domicilio, quien acepta el poder y firma en señal de aceptación. Hago presente que el poder conferido a doña Nicole Nehme Zalaquett consta asimismo en la escritura pública de fecha 18 de marzo de 2010, otorgada ante la Notario Público de Lota, doña Mariana Cristina Abuter Game, copia de la cual se acompaña en este acto.

Por este mismo acto, doña Nicole Nehme Zalaquett delega poder en los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Cristián Doren Quiroz y don Benjamín Mordoj Hutter, y en la habilitada de derecho, doña Mónica Cortés Moncada, todos de su mismo domicilio, con quienes podrá actuar en forma separada o conjunta, y quienes firman en señal de aceptación

Sírvase el H. Tribunal, tenerlo presente y por acompañado el documento.