

En lo Principal: Evacua consulta.

Primer Otrosí: Acompaña documentos.

Segundo Otrosí: Acompaña disco compacto con versión electrónica.

Tercer Otrosí: Patrocinio y Poder.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Pablo Galilea Carrillo, Ingeniero Comercial, R.U.T N° 7.726389-6 , Subsecretario de Pesca, en representación de la Subsecretaría de Pesca, ambos domiciliados para estos efectos en calle Bellavista 168, piso 18, Valparaíso, en los autos sobre consulta formulada por Lota Protein S. A., Rol N° 379-10 NC al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respetuosamente, digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 7, 32 y 38 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), los artículos 18, 27 y 31 del DL N° 211 de 1973 sobre defensa de la libre competencia (en adelante DL N° 211), los artículos 1 y siguientes de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (en adelante LBGAE°), los artículos 1, 24, 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante LGPA), los artículos 1 y siguientes de la Ley N° 19.713, y demás disposiciones pertinentes que se indicarán en el cuerpo del presente escrito, vengo evacuar el informe solicitado por el H. Tribunal de Defensa, con base en los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que se exponen a continuación en el presente libelo. Para la mejor comprensión, el presente escrito se divide en tres partes, las que representan tres órdenes de argumentos de diversa naturaleza y que llevan, todos ellos, a que la consulta debe ser rechazada, a saber: A. Fundamentos Jurídico Públicos; B. Fundamentos Económicos y de Derecho Pesquero; y Fundamentos de Libre Competencia.

Tabla de Abreviaturas

Art.:	Artículo
CPR:	Constitución Política de la República
DL N° 211	Decreto Ley N° 211
D.S.:	Decreto Supremo
Inc.:	Inciso
LGPA:	Ley General de Pesca y Acuicultura
LMC:	Límites Máximos de Captura
SSP:	Subsecretaría de Pesca

ÍNDICE

A. Fundamentos Jurídico Públicos	5
I.- Antecedentes de la Consulta	5
1.- Contenido de la consulta.....	5
2.- Interrelación lógica entre cada uno de los puntos solicitados	7
II.- Improcedencia de la consulta, atendida su naturaleza contencioso administrativa	8
1.- Concepto de contencioso-administrativo.....	9
2.- Solicitud de condena a la Subsecretaría de Pesca por una omisión ilegal	10
2.1 El inicio del procedimiento administrativo se establece como una facultad discrecional.....	11
2.2 La decisión de subastar no corresponde exclusivamente a la SSP.....	12
2.3 Autorización discrecional para subastar	13
2.4 Imposibilidad legal de aplicar la subasta.....	14
2.5 Conclusión parcial	15
3.- Solicitud de condena a la Subsecretaría a dictar un reglamento	16
3.1 El reglamento del art. 27 en estos momentos es superfluo.....	16
3.2 La decisión de regular es exclusiva del Poder Ejecutivo.....	17
3.3 La Subsecretaría carece de potestad reglamentaria.....	18
3.4 Inexistencia de una acción para dictar una norma.....	18
3.5 Conclusión parcial	19
4.- Solicitud de condena a la Subsecretaría para que en el reglamento de subasta se considere otras variables distintas del precio.....	19
4.1 Excedería el principio de reserva legal.....	19
4.2 El contenido del reglamento es procedimental.....	21
5.- Solicitud de recomendar al Presidente de la República que introduzca modificaciones al ordenamiento jurídico pesquero.....	21
5.1 La recomendación sólo puede ser formulada de oficio por el H. Tribunal y no procede una petición respecto de ella.....	21
5.2 La formulación de recomendaciones, si no es de oficio, sería inconstitucional	23
5.3 La consagración normativa de una política pública es potestad exclusiva de los poderes legislativo y ejecutivo	25
6.- Conclusiones de esta parte	27
III. Inadmisibilidad de la Consulta	28
1.- Jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	28
2.- Inexistencia de regulación para la situación planteada	29
3.- Los actos propios de la reclamante han sido en sede administrativa y demuestran la improcedencia de la consulta ante el H. Tribunal	31
4.- Conclusiones de esta parte	34
B. Fundamentos Económicos y de Derecho Pesquero	35
I. Ponderación de dos bienes jurídicos y principios económicos en juego: la conservación de los recursos hidrobiológicos y el desarrollo de una actividad económica.....	35
II. Evolución normativa del acceso a las pesquerías.....	39
1.- Primera etapa: régimen de libertad de acceso.....	39
2.- Segunda etapa: cierre del acceso por vía legal.....	40
3.- Tercera Etapa: entrada en vigor de la LGPA	41
4.- Cuarta Etapa: declaración de Plena Explotación de las unidades de pesquería de las III y IV regiones y X región	42
III.- Decisión político-legislativa para enfrentar la crisis pesquera de los años '90.....	45
1.- Proyecto de ley de permisos especiales de pesca.....	46
2.- Proyecto de ley de los límites máximos de captura por armador	47
3.- Renovación de la Ley N° 19.713.....	49
IV. Incompatibilidad de la Subasta y el LMC desde la perspectiva del Derecho Pesquero	52

C. Fundamentos de Derecho de la Libre Competencia.....	55
I. Cuestiones previas al análisis de Libre Competencia	55
1.- Premisas erróneas o falsas	55
2.- Improcedencia de discutir, en esta instancia, sobre las bondades o defectos del sistema de subasta	56
II.- Aspectos de Libre Competencia	59
1.- Determinación del Mercado Relevante	59
2.- Concentración en el mercado	64
3.- Barreras o condiciones de entrada al mercado	68
3.1.- Transferencias de cuotas	68
3.2.- Asociatividad entre armadores titulares de límite máximo de captura por armador	77
3.3.- Posibilidad de comprar a pescadores artesanales.....	77
4.- Eficiencia del sistema vigente.....	80
5. Breves conclusiones sobre libre competencia.....	81

A. FUNDAMENTOS JURÍDICO PÚBLICOS

En esta parte se expondrán los fundamentos de carácter jurídico, provenientes tanto del Derecho constitucional como administrativo, que puestos en relación con las normas del DL N° 211, demuestran la improcedencia de la consulta planteada. Como consecuencia de dichos argumentos podrá apreciar el H. Tribunal que la consulta es en realidad improcedente, tanto por la naturaleza de las materias que se someten al conocimiento de US. H., como también porque las facultades que se solicita ejercer al H. Tribunal resultan improcedentes en un caso como el planteado.

I.- ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

1.- Contenido de la consulta

Con fecha 19 de marzo de 2010 la empresa Lota Protein S.A. ha intentado ante este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la denominada consulta, para que éste ejerza las facultades previstas en el artículo 18 del DL N° 211 numerales 2°, 3° y 4°.

En la parte petitoria –fs. 132 a 134 de su extensa presentación- solicita, textualmente, la consultante que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determine lo siguiente:

“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 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”.

2.- Interrelación lógica entre cada uno de los puntos solicitados

La forma en que ha sido planteada la consulta, solicitando al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ejerza las citadas facultades de los numerales 2, 3 y 4 del art. 18 DL N° 211, así como el contenido de la misma, son demostrativos de una incardinación o interrelación lógica de cada uno de los supuestos que la consultante imputa a la Subsecretaría de Pesca (en adelante indistintamente SSP, Subsecretaría o Subpesca). Ello trae como consecuencia que exista una dependencia de cada uno de los puntos solicitados. En efecto, la consulta parte de la base de una supuesta omisión ilegal en la que habría incurrido la SSP al no proceder a la aplicación de la medida de administración pesquera consistente en la subasta de un porcentaje de la cuota global de captura, según lo prevé en el art. 27 LGPA. A partir de ahí, sería necesario que, para salir de la omisión ilegal en que se encontraría la SSP, ésta dictase el respectivo reglamento de subasta, previsto en el inc. 3° del art. 27 LGPA y además que dicho reglamento no atendiese sólo a un criterio de precio o mejor postor, sino que incorporase otras variables de adjudicación. Como consecuencia de todo lo anterior, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debería, además, proceder a formular recomendaciones al Presidente de la República con el objeto de proceder a la modificación legislativa y reglamentaria del sector pesquero.

En realidad Honorable Tribunal, lo que ha planteado la consultante es un verdadero silogismo lógico, es decir, si dadas unas determinadas cosas, resultarán de ellas otras necesariamente, por el sólo hecho de que son dadas. Es decir, la consultante pretende llegar a una conclusión que desea, mostrando que ella es la consecuencia forzosa de una proposición reconocida como verdadera.

En la especie, la proposición que intenta se reconozca por verdadera es que la SSP se encontraría en una situación de omisión ilegal al no aplicar la subasta a que se refiere el art. 27 LGPA. Según el pensamiento de la consultante, al ser ello así, se derivan las consecuencias necesarias del deber de dictar un reglamento, que

dicho reglamento tenga un cierto contenido y que se recomiende al Presidente de la República una modificación en la regulación pesquera. Esta relación lógica entre las diversas peticiones de la consultante puede ser formalmente válida, es decir, probablemente existe una relación de implicación entre la premisa (omisión ilegal) y su consecuencia (necesidad de dictar un reglamento, con un contenido, y modificación de la legislación pesquera). Sin embargo, y tal como se verá a través del contenido del presente libelo, tanto la premisa básica es falsa, es decir la SSP no se encuentra en la obligación legal de aplicar la medida prevista en el art. 27 LGPA, y por tanto, todas sus consecuencias que de ella derivaba la consultante no se vuelven inevitables, máxime si se considera que tales consecuencias son jurídicamente imposibles, como se verá.

Frente al contenido de la consulta expuesta, la incardinación lógica que se pretende por la consultante a las peticiones concretas en que se traduce la misma, corresponde hacer presente al H. Tribunal las consideraciones de Derecho que se exponen a continuación en el cuerpo del presente escrito.

II.- IMPROCEDENCIA DE LA CONSULTA, ATENDIDA SU NATURALEZA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En esta parte del libelo se expondrá al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la consulta planteada por la reclamante Lota Protein S.A. corresponde a una materia que es propiamente de naturaleza contencioso-administrativa, antes que una cuestión que diga relación con la libre competencia. Ello implicará que en primer término se deba dilucidar qué poderes tiene la SSP en relación con la adopción de las diversas medidas de administración pesquera y en particular, si podía haber aplicado o no la medida reclamada de subasta de cuota. Asimismo, se plantea por la reclamante la petición al H. Tribunal de condena a la SSP para que dicte un reglamento y además que éste tenga un determinado contenido. Dichos dos asuntos corresponden a ejemplos clásicos de acciones de condena a dictar una norma, cuestión que evidentemente implica determinar si ello es posible o no en el Derecho chileno. Finalmente, la cuarta

petición de la reclamante consiste en que se formulen recomendaciones al Presidente de la República de innovación al ordenamiento jurídico pesquero. Dicha petición es improcedente bajo la forma de petición concreta como la ha planteado Lota Protein S.A., siendo sólo procedente por la vía de oficio, y nunca en una resolución del Tribunal, tal como se expresará en el numeral 5 de este acápite.

1.- Concepto de contencioso-administrativo

Lo contencioso administrativo se define como el orden jurisdiccional que se encarga de controlar la correcta actuación de la Administración, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho; así como de la resolución de los posibles conflictos entre la Administración y los ciudadanos, mediante la interposición de los correspondientes recursos contenciosos-administrativos por cualquier persona en defensa de sus derechos e intereses, cuando estos se hayan visto lesionados por la actuación (o la falta de ella) de la Administración.

Si bien es cierto, la consultante ha invocado el ejercicio de las facultades de los numerales 2, 3 y 4 del art. 18 DL N 211 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando se analizan sus peticiones concretas ya expuestas, es posible llegar a la conclusión de que lo planteado es claramente un asunto contencioso. En efecto, lo que busca la reclamante es que se dé lugar a su pretensión de declaración de un incumplimiento por parte de la Administración del Estado. Y además, porque en razón de la materia contencioso-administrativa, en primer término, se debe dilucidar si la SSP tenía la posibilidad de aplicar o no el art. 27 LGPA y si jurídicamente correspondería que la autoridad pesquera fuere forzada por el tribunal de US. H. a aplicar dicha disposición legal. Evidentemente, esta parte controvierte desde luego dichas pretensiones.

Como quedará demostrado en los numerales siguientes, la consulta planteada, atendiendo sólo a la actual normativa constitucional, administrativa y pesquera debe ser desechada, si se tiene en cuenta que:

- la SSP no podría ser forzada a la aplicación del art. 27 LGPA, tanto en cuanto, se trata de una potestad discrecional que le ha entregado el ordenamiento jurídico, como por la actual configuración del sistema normativo pesquero, lo que conlleva a una suspensión de la medida de administración de subasta prevista en dicha disposición (numeral 2 siguiente);
- asimismo, la Subsecretaría no puede ser obligada a expedir un reglamento de subasta, toda vez que ella no tiene la potestad reglamentaria y porque dicha regulación, en el actual contexto normativo, sería inoficiosa (numeral 3 siguiente);
- seguidamente, no podría darse un contenido diverso al previsto en el art. 27 LGPA al antedicho reglamento, ya que ello contraría el principio constitucional de reserva legal y al ser una medida de administración pesquera consistente en la subasta, no podría considerar criterios diversos al precio y porque los parámetros que deben regularse ya han sido previstos en el inc. 3º de dicho artículo (numeral 4);
- finalmente, no correspondería que a petición de parte puedan formularse recomendaciones de modificación al ordenamiento jurídico pesquero por parte del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que se trata de una facultad exclusiva del mismo (numeral 5).

2.- Solicitud de condena a la Subsecretaría de Pesca por una omisión ilegal

Al plantear su primera petición concreta –transcrita en el numeral I. 1.- la consultante, en estricto rigor, lo que está imputando a la Subsecretaría de Pesca es la omisión ilegal al no implementar una medida de administración pesquera consistente en la subasta de un porcentaje de la cuota de pesca, en los términos a que se refiere el art. 27 LGPA.

Se soslaya, empero, por parte de la consultante que la adopción de dicha medida de administración pesquera es facultativa y está supeditada al menos a tres

elementos que impiden legalmente a la autoridad pesquera aplicar la medida solicitada:

2.1 El inicio del procedimiento administrativo se establece como una facultad discrecional

Bajo la sola vigencia de la LGPA la decisión de iniciar el procedimiento administrativo para la subasta de cuotas corresponde a una potestad discrecional de la Subpesca. Dicha potestad le ha sido entregada a la SSP bajo la forma de una competencia exclusiva. En efecto, el artículo 27 LGPA comienza con la expresión *“A iniciativa de la Subsecretaría...”*. En los casos en que el legislador utiliza dichas fórmulas quiere decir que se trata de una potestad discrecional entregada a la Administración del Estado, la que ponderando los factores de oportunidad, mérito y conveniencia podrá adoptar o no la decisión de implementar una determinada actuación, en la especie, un procedimiento administrativo.

Asimismo, al tratarse de una competencia entregada en forma exclusiva a la Subsecretaría, quiere decir que ésta se encuentra eximida del control jerárquico ante su superior, en la especie el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, ello según lo dispone el art. 34 inc. 1° de la LBGAE° *“En los casos en que la ley confiera competencia exclusiva a los servicios centralizados para la resolución de determinadas materias, el jefe del servicio no quedará subordinado al control jerárquico en cuanto a dicha competencia”*. En consecuencia, en la decisión de iniciar o no el procedimiento administrativo para la adopción de implementar la medida de administración pesquera de la subasta, la Subsecretaría de Pesca cuenta con una competencia exclusiva, respecto de la cual ni tan siquiera el Ministerio de Economía (su superior jerárquico) podría exigirle su ejercicio.

Lo anterior no quiere decir que la decisión de la SSP pueda ser inmotivada o carente de fundamento, por el contrario, como toda actuación administrativa deberá adoptarse teniendo en cuenta los objetivos que el legislador le encomienda a la Subpesca, en particular, los de *“preservación de los recursos*

hidrobiológicos” tal como ordena el art. 1° inc. 1° LGPA y el art. 12 inc. 2 del DFL N° 5 de 1983 (ley orgánica de la SSP), en que se dispone que *“Su acción está encaminada a promover el desarrollo del sector pesquero nacional, la protección, conservación y aprovechamiento integral de los recursos hidrobiológicos y del ambiente acuático del país”*. Como se verá más adelante en el presente escrito, precisamente la necesidad de limitar el esfuerzo pesquero, que se traduce en impedir que nuevos barcos pesqueros ingresen en pesquerías que se encuentran bajo el régimen plena explotación, por sí solo constituye un motivo más que suficiente para fundar la omisión en la aplicación de la medida de administración pesquera solicitada por la reclamante.

Contrariamente a lo afirmado reiteradamente por la consultante en su presentación, tales razones le fueron dadas al reclamante en Carta de respuesta **DJ N° 3905**, de fecha 26 de noviembre de 2009, cuya copia se acompaña en un otrosí.

2.2 La decisión de subastar no corresponde exclusivamente a la SSP

El art. 27 LGPA dispone dentro de los trámites esenciales para la adopción de la medida de subasta, que exista un informe técnico de la SSP y además que se adopte la decisión *“con el acuerdo por mayoría absoluta de los miembros presentes de los Consejo Nacional y Zonal de Pesca, que corresponda”*. En consecuencia, aun adoptando la SSP la decisión de iniciar el procedimiento administrativo para subastar, y contando con el informe técnico preceptivo, la decisión misma acerca de la medida estará supeditada a que los Consejos Nacional y Zonal de Pesca respectivo acuerden su procedencia por mayoría absoluta de los miembros presentes. Sólo en tal caso procedería la aplicación de dicha medida de administración pesquera.

La decisión que adopten los Consejos Nacional y Zonal de Pesca queda fuera del ámbito de control de la SSP, en efecto y tal como la ha señalado la más reputada doctrina *“Hay casos en que, dentro de la estructura jerárquica de gobierno y administración, se crean instancias o procedimientos que sustraen del ámbito de acción del Presidente de la*

República algunos aspectos del ejercicio de la potestad reglamentaria, de tal modo que el poder de decisión queda radicado en un órgano exento de su potestad de instrucción. Esto sucede en el caso la legislación pesquera, donde, si bien es cierto la forma de algunas decisiones sigue siendo la de decreto supremo, o resolución, su contenido es aportado por una decisión del Consejo Nacional de Pesca misma que no puede ser determinada -ni enervada- por la autoridad ejecutiva”¹.

2.3 Autorización discrecional para subastar

De acuerdo con lo dispuesto literalmente en el art. 27 inc. 1° LGPA, una vez acordada la subasta por los Consejos Nacional y Zonal de Pesca respectivo, lo que se obtendrá será una autorización a la SSP para subastar. En efecto, dicha norma entrega una facultad discrecional consistente, ahora, en *“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”*. Ello quiere decir que, aun concluyéndose el procedimiento administrativo con la antedicha autorización, la SSP quedará autorizada para subastar, es decir, tendrá la facultad de subastar o no. Por el contrario, la norma en comento no dispone que la SSP deba subastar. La forma en que ha sido entregada dicha facultad corresponde a la más genuina expresión de una potestad discrecional, tanto en cuanto, su ejercicio queda entregado a la decisión que adopte la autoridad, ponderando los diversos intereses que se encuentran en juego en el sector. En efecto, las decisiones pesqueras no se adoptan de forma unidireccional, sino que deben atender a una pléyade de intereses que deben armonizarse, tales como los de carácter económico, sociales, y de conservación, siendo la libre competencia uno de entre otros factores, que deberá ponderar la autoridad pesquera al adoptar o no dicha medida de administración.

¹ Aldunate, Eduardo, La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho, en Revista de Derecho de la PUCV, XXXII, primer semestre de 2009, p. 465.

2.4 Imposibilidad legal de aplicar la subasta

Sin perjuicio de lo anterior, y aun en el caso que, cumpliéndose todos los requisitos que prevé el art. 27 LGPA, la Subsecretaría de Pesca adoptare la decisión de implementar la señalada subasta, al menos durante la vigencia de la ley N° 19.713 que establece la medida de administración pesquera denominada Límite Máximo de Captura por Armador (en adelante LMC), le está legalmente vedado hacerlo ya que ambas medidas (LMC y subasta) son incompatible según dispone el art. 1 de la ley 19.713. En efecto, la citada norma dispone:

“Durante la vigencia de esta ley, las unidades de pesquería que se individualizan en el artículo 2° se someterán a una medida de administración denominada límite máximo de captura por armador.

Dicha medida de administración consiste en distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorización de pesca vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas en ella, a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el artículo 6°. (énfasis añadido)

Efectivamente, dentro de las pesquerías a que se refiere dicho artículo se encuentra el Jurel (*Trachurus murphyi*) de las áreas marítimas correspondientes a la III y IV regiones (letra a); V a IX regiones (letra c); y X región (letra d). Por su parte, el art. 23 inc. 1° de la misma ley, dispone que ella tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. En consecuencia, al menos hasta dicha fecha, la única medida de administración que puede aplicarse a la fracción industrial de la cuota global de captura, destinada a la explotación de la pesquería del jurel en sus diversas áreas, está determinada por el propio legislador y no por la Administración pesquera: dicha medida será el LMC.

Si el legislador del LMC hubiere dejado a salvo otra medida de administración aplicable a la cuota global anual de captura asignada al sector industrial lo hubiere dicho expresamente a propósito de la forma en que se distribuye la fracción industrial de la cuota global y ese no fue el caso. Por el contrario, es el total de la

cuota industrial el que se distribuye por el LMC, sin que quepa reserva alguna de parte de dicha cuota para efectuar una subasta.

De lo anterior se colige que la Subsecretaría de Pesca, al no implementar un sistema de subasta de parcialidades de cuota, actuó de forma legal porque era la única opción que le quedaba. Lo anterior, se debía tanto a razones superiores de conservación de los recursos hidrobiológicos (art. 1º LGPA), como por la propia decisión de política pesquera efectuada por el legislador, en orden a que respecto de las pesquerías a que se refiere el art. 2 de la ley N° 19.713 (entre las que se encuentra la del jurel en todas sus áreas) sólo cabe aplicar el LMC y no otra medida otra medida de administración pesquera. Sin perjuicio de lo anterior, en la parte B.IV.- se expondrán los argumentos de derecho pesquero que hacen improcedente la aplicación de esta medida.

2.5 Conclusión parcial

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que la actuación de la SSP al omitir la aplicación de la subasta a que se refiere el art. 27 LGPA constituye una forma de actuación que no sólo estaba dentro de sus poderes discrecionales, sino que era la única que legalmente le correspondía adoptar, atendida la vigencia de la ley N° 19.713.

Como consecuencia de lo anterior, se deduce necesariamente que al no existir omisión ilegal alguna, es decir, al no ser procedente la imputación que en el numeral 1 de su petitorio formula insistentemente la consultante, querrá decir que el resto de sus peticiones carecen de fundamento lógico y desde luego deben ser rechazadas.

Por el contrario, si todo esto fuere controvertido, es decir, si efectivamente la discusión jurídica versa sobre la obligatoriedad o no de implementar la medida de subasta, lo que en definitiva supone discutir acerca de si la Subsecretaría incurrió o no en una omisión ilegal, ello será una cuestión de naturaleza administrativa y

contencioso administrativa, respecto de la que, desde luego, el Tribunal de US. H. no tendría competencia en razón de la materia. Asimismo, como se verá en A.III.3, la propia actuación de la reclamante Lota Protein S.A. da cuenta de la naturaleza contenciosa y administrativa de dicha discusión.

3.- Solicitud de condena a la Subsecretaría a dictar un reglamento

A pesar de que la consultante lo intenta esconder bajo el numeral 2 del art. 18 del DL N° 211, en realidad su segunda petición concreta también es una pretensión de condena de naturaleza contencioso-administrativa. En efecto, lo que está solicitando se basa en la ya explicada supuesta omisión ilegal de la Subsecretaría, en este caso de dictar el reglamento a que se refiere el art. 27 inc. 3° LGPA. Dicha disposición establece que *“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”*. A lo anterior se agrega que dicha petición es absolutamente improcedente, atendidas las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1 El reglamento del art. 27 en estos momentos es superfluo

En este punto se debe tener en cuenta US. H. que la ley N° 19.713 fue publicada el día 27 de enero de 2001, conteniendo desde su origen el citado art. 1° antes transcrito. Cabe preguntarse entonces, qué sentido tendría regular una medida de administración pesquera que no es susceptible de ser aplicada, atendido lo expresado en el numeral anterior. Por el contrario, desde el momento en que la explotación de la fracción industrial de cuota quede entregada a la aplicación de cualquiera de las medidas de administración previstas para la explotación de las pesquerías –lo que como muy pronto ocurrirá recién a partir del 1 de enero de 2013-, será en ese momento en el que podrá plantearse la discusión eficaz acerca de si es necesario o no implementar el reglamento de subastas. Por el contrario, las pesquerías que se encuentran en la actualidad bajo un sistema de licitación, es decir, en que el ingreso para su explotación se realiza previa subasta –como sería

el caso del langostino amarillo y el bacalao- si cuentan con un procedimiento administrativo de subasta regulado en virtud de lo dispuesto en el D. S. N° 97 de 1996 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Dicho D.S. aprueba el reglamento sobre subasta de permisos extraordinarios de pesca, y en él se regulan los procedimientos de la subasta de permisos extraordinarios de pesca de aquellas pesquerías declaradas en regímenes de recuperación y de desarrollo incipiente. Por el contrario, no resulta aplicable a las pesquerías bajo el régimen de plena explotación, cuyo caso es el de la pesquería del jurel en todas las regiones.

En consecuencia, en ningún caso la SSP ha sido negligente o reluctante a la aplicación de la medida de administración consistente en la licitación y subasta de pesquerías, siempre que las condiciones legales y la ponderación de los intereses sociales, económicos y de conservación del recurso así lo indiquen.

3.2 La decisión de regular es exclusiva del Poder Ejecutivo

La dictación de un reglamento corresponde al ejercicio de una potestad pública, la que no se extingue o precluye por su no ejercicio, por lo que siempre que resulte procedente el poder ejecutivo podrá expedir el reglamento necesario para proceder a la subasta de porcentajes de la cuota. Sin embargo, la decisión de regular una materia corresponde exclusivamente a la Administración del Estado y es ella la que podrá determinar el momento en que ejerce dicha potestad. Lo expuesto no representan meras afirmaciones, sino que responde a la forma en que la propia Constitución Política de la República (CPR) ha previsto el ejercicio de la potestad reglamentaria. En efecto, el art. 32 N° 6 dispone que son atribuciones especiales del Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que **crea convenientes para la ejecución de las leyes**”* (énfasis añadido). En consecuencia, el poder para apreciar si se debe dictar o no un reglamento se encuentra entregado, por mandato constitucional, de forma exclusiva en el Presidente de la República, pudiendo éste dictar los demás reglamentos *“que crea convenientes”*.

3.3 La Subsecretaría carece de potestad reglamentaria

Yerra la demandante o consultante al solicitar a US. H. que se ordene a la SSP a dictar un reglamento y mucho más a que se incluyan entre los factores de adjudicación otros diversos del precio *“a través de condiciones que SUBPESCA deba respetar al momento de elaborar el Reglamento”*, toda vez que no es esta Subsecretaría la encargada de regular la pesca en ninguno de sus aspectos. En efecto, en primer término se debe hacer presente que la actividad pesquera se encuentra regulada en normas de rango legal, tales como las citadas LGPA y la Ley N° 19.713 que establece los LMC. Por su parte, en los casos en que la ley se remite al ejercicio de la potestad reglamentaria en materia pesquera, ésta ha sido entregada al Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Dicha potestad se ejerce bajo la forma de Decretos Supremos, en cuya dictación intervienen las antedichas dos autoridades superiores. En consecuencia, no es ésta Subsecretaría la obligada a expedir reglamento alguno en materia de subastas, sino que el reglamento a que se refiere el art. 27 inc. 3° LGPA debe ser expedido a través de un Decreto Supremo, acto normativo que, evidentemente, no puede emanar de la SSP.

En consecuencia, determinar la cuestión previa acerca de si la Subsecretaría de Pesca tiene o no la potestad reglamentaria –que desde luego no la tiene– nuevamente, es una cuestión o materia que esta parte controvierte y que hace presente, respetuosamente al tribunal US. H., se trata de una materia estrictamente contencioso-administrativa, y deberá ser un Tribunal de dicha naturaleza la que debería conocerla.

3.4 Inexistencia de una acción para dictar una norma

Como consecuencia de lo anterior se sigue que ni en el Derecho chileno –y tampoco en el Derecho comparado– existe una acción jurisdiccional que traiga como resultado la condena al ejecutivo a dictar una norma. La acción para obligar a la Administración del Estado a dictar una norma o reglamento no se encuentra

prevista en el Derecho chileno, e incluso en el Derecho comparado tampoco es aceptable su procedencia². A las razones anteriores se agregan el principio de separación de poderes y la discrecionalidad de que goza la Administración del Estado para regular o no una materia.

3.5 Conclusión parcial

Desde ya esta Subsecretaría controvierte y rechaza que se encuentre en la obligación jurídica de dictar el reglamento a que se refiere el art. 27 inc. 3° LGPA, con lo que en ningún caso podría tratarse de una cuestión no contenciosa, en los términos en que intenta incluirlo la reclamante, bajo el numeral 2 del art. 18 del DL N° 211. Esta sola circunstancia, relativa a si la Subsecretaría se encuentra o no en la obligación de dictar el mencionado reglamento que regula precisamente el “procedimiento administrativo” para la subasta de cuotas, es de carácter contencioso administrativo. En consecuencia, si debe o no dictar dicho reglamento es, desde luego, una cuestión de naturaleza contencioso-administrativa y no un asunto que por su materia, debería conocer el Tribunal de US.H.

4.- Solicitud de condena a la Subsecretaría para que en el reglamento de subasta se considere otras variables distintas del precio

En relación con esta petición es posible señalar a US. H. que la SSP se encuentra en la imposibilidad jurídica de expedir un reglamento en el sentido solicitado por la reclamante, en razón de los siguientes argumentos:

4.1 Excedería el principio de reserva legal

El art. 27 inc. 1° LGPA autoriza a que cada año la Subsecretaría pueda adjudicar mediante pública subasta un porcentaje de la cuota. Por su parte, el citado inc. 3° del mismo artículo remite al reglamento los procedimientos de subasta y el

² Así por ejemplo, en el Derecho administrativo alemán. Cfr. HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, Ed. Beck, Munich 2005, pp. 377 y ss.

establecimiento de cortes de derechos por subastar que permitan un adecuado acceso a los armadores medianos y pequeños. La LGPA no define lo que debe entenderse por “pública subasta” por lo que debe entenderse en su sentido natural y obvio. Si la Subsecretaría incluyere en su reglamento de subasta –que como se dijo, no está obligada a dictar- otros criterios, factores o variables de adjudicación, que como señala la reclamante en su escrito sean *“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”*, estaría yendo más allá de lo que el legislador ha señalado como límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. Con ello vulneraría no sólo el texto expreso de la ley, que señala un solo criterio o factor de adjudicación, que es el precio, sino también la propia norma constitucional del art. 32 N° 6. Efectivamente, un reglamento de ejecución expedido en tales términos innovaría en el ordenamiento jurídico e iría más allá de la reserva legal. Tal como lo ha determinado el propio Tribunal Constitucional en múltiples sentencias relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria, ella que procede *“nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”* (considerando vigésimo tercero, sentencia de 9 de abril de 2003 y muchas posteriores en el mismo sentido).

En consecuencia, US.H. se preguntará ¿cómo podría la Subsecretaría de Pesca atender a la pretensión de la consultante –que en realidad es una demandante- si incorporar nuevos elementos a la regulación meramente procedimental que le encarga el legislador del art. 27 inc. 3° LGPA significaría una vulneración al principio constitucional de reserva legal? Nuevamente aquí resulta palmario que la orden que solicita se dé a la Subsecretaría es imposible de ser acogida, esta vez, por razones de rango constitucional.

4.2 El contenido del reglamento es procedimental

Tal como se señaló en el numeral anterior, el art. 27 inc. 3° LGPA dispone que *“El reglamento determinará los procedimientos de subasta y el establecimiento de cortes en los derechos por subastar que permitan un adecuado acceso a los armadores medianos y pequeños”*. En consecuencia, los únicos dos contenidos a que puede atender el reglamento de subasta, según la remisión expresa de la ley, son: i) respecto del procedimiento administrativo para la subasta; y ii) los denominados cortes de derecho que permitan el acceso de armadores pequeños y medianos, dentro de los que no se encuentra la empresa reclamante. Lo anterior se traduce, en primer término, en que el reglamento deberá establecer el conjunto de trámites que deben realizarse a propósito de la subasta. Y en segundo lugar, el reglamento debería considerar la partición de la fracción de cuota que se subasta, de manera que armadores pequeños y medianos puedan participar de la subasta.

Por el contrario, y como ya se ha indicado, el reglamento no podría atender a otros criterios porque es la propia LGPA la que ha determinado expresamente los contornos de su contenido.

5.- Solicitud de recomendar al Presidente de la República que introduzca modificaciones al ordenamiento jurídico pesquero

La última petición que formula la reclamante consiste en la solicitud formulada al Tribunal de US. H. en orden a que en uso de sus facultades del art. 18 N° 4 del DL N° 211 le formule recomendaciones al Presidente de la República para que éste proponga diversas modificaciones a la normativa que rige la actividad pesquera nacional. Esta solicitud resulta improcedente en razón de las siguientes consideraciones:

5.1 La recomendación sólo puede ser formulada de oficio por el H. Tribunal y no procede una petición respecto de ella

El art. 19 N° 4 del DL N° 211 dispone que: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: N° 4 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, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la única forma de entender la facultad del H. tribunal otorgada por la disposición en comento es la señalada, en cuanto sólo puede ser ejercida de oficio y nunca a petición de una parte, sea que ésta se denomine demandante, demandada, requirente o consultante. En efecto, si tal como lo pretende la consultante, el H. Tribunal debe ejercer su facultad de formular recomendaciones al ejecutivo, debería, entonces, hacerse cargo de la petición en la resolución final de este procedimiento. Ello traería como consecuencia que, eventualmente, en la parte resolutive de su decisión debería formular tales recomendaciones, de modo de no incurrir en el denominado vicio de *minus petita*. Esta forma de actuación la propia Exelentísima Corte Suprema ha señalado que no corresponde. En efecto, en la sentencia Rol N° 1855/2009 se acoge la reclamación interpuesta y se señala expresamente que la atribución del art. 18 N° 4 DL N° 211 de efectuar proposiciones de modificaciones legales y reglamentarias, no le es permitido hacerlo al H. Tribunal en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia en un procedimiento contencioso.

Evidentemente, en este caso la consulta intentada por la reclamante ha sido por la vía no contenciosa, sin embargo, hasta aquí ha quedado meridianamente claro que el contenido de la consulta es claramente de naturaleza contenciosa y además administrativa. Asimismo, lo que se desprende de la jurisprudencia citada es que la facultad en comento, no debe estar nunca en la parte resolutive de una sentencia o resolución de un tribunal, toda vez que ello implicaría, necesariamente, un mandato al poder ejecutivo.

Reafirma el aserto anterior la circunstancia que el DL N° 211 no se ha encargado de la tramitación del ejercicio de esta facultad del H. Tribunal. Así la facultad del

Nº 1 del art. 18 se encuentra regulada procesalmente en los arts. 19 y siguientes, por su parte las facultades de los Nº 2 y Nº 3 del mismo artículo se regulan en el art. 31. Por el contrario, el DL Nº 211 nada dice respecto de la forma en que se debe proceder a la formulación de las recomendaciones. A lo anterior se agrega el propio encabezado del art. 18, ya que se refiere a las “atribuciones y deberes” del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y no solamente a sus competencias jurisdiccionales, sino a las de toda índole. Evidentemente la ley se encargó de dar un procedimiento a aquellas competencias jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, como las no contenciosas. Por el contrario, las que no tienen dicha naturaleza (como las del Nº 4 art. 18), sólo se ejercen de la forma en que los poderes públicos se dirigen entre sí cuando no tienen poder para ordenar algo de forma potestativa, esto es, por oficio.

En consecuencia, al tratarse de una facultad que sólo puede ejercerse de oficio, que no puede constar en la parte resolutive de una sentencia o resolución judicial y al carecer de procedimiento reglado, queda claro que las recomendaciones a que se refiere el art. 18 Nº 4 DL Nº 211 sólo pueden formularse por la vía en que se produce la comunicación oficial entre órganos públicos, esto es, por la vía de la emisión de un oficio del H. Tribunal al Presidente de la República.

5.2 La formulación de recomendaciones, si no es de oficio, sería inconstitucional

El art. 5 del Código Civil dispone que *“La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de Marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas”*. Como es tradicional y conocido, en la inauguración del año judicial el Presidente de la Corte Suprema hace presente tales dudas, dificultades y vacíos al Presidente de la República. Si esta facultad estuviere formulada en otros términos, es decir, si un particular pudiese accionar o solicitar a la Corte Suprema para que formulase tales recomendaciones al ejecutivo evidentemente que el resultado de la misma constituiría una intrusión en las facultades colegisladoras y normativas que con carácter exclusivo la Constitución

le ha entregado al Presidente de la República. Es por ello que en los casos en que se estima necesaria la opinión o recomendación de la Corte Suprema en un asunto que excede el ámbito judicial ha sido la propia Constitución la que lo ha dicho, y no la ley. En efecto, el art. 77 CPR, a propósito de la ley orgánica constitucional sobre organización y atribuciones de los tribunales, dispone expresamente que *“sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema”* (inc. 2). Y ello porque lo contrario, es decir, si un tribunal –sea la Corte Suprema o cualquier otro- pudiere formular a propósito de sus fallos –sean contenciosos o no contenciosos- recomendaciones al poder ejecutivo respecto de la forma en que deben ejercer sus facultades colegisladoras o reglamentarias, estaría contrariando directamente el principio de separación de poderes y por tanto, yendo más allá de sus competencias.

Ratifica lo señalado el art. 76 inc. 1º segunda frase CPR, el cual dispone que *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*. Es decir, dado que en el orden constitucional chileno existe una separación de poderes, no podrían los otros poderes inmiscuirse de forma lícita en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como consecuencia de ello, una sentencia o resolución judicial que indicase recomendaciones al poder ejecutivo estaría en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 7 inc. 1º CPR que dispone que *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”*.

De todo lo anterior se colige de forma palmaria que la única forma de entender el ejercicio de la facultad del N° 4 art. 18 DL N° 211 es entendiéndola en el contexto del orden constitucional vigente, es decir, como una posibilidad otorgada al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que de oficio, y sin ocasión de un asunto sometido a su conocimiento, pueda formular tales

recomendaciones. Lo contrario, conlleva indefectiblemente a un resultado inconstitucional.

5.3 La consagración normativa de una política pública es potestad exclusiva de los poderes legislativo y ejecutivo

La formulación de una política pública corresponde a una típica tarea de gobierno entregada constitucionalmente al Presidente de la República, quien además es el Jefe del Estado (art. 24 inc. 1° CPR). Por su parte la consagración normativa de dicha política pública corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo en ejercicio de las facultades legislativas y colegislativas, respectivamente, sin perjuicio del poder normativo reglamentario entregado en exclusiva por la Constitución al Presidente de la República (art. 32 N° 6 CPR).

En consecuencia, la discusión de una política pública y su regulación, como es el caso de la política pesquera y la discusión acerca de si corresponde o no establecer un sistema de subasta de cuotas una vez que expire el sistema de LMC, esto es el 31 de diciembre de 2012, corresponde a una discusión que debe darse en primer lugar en el foro legislativo. Por el contrario, en el ínterin, la única posibilidad que le corresponde a la Subsecretaría de Pesca es la de aplicar la normativa tal y como ésta se encuentra establecida, atendida la vigencia del principio de legalidad que regula la actuación de todo órgano del Estado (arts. 6 y 7 CPR). La propia Corte Suprema lo ha señalado en la ya citada sentencia Rol 1855/2009 FNE contra Junta de Aeronáutica Civil, en la que ha señalado que

“Octavo: 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. Los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la

legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de ésta. De estimar el tribunal que el reglamento de la ley de aviación comercial, al que se remite expresamente esta última en materia de licitación de frecuencias aéreas internacionales, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en este caso el Decreto Ley 211, sólo le es permitido proponer a la Presidente de la República su modificación, más no ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil elaborar las bases con prescindencia de lo que éste establece, como erróneamente lo hace en esta causa, por lo que a este respecto se acogerán las reclamaciones planteadas”. (énfasis añadido)

En conclusión, la formulación de una política pública corresponde a una facultad exclusiva del poder ejecutivo. Por su parte, su consagración normativa corresponde al poder legislativo, a través de las leyes y al Presidente de la República, en su carácter de colegislador y en ejercicio de su potestad reglamentaria. Para el ejercicio de tal labor el ejecutivo debe considerar los diversos intereses en juego, sean estos de carácter social, ambiental, económico, etc. En tal sentido, la consideración de la libre competencia, que desde luego debe estar presente, deberá conjugarse con otras consideraciones. Si hay una labor que es propia del poder público es la de la ponderación de los diversos intereses en juego al momento de tomar una decisión. En primer término, dicha ponderación corresponde al legislador, quien *“es el primer llamado a ponderar entre principios en situación de tensión recíproca (en especial los de rango constitucional, pero no sólo ellos), mediante el establecimiento de reglas que los concreten y den prevalencia a unos sobre otros en función de las circunstancias que deba considerarse determinantes para ello”*³. Una vez efectuada dicha ponderación y una vez que el legislador se ha decantado por la prevalencia de un principio sobre otro, o bien, por la forma en que se entiende concretado un determinado principio —como lo sería el de la libre competencia— frente a otros como el de la conservación de los recursos hidrobiológicos, *“a la misma quedan vinculados los órganos judiciales y los del poder ejecutivo”*⁴.

³ Rodríguez de Santiago, José María, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 59.

⁴ Rodríguez de Santiago, José María, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, op. cit. p. 59

6.- Conclusiones de esta parte

La petición de consulta de Lota Protein S.A. contiene peticiones concretas de condena a la Administración del Estado. A partir de ello, es posible concluir que la discusión jurídica planteada en el libelo de la consultante y que rola a fs. 131 a 134, constituye una cuestión de naturaleza contencioso-administrativa, toda vez que ellas se refieren, resumidamente a:

- Si la Subsecretaría de Pesca incurrió en una omisión ilegal al no implementar la medida de administración pesquera de la subasta;
- Si la Subsecretaría de Pesca está obligada a dictar un reglamento que regule el procedimiento administrativo de pública subasta;
- Si la Subsecretaría de Pesca puede incorporar, sin vulnerar el principio de reserva legal, en el reglamento otros factores diversos del precio en la regulación del antedicho reglamento; y
- Si corresponde que el H. Tribunal formule recomendaciones de innovación en la regulación al Presidente de la República.

Todas estas interrogantes constituyen clásicos ejemplos de lo contencioso-administrativo, que deben resolverse de forma previa a que US. H. pueda determinar si la actuación u omisión de la SSP vulnera las normas sobre libre competencia. Finalmente, se debe destacar ante US. H. el viejo aforismo, que como máxima de experiencia y sabiduría jurídica permite aclarar lo que se ha intentado hacer por la consultante, en cuanto *“en derecho las cosas son lo que son y no lo que parecen”*. Aquí, claramente, se está en presencia de un demandante que, al no estar de acuerdo con la política pesquera, no ha ejercido ni la vía procesal que corresponde ni ante el tribunal que es competente para reclamar de ello y ha intentado velar su reclamación bajo una difusa e improcedente petición de consulta.

III. INADMISIBILIDAD DE LA CONSULTA

Los términos contenciosos y las peticiones concretas de la consulta determinan que lo procedente sea que ella sea declarada inadmisibile desde ya por parte del H. Tribunal. Lo anterior se funda en los siguientes argumentos de Derecho:

1.- Jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En la sentencia de fecha 14 de agosto de 2008 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol N° 296-08 NC, se resolvió por US. H. la consulta plateada, la cual versaba, en términos generales, en que se declarase que una cláusula contractual de no competencia vulneraba las disposiciones sobre libre competencia del DL N° 211 y en que se solicitaba que el H. Tribunal adoptase las medidas que estimare pertinentes en orden a eliminar dichas cláusulas. En la citada sentencia US. H. resolvió lo siguiente:

“2) Que, este Tribunal desprende de lo anterior que el asunto sometido a su conocimiento es de carácter contencioso y no puede ser conocido y resuelto en virtud del procedimiento no contencioso previsto en el mencionado artículo 18 N° 2, toda vez que se trata de resolver respecto de la impugnación de una cláusula contractual, cuya eliminación o modificación obligaría a personas distintas de los consultantes”. (énfasis añadido)

Y luego en su parte resolutive dispone:

*“SE RESUELVE: **Declarar inadmisibile** la consulta presentada a fojas 7 por el señor José Miguel Prieto Cornejo y por Inversiones Villa María Ltda. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos y, en particular, de la facultad de plantear la licitud de la cláusula de no competir en que incide la consulta en un procedimiento contencioso”.* (énfasis añadido)

En el asunto de autos la reclamante ha invocado los numerales 2, 3 y 4 del art. 18 DL N° 211 para efectos de que se determine por US. H. que:

- i. la Subsecretaría de Pesca incurrió en una omisión ilegal que contraría el DL N° 211 al no implementar la medida de administración pesquera de la subasta;
- ii. la Subsecretaría de Pesca está obligada a dictar un reglamento que regule el procedimiento de subasta;
- iii. la Subsecretaría de Pesca debe incorporar en el reglamento otros factores diversos del precio en la regulación del antedicho reglamento; y
- iv. se proponga al Presidente de la República modificaciones legales y reglamentarias al ordenamiento jurídico pesquero.

De todas estas peticiones, las tres primeras corresponden a asuntos de naturaleza claramente contenciosa que han sido presentados bajo la forma equívoca de una consulta con un procedimiento no contencioso. En efecto, las peticiones de la reclamante o consultante corresponden a una típica acción de condena a la Administración del Estado, consistente en que ella salga de la omisión ilegal o en que dicte un acto normativo con un cierto contenido. Tales peticiones evidentemente no pueden ni deben ventilarse como una consulta no contenciosa, sino que lo que correspondería es la interposición de una demanda y seguir la tramitación de un procedimiento contencioso.

Por su parte, la cuarta petición, esto es que se formulen recomendaciones al Presidente de la República en ejercicio de las facultades del art. 18 N° 4 DL N° 211, según ha quedado dicho (A.II.5), corresponde a una facultad del H. Tribunal que sólo puede ser ejercida de oficio, y desde luego esta parte controvierte, expresamente, que pueda ejercerse a petición de parte y en un procedimiento no contencioso, circunstancias que tornan el asunto en contencioso en forma evidente.

2.- Inexistencia de regulación para la situación planteada

El Auto Acordado N° 5 de 2004 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia regula la forma en que se relacionan los procedimientos contenciosos y no contenciosos. El numeral 2 de dicho Auto Acordado dispone

que: *“En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del DL 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 D del DL 211. La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado”*. (énfasis añadido).

La regulación citada se pone en la situación en que exista una oposición por legítimo contradictor a la consulta que versa sobre hechos, actos o contratos, existentes o ejecutados. Frente a tal caso, la consecuencia será que el asunto se torne en contencioso y que la oposición se sujete a todos los requisitos de la demanda. El Auto Acordado N° 5/2004, evidentemente, no se pone en la situación planteada, esto es que la consulta verse sobre una omisión de la autoridad administrativa la que, presuntamente, produce la infracción al DL N° 211, o en la condena a dictar un reglamento con un contenido determinado, o a formular recomendaciones normativas al Presidente de la República. Si se aplicase la solución del numeral 2 transcrito, se produciría la situación paradójica en la que la SSP debería presentar una demanda en los términos previstos en el DL N° 211 respecto de hechos que ella considera perfectamente legítimos, como lo es la omisión en aplicar el sistema de subasta a que se refiere el art. 27 LGPA; respecto de obligaciones que no tiene, como lo sería la de dictar un reglamento con un determinado contenido; o respecto de la formulación de recomendaciones al Presidente de la República.

En consecuencia, dado que la situación descrita no ha sido regulada en el citado auto acordado, y frente a lo paradójico y contradictorio que resultaría que la SSP se demandase a sí misma, lo que corresponde es que US. H. declare la inadmisibilidad de la consulta, tal como lo ha resuelto en su sentencia de fecha 14 de agosto de 2008, invocada en el numeral anterior.

3.- Los actos propios de la reclamante han sido en sede administrativa y demuestran la improcedencia de la consulta ante el H. Tribunal

La reclamante a lo largo de todo su extenso libelo ha reiterado que a pesar de haber solicitado, en presentación de fecha 22 de septiembre de 2009, que la SSP diera inicio al procedimiento administrativo de subasta de cuotas, esta presentación hasta la fecha no habría sido respondida. Específicamente la consultante ha señalado en su libelo lo siguiente:

“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 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 (sic).

En realidad el texto original de la carta presentada, en la parte subrayada, señala: “*el derecho de captura de un total equivalente al cinco por ciento de la cuota global anual de captura en las unidades de pesquería de la especie Jurel de la III y IV Regiones, de la V a la IX Región y de la XIV y X Región*”.

Y más adelante agrega en su libelo:

“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” (sic).

El texto original, en la parte subrayada, señala: “No habiéndose sin embargo llevado a cabo en ninguna oportunidad a su respecto las subastas contempladas en la referida disposición de la Ley de Pesca, lo que por este medio solicitamos se realice”.

En relación con la omisión de la respuesta, la consultante agrega de forma insistente:

“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 solicitud”. (énfasis añadido)

Y agrega:

“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”.

Finalmente en la transcripción de su carta la reclamante olvida citar la parte petitoria de la misma, que es precisamente la que da cuenta de su naturaleza contenciosa y además administrativa, en la cual señala: “*Rogamos a ustedes dar respuesta a la brevedad posible en los términos del inciso segundo del artículo 11 bis de la Ley de Bases*” (sic).

La sola circunstancia antes descrita da cuenta de que la reclamante, entonces, ha dado inicio al procedimiento administrativo de solicitud destinada a lograr su objetivo ante la propia Administración del Estado. Sin embargo, ha omitido señalar que su petición fue respondida y rechazada en la mencionada **Carta DJ N° 3905 de 26 de noviembre de 2009**, que se acompaña en un otrosí. En virtud de dicha respuesta negativa a la pretensión del reclamante se puso fin al procedimiento administrativo iniciado por Lota Protein S.A. ante la autoridad pesquera.

Frente a dicha decisión administrativa lo que correspondía es el ejercicio de los recursos administrativos y contencioso-administrativos que la ley establece. Ello en virtud de lo dispuesto en el art. 15 inc. 1° de la Ley N° 19.880 de bases del procedimiento administrativo, el cual dispone: *“Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales”*. Sin embargo, la consultante, lejos de ejercer los recursos administrativos y contencioso-administrativos, ha optado por una vía, si bien novedosa, improcedente ante el H. Tribunal, con el objeto de obtener una respuesta a su pretensión procesal.

Independientemente de si se trata de un procedimiento contencioso o uno no contencioso, la actuación ante todo tribunal de justicia se rige por las reglas procesales y por principios que debe observar toda parte, entre ellos el de buena fe procesal. *“El principio de la Buena Fe Procesal impone a las partes litigantes el deber rectitud, honradez y buen proceder en la defensa de sus intereses jurídicos en el marco de un proceso judicial. Les exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, debiendo sancionarse por ende cualquier exceso en el caso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas”*⁵. Teniendo en vista dicho principio esta Subsecretaría hace presente a US. H. que **la petición del reclamante ya fue respondida en la Carta DJ N° 3905 de 26 de noviembre de 2009**. Por el contrario, si fuere como dice la reclamante, ni tan siquiera hubiere podido plantear su supuesta consulta. En efecto, el art. 54 inc. 1° de la Ley N° 19.880 de bases del procedimiento administrativo, dispone que *“Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada”* (énfasis añadido). En consecuencia, si fuere como lo plantea Lota Protein S.A., su petición pendiente de resolución ante la SSP inhibiría la posibilidad de recurrir al juez mientras no se hubiere resuelto expresa o tácitamente. Esta circunstancia, esto es, que la petición administrativa haya sido resuelta es demostrativa que la vía judicial se encuentra

⁵ BENÍTEZ, Eugenio, Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al Procedimiento Civil Chileno: II. Principios Procesales relativos a las Partes, en Revista Chilena de Derecho Vol. 34 N° 3, dic. 2007.

abierta para el reclamante, sin embargo, dicha vía es la contencioso-administrativa y no el mecanismo intentado ante el Tribunal de US. H.

4.- Conclusiones de esta parte

En consecuencia, atendido el tenor de la consulta, la que claramente se refiere a una materia contenciosa, donde lo que se busca es la condena a la Administración del Estado en orden a una omisión ilegal, que se ordene dictar un reglamento y que éste tenga un determinado contenido, como asimismo, que se resuelva que deben formularse recomendaciones al Presidente de la República para que introduzca modificaciones normativas en un determinado sentido, es que esta parte solicita a US. H. que declare la inadmisibilidad o improcedencia de la antedicha consulta, individualizada en los antecedentes de esta presentación.

B. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y DE DERECHO PESQUERO

I. PONDERACIÓN DE DOS BIENES JURÍDICOS Y PRINCIPIOS ECONÓMICOS EN JUEGO: LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS Y EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA

La industria pesquera es un ejemplo de texto de una actividad conformada por recursos comunes y escasos, cuya sustentabilidad no puede dejarse entregada plenamente a las leyes del mercado y a la libre competencia. Hacer prevalecer la libre competencia –sin restricción alguna- en este mercado sería equivalente a condenarlo su desaparición. Por ello, la conservación del recurso (y su utilización eficiente) debe ser una de las directrices imprescindibles para la política y legislación pesquera.

En su famoso artículo “*La Tragedia de los Comunes*”, Garrett Hardin ya citaba el ejemplo de la pesca como una de las industrias en que los bienes comunes se encuentran en peligro de desaparecer si se entregan exclusivamente a las fuerzas del mercado:

“Likewise, the oceans of the world continue to suffer from the survival of the philosophy of the commons. Maritime nations still respond automatically to the shibboleth of the “freedom of the seas.” Professing to believe in the “inexhaustible resources of the oceans,” they bring species after species of fish and whales closer to extinction”⁶

(Traducción Libre: “Igualmente, los océanos del mundo continuarán sufriendo por la sobrevivencia de la filosofía de los comunes. Las naciones marítimas aún responden automáticamente al lema de la “libertad de los mares”. Profesando creer en los “recursos inagotables de los océanos”, llevan a especie tras especie de peces y ballenas más cerca de la extinción”.

El bien jurídico de la conservación de los recursos es un espejo del principio económico de que nos encontramos ante un bien común y escaso y, de acuerdo a la teoría económica, debiera ser el que prime por sobre toda otra consideración. El bien jurídico de la libre competencia, consecuencia directa del orden público económico y del principio económico de libertad de los mercados, -si bien es

⁶ Journal of Science, pgs. 1243–1248 SCIENCE . VOL. 162. 13 DECEMBER 1968.

muy relevante- en este caso debe supeditarse a la conservación y uso eficiente el recurso.

A continuación analizaremos la importancia de reconocer y conciliar estos distintos bienes jurídicos y principios económicos.

La LGPA encuentra su sustento constitucional en el deber del Estado de tutelar la protección de la naturaleza contenido en el art. 19 N° 8 inc. 1° segunda frase CPR. Asimismo, se habilita al legislador para establecer limitaciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con el objeto de proteger el medio ambiente, dentro del cual, evidentemente, se encuentra el medio marino. El mandato constitucional se actualiza en el ámbito legal a través del ejercicio de las potestades que la ley entrega a los órganos de la Administración del Estado competentes para el cumplimiento de dicho deber. En el caso de las especies y recursos hidrobiológicos le corresponderá a la Subsecretaría de Pesca, la que deberá velar porque el desarrollo de la actividad pesquera pueda ser sustentable en el tiempo, como expresamente lo establece el artículo 1° de dicho cuerpo normativo al expresar *“A las disposiciones de esta Ley quedará sometida la preservación de los recursos hidrobiológicos”*.

Como consecuencia de lo anterior, uno de los principales desafíos de la regulación pesquera –tanto nacional como internacional- será lograr un equilibrio entre dos bienes jurídicos que están presentes en la regulación: el desarrollo económico y la protección del medio ambiente marino. En efecto, en la historia de la regulación nacional es demostrable como ambas premisas entran en juego y cómo en un momento determinado una debe primar por sobre la otra.

La relación entre ambos bienes jurídicos se aprecia claramente en la evolución de la normativa pesquera, pudiendo distinguirse varias etapas:

- En efecto, el desarrollo de una pesquería se **inicia siempre con el acceso abierto**, tal como lo regulan en el caso de la pesca industrial los artículos 14 y siguientes de la LGPA. En tal etapa de la evolución normativa será posible afirmar que en la ponderación de los intereses o bienes en juego **priman el**

mercado y la competencia, ya que podrá cualquiera ingresar en el desarrollo de la actividad económica, sin mayores restricciones.

En el asunto sub lite la propia reclamante, Lota Protein S.A., ingresó a la actividad de la pesca del jurel en la X Región a través de Industrial Santa María S.A. y con la nave “Santa María” en el año 1996 (conforme resolución N° 1512 de 1996 de esta Subsecretaría), es decir en el mismo momento que la práctica totalidad de los actuales actores de la pesquería ingresaron, conforme a un acceso abierto y competitivo.

Sin embargo, un régimen permanente y perpetuo de libre acceso a una pesquería no es sustentable ni económica, ni ambientalmente. En efecto, el problema se produce una vez que la explotación de la pesquería, con las naves que han ingresado, alcanza el estado de plena explotación. Se entiende por tal, aquella situación en la 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 hidrobiológica⁷.

- Alcanzada dicha **situación de plena explotación**, la ponderación de los intereses en juego debe cambiar de centro de gravedad. Efectivamente, será a partir de este momento en donde **deberá primar la conservación** de los recursos, de manera de garantizar la pervivencia del mercado. Esta circunstancia justifica, por ejemplo, la facultad de la autoridad pesquera para suspender transitoriamente el acceso a nuevos actores a la captura del recurso.

En el caso de Chile, la actividad pesquera se desarrolla a nivel industrial desde la década del 60’, partiendo con una actividad en la zona norte del país, principalmente en pesquerías pelágicas pequeñas. Esta actividad se extiende a la zona centro sur en los años 70’ y se consolida en la década de los 80, principalmente en la VIII Región. Luego se extiende al resto del país.

En el caso específico de la pesquería del jurel, se comenzó el proceso de suspensión de acceso en el año 1986, con el cierre de la pesquería de jurel en

⁷ Artículo 2 N° 20 LGPA.

la I y II regiones y la VIII región. Luego continuó en las regiones V, VI, VII y IX, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º transitorio de la LGPA (año 1991). Finalmente, se procedió al cierre en las Regiones III y IV y X. La suerte de la pesquería del jurel ha sido seguida por el resto de las pesquerías, encontrándose hoy día, prácticamente, todas las pesquerías con su acceso cerrado.

- La experiencia nacional e internacional en materia de regulación pesquera demuestra que **lo habitual es que la suspensión de acceso a una pesquería se produzca de forma reactiva y con retraso**. Ello en el sentido que las unidades extractivas autorizadas son muchas más de las que se requieren para los excedentes productivos de la pesquería. Ello conlleva a que se produzca el denominado **proceso de “sobreinversión en flota” o sobrecapacidad de pesca**. A partir de allí, junto con el cierre, el objetivo del regulador pesquero será cómo reducir el exceso de capacidad de pesca. Para lograr este objetivo de reducción de esfuerzo pesquero o de exceso de capacidad de pesca se deben implementar nuevas medidas de administración. Para ello la sola fijación de una cuota global de captura no es suficiente, ya que no evitará el fenómeno conocido como “carrera olímpica”. En el caso chileno, dicho fenómeno se eliminó a través de la dictación de la ley 19.713 o de límites máximos de capturas por armador (LMC).

En consecuencia, en la regulación pesquera no puede ni debe ser evaluada, como lo hace Lota Protein S.A., sólo del punto de vista economicista de cómo opera un mercado, ya que –especialmente en la etapa de explotación en la que se encuentra el sector pesquero hoy en día- su objetivo central es otro: **la conservación de los recursos hidrobiológicos**. Este es el marco en la cual deben insertarse o interpretarse todos los otros bienes jurídicos que intervienen en dicha regulación.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ACCESO A LAS PESQUERÍAS

La consulta presentada ante este H. Tribunal se construye sobre un supuesto errado, tal es, que el acceso a la pesquería del jurel se encuentra absolutamente cerrado, entendiéndose por dicha circunstancia la imposibilidad de ingreso de nuevos actores desde la entrada en vigor de la ley 19.079 y 19.080, ambas de 1991. Sin embargo, dicho supuesto desconoce la realidad pesquera nacional y principal problema de cualquier Administración pesquera: frenar la sobreinversión en flota y reducir la capacidad de pesca acumulada en las principales pesquerías nacionales.

Analizando la evolución de las regulaciones pesqueras nacionales con el prisma de las regulaciones de acceso propiamente tal, se mostrará cómo el acceso a las pesquerías, particularmente la del jurel (*Trachurus Murphy*), se mantuvo abierta por largos años, generándose un aumento desmedido de naves o esfuerzo de pesca, con las consecuencias negativas en la eficacia de las medidas de conservación. Frente a tal realidad, uno de los principales desafíos para la autoridad pesquera ha sido la de reducir la capacidad de pesca en las pesquerías nacionales y poder administrarla, a fin de lograr el equilibrio entre la conservación del recurso y el desarrollo económico y social que se espera.

A continuación se efectuará un análisis de la evolución legislativa en materia de acceso a los recursos pesqueros, con el objeto de demostrar que el actual estado del ordenamiento jurídico no es casual, ni el resultado de una decisión arbitraria de los entes reguladores.

1.- Primera etapa: régimen de libertad de acceso

Se trata de la etapa previa a la dictación de las leyes N° 19.079 y N° 19.080 de 1991. En efecto, hasta antes del año 1985 la pesca en Chile se regulaba bajo un criterio de libre acceso, es decir, bastaba solicitar una autorización de pesca a la Subsecretaría de Pesca y ésta la otorgaba sin la necesidad de contar con mayores requisitos.

Durante esta etapa, y hasta la década del 80' la pesca se regía por el Decreto con Fuerza de Ley N° 34 de 1931, el que fue modificado por el DFL N° 5 de 1983. Este último texto tuvo su norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo N° 175 de 1980. Ya en esta incipiente etapa de la regulación pesquera nacional, se observó el crecimiento desmedido de autorizaciones de pesca otorgadas, que en número era muchas más de las aconsejables para la explotación racional de los recursos pesqueros. Como consecuencia de lo anterior, en el año 1985 se dicta el Decreto N° 436, que congela el esfuerzo de pesca por tres años en las pesquerías de sardina, anchoveta, jurel y caballa en la I, II y VIII Regiones, lo que se traduce en que no se otorgaron nuevas autorizaciones de pesca para extraer esos recursos en dichas áreas por el plazo señalado.

A partir de 1988 la cantidad de solicitudes para iniciar y ampliar actividades de pesca crece sostenidamente y no se contaba con las herramientas regulatorias necesarias para denegar el acceso a la actividad pesquera. De esta manera, se impulsa en 1988 una modificación legal con miras a crear un marco regulatorio apropiado que permitiera enfrentar con efectividad la regulación de las pesquerías, particularmente en lo referido a restringir el acceso a ellas.

2.- Segunda etapa: cierre del acceso por vía legal

La ley 18.892, promulgada el 29 de diciembre de 1989, contiene en sus artículos transitorios la declaración de plena explotación de varias pesquerías y el congelamiento de la tramitación de nuevas solicitudes de pesca, lo que refleja la necesidad de contar con definiciones de largo plazo antes de continuar autorizando la entrada de nuevos barcos industriales. En el caso del jurel, esta ley contemplaba el cierre de acceso en sus artículos transitorios de las regiones I y II y VIII regiones. A pesar de que esta ley nunca entró en vigencia en los términos promulgados en 1989, los artículos transitorios rigieron hasta la entrada en vigor de las leyes 19.079 y 19.080 de 1991.

Desde ya se debe hacer presente a US. H. que el cierre del acceso a una pesquería, sea por vía legal o administrativa, en ningún caso supone la imposibilidad de entrada de nuevos actores a la misma, sino que un

congelamiento del esfuerzo pesquero, es decir, que no se produzca un aumento en la capacidad de pesca de los barcos autorizados para la actividad (al respecto C.II.3).

3.- Tercera Etapa: entrada en vigor de la LGPA

En el año 1991 se modifica la ley 18.892 por las leyes 19.079 y 19.080⁸. En el caso concreto que ocupa esta presentación, las modificaciones introducidas muestran los acuerdos globales que pudieron alcanzarse en esa época, destacando que el consenso obtenido, en términos de fórmulas para restringir el esfuerzo de pesca, se limitó a la definición de regímenes de acceso en función de la fase de desarrollo de las pesquerías, dos de ellos orientados al control de cuota: régimen incipiente y en recuperación; y dos orientados al control del esfuerzo: régimen de plena explotación, y régimen general de acceso.

Tal como se señaló en el numeral anterior, el régimen de plena explotación corresponde a un régimen de control de esfuerzo de pesca, que se aplica a las pesquerías cuando éstas alcanzan el estado de plena explotación. En lo esencial, al aplicar este régimen de acceso se faculta a la autoridad pesquera, de conformidad con el artículo 24 de la LGPA, a suspender el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca para la pesquería objeto de la declaración de plena explotación. Asimismo, de acuerdo a la ley, una vez suspendido el acceso a la actividad industrial, automáticamente, se suspende el acceso a la actividad pesquera artesanal⁹.

Las principales pesquerías nacionales quedan reguladas por el régimen de plena explotación, declaración que efectúa la propia normativa en sus artículos transitorios¹⁰. En el caso particular de la pesquería del jurel se declaraba en plena explotación en la unidad de pesquería de la I y II regiones y se extiende el cierre de acceso de la VIII a la declaración de plena explotación de la unidad de pesquería de la V a IX regiones.

⁸ Ley 19.079 y ley 19.080, publicadas en el Diario Oficial de 6 de septiembre de 1991.

⁹ Artículo 33 LGPA.

¹⁰ Artículos transitorios N° 1 letra c) y N° 4 LGPA.

Sin perjuicio de lo anterior, las propias leyes modificatorias que cerraban el acceso a la pesquería del jurel, incorporan el artículo tercero transitorio, que por la regulación de sus incisos segundo y tercero permite, la incorporación de nuevas naves y su respectiva autorización de pesca¹¹.

Estas normas transitorias en el caso del jurel significaron que las autorizaciones de pesca aumentaron significativamente con posterioridad a 1991, tales modificaciones estaban orientadas a darle a la V Región, particularmente al puerto de San Antonio, un impulso a su desarrollo y permitir el ingreso de nueva flota para abastecer a plantas de transformación que habían sido recientemente construidas y que con el cierre de la unidad de pesquería de la V a IX regiones quedarían sin abastecimiento.

Esta norma transitoria generó que con posterioridad a la entrada en vigencia de la LGPA se tramitará otra ley, la Ley 19.245 del año 1993, que permitió aumentar el esfuerzo de pesca en la pesquería de jurel de la VIII Región. Así, el crecimiento de la flota operativa en la pesquería del jurel, por las normas legales citadas, no se detiene. La circunstancia anterior es, a su vez, potenciada por la sustitución de naves –que es un mecanismo permitido para reemplazar embarcaciones- a través del cual se generó un proceso que acrecentó el poder de pesca de las flotas, mediante la incorporación de modernas tecnologías de apoyo a la pesca.

4.- Cuarta Etapa: declaración de Plena Explotación de las unidades de pesquería de las III y IV regiones y X región

En el año 1997 se advertía que la pesquería de jurel seguía con un aumento del esfuerzo pesquero a través del ingreso de nueva flota en las regiones III y IV, las que no estaban cerradas. Es así como en el año 1997 se declara la pesquería del jurel en dichas regiones en régimen de plena explotación y se cierra el acceso a nuevos actores¹².

¹¹ Artículo 3 transitorio Inciso tercero y cuarto LGPA.

¹² Decreto Supremo N°608 de 16 de octubre de 1997, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Con posterioridad, en el año 1998, se advierte el mismo fenómeno en la X región que era la última región a la que podían acceder los pescadores industriales. Al respecto y considerando el aumento del esfuerzo en aquella área se declara en régimen de plena explotación y se cierra igualmente su acceso¹³.

En resumen, la política de acceso que estuvo vigente hasta antes de 1985 fue la de libre acceso, por su parte, desde mediados de 1985 y con el objetivo de asegurar la conservación de recursos cuya explotación mostraba signos críticos, se utilizó la vía administrativa para denegar acceso a algunas pesquerías y se buscaron mecanismos para hacerlo más efectivo, ello se tradujo en las mencionadas Ley 18.892 de 1989 y, posteriormente en las leyes 19.079 y 19.080 de 1991, las que junto con generar un procedimiento para ello, establecieron el cierre temporal de acceso a las principales pesquerías del país a esa fecha. Sin embargo, el diagnóstico a fines de los 90, compartido por la mayoría de los actores del sector, era que había una gran sobreinversión en flota y que se carecía de instrumentos adecuados para que el esfuerzo de pesca se redimensionara a niveles acordes a la productividad de los stocks.

Por su parte, el problema de sobreinversión en flota no era exclusivo de Chile y se observaba a nivel mundial una amplia preocupación sobre el tema en los foros internacionales sobre esta materia y además, por constituir una de las fuentes de la pesca ilegal, no regulada y no reglamentada. Es así como nace en FAO, en el año 1995 el Código de Conducta para la Pesca Responsable que en su artículo 6^a Principios Generales, establece:

“6.3 Los Estados deberían evitar la sobreexplotación, y el exceso de capacidad de pesca y deberían aplicar medidas de ordenación con el fin de asegurar que el esfuerzo de pesca sea proporcionado a la capacidad de producción de los recursos pesqueros y al aprovechamiento sostenible de los mismos.”

El artículo 7^a de la “ordenación Pesquera”, por su parte, establece:

“7.2.2. Dichas medidas deberían propender, entre otras cosas, a que:

¹³ Decreto Supremo N°545 de 5 de octubre de 1998, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

- a) Se evite el exceso de capacidad de pesca y se asegure que la explotación de las poblaciones continúe siendo económicamente viable;*
- b) Las condiciones económicas en las que las industrias pesqueras operan promuevan la pesca responsable;”:*

“7.6.3 Cuando exista un exceso de capacidad, deberían establecerse mecanismos para reducir la capacidad a niveles compatibles con el uso sostenible de los recursos pesqueros a fin de velar por que los pescadores operen en condiciones económicas que fomenten la pesca responsable. Dichos mecanismos deberían contemplar el seguimiento de la capacidad de las flotas pesqueras.^{14”}

Como resultado de la adopción por la comunidad internacional del Código de Conducta se recomienda a los Estados a realizar sus propios planes de acción nacional para la reducción de la capacidad de pesca de los Estados¹⁵.

A la sobreinversión en capacidad de pesca se unió, en el año 1997, la crisis en la pesquería de jurel, la que comenzó en aquel año a mostrar signos de sobre-pesca. Fue esta crisis la que gatilló nuevamente la discusión de la efectividad de los mecanismos establecidos en la Ley de año 1991 para regular el esfuerzo pesquero, ya que era claro que el régimen de plena explotación aplicado cuando ya hay una sobre-inversión sustantiva en una pesquería no logra impedir los problemas que terminan afectando la conservación de los recursos y con ello disipando los beneficios que la actividad genera.

¹⁴ Código de Conducta para la Pesca Responsable, FAO. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Adoptado el 31 de octubre de 1995 por la Conferencia de FAO en forma unánime.

¹⁵ En el caso de Chile, su plan de acción de reducción de la flota en el sector industrial demuestra cómo luego de la ley de LMC la flota industrial se redujo ostensiblemente.

III.- DECISIÓN POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA ENFRENTAR LA CRISIS PESQUERA DE LOS AÑOS '90

La medida de control del esfuerzo ejercido en Chile desde la entrada en vigor de la ley del año 1991 (LGPA) había fracasado. Este resultado no era exclusivo del caso chileno, ya que la experiencia comparada demostraba cómo, si bien la flota no crecía en número o en sus capacidades, el sólo avance tecnológico conlleva irremediablemente un aumento de la capacidad de pesca que no tiene correspondencia con la cantidad de recursos pesqueros que es decreciente. En estas condiciones es difícil frenar la capacidad de pesca de las embarcaciones, aún más complejo si la posibilidad de sustituir una nave por otra continuaba abierta. En efecto, conforme a la LGPA del año 1991, es posible que una nave autorizada fuese reemplazada por otra, que si bien debía tener los mismos parámetros o características náuticas de la saliente, era en casi todos los casos una nave nueva e inevitablemente, con mayor capacidad de pesca. Esta circunstancia no necesariamente se reflejaba en su capacidad de bodega, sino en la tecnología empleada para la captura, en la rapidez de la nave y en definitiva en su eficiencia pesquera. Tampoco debe dejar de considerarse el aumento de las artes de pesca, que en el caso de naves sustituidas cada vez tenían redes de cerco de mayor capacidad de captura. A lo anterior se agregaba la dificultad del Servicio Nacional de Pesca para poder efectuar una adecuada fiscalización del sistema.

Ante el escenario anterior, surge la iniciativa en el Poder Ejecutivo por estudiar un proyecto de ley para modificar la LGPA del año 1991, en particular el régimen de plena explotación y a la medida de conservación de la cuota global de captura, las que, en conjunto, fueron incapaces de frenar la crisis en esta pesquería del jurel.

Esta crisis fue profunda, las capturas disminuyeron de 4.000.000 de toneladas a prácticamente un millón de toneladas. Cada vez era más evidente el sobreesfuerzo en esta pesquería, en que muchas de las naves autorizadas a capturar no tenían qué capturar con los niveles de captura autorizados. Esto coincidió con años en que el fenómeno de la “Corriente del Niño” arrasaba en

las costas del pacífico sudoriental. Este complejo escenario llevaron a que el estado de la pesquería fuera insostenible.

1.- Proyecto de ley de permisos especiales de pesca

Dado el escenario descrito, el Poder Ejecutivo formuló un proyecto de ley que creaba la institución de los permisos especiales de pesca, que consistía en asignar cuotas individuales plenamente transferibles. Este proyecto de ley fue presentado al H. Congreso Nacional el 2 diciembre de 1998, mediante mensaje N°121-339. Bajo esta modalidad se asignaba a cada armador una alícuota de la cuota global anual que se determinaba. La otra característica de este régimen era que la cuota individual se radicaba como un derecho en el patrimonio del armador, que era plenamente transferible y divisible.

El proyecto se discutió en la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado, la cual decidió con fecha 22 de diciembre de 1998 enviarlo a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para que ésta última emitiera un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del mismo, en particular sobre disposiciones de éste que, eventualmente, pudieran lesionar garantías consagradas en la Constitución Política. Dicha Comisión, emitió un pronunciamiento, determinando que el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, en principio y de manera general, se ajusta al ordenamiento constitucional. Sin embargo, hace notar que las materias que trata la iniciativa legal, en esencia, ya fueron conocidas y discutidas tanto por el Congreso como por el Tribunal Constitucional, con objeto de las numerosas reformas introducidas los años 1990-1991 a la ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura. Dicho marco regulatorio es el que actualmente se encuentra vigente, por lo que a la fecha, estas normas han dado lugar a la práctica y a una jurisprudencia que, en el transcurso de casi ya un década, no han motivado mayores controversias de constitucionalidad¹⁶.

¹⁶Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 6 de abril de 1999.

La oposición a este proyecto de ley fue de pocos actores, pero contundente, en donde se destaca a la propia empresa reclamante en estos autos, sucesora legal de la empresa de aquella época, la que presentó un cuestionamiento de constitucionalidad, argumentando fundamentalmente en contra de las cuotas individuales transferibles y en que abogó por un sistema de control de esfuerzo pesquero a través del establecimiento de días de captura por armador. Dicho sistema a juicio de la autoridad estaba absolutamente obsoleto y había demostrado en múltiples experiencias internacionales estar fracasado, particularmente, en aquella época en que los mecanismos de fiscalización eran precarios.

En este contexto se produce el cambio de Gobierno del año 2000, con una crisis pesquera profunda. El proyecto presentado por el Poder Ejecutivo había fracasado, no encontrando el respaldo requerido para sacar adelante una reforma de esa envergadura. En este momento se denota el cambio de las circunstancias en la disposición para los cambios en la legislación pesquera. El fracaso de la iniciativa legislativa anterior, marcó al sector pesquero en su conjunto. El Gobierno por su parte, tenía claro que, cualquiera que fuera la iniciativa que presentara al Parlamento debía salir con éxito y, en el menor tiempo posible.

2.- Proyecto de ley de los límites máximos de captura por armador

El Gobierno formuló el proyecto de ley denominado de los límites máximos de captura por armador. Este era un proyecto de ley que fue concebido como transitorio desde su origen. Inicialmente sería presentado sólo para la pesquería del jurel de la IV a la X Regiones, sin embargo, en el proceso de su formulación se decidió incorporar todas las otras pesquerías que se encontraban en ese momento declaradas en plena explotación, con la excepción de las pesquerías de la I y II Regiones.

Al tomar la decisión de presentar este proyecto de ley se reconocen los siguientes hechos de la causa: La regulación dada por la LGPA estaba obsoleta, se reconocía que no contenía los mecanismos de regulación adecuados para

enfrentar la profunda crisis por la que atravesaba el sector pesquero nacional, en especial el sector pesquero industrial. Sin embargo se reconocía, asimismo, que una reforma de la envergadura era una tarea de largo aliento y la crisis del jurel no soportaba más tiempo. Es así que, finalmente, el 31 de agosto de 2000, se envió a la Cámara de Diputados, un proyecto de ley destinado a dar solución a los problemas más graves detectados hasta entonces, para lo cual propuso en el ámbito del sector pesquero industrial el establecimiento para el sector industrial por un período de dos años de una nueva Medida de Administración, denominada Límite Máximo de Captura por Armador (LMCA), dispuesta no en sustitución sino como un complemento de la medida de Cuota Global de Captura, aplicable a las principales pesquerías nacionales; El proyecto de ley presentado al Parlamento, no estuvo exento de dificultades, en ningún caso de la magnitud del proyecto anterior, pero que sin embargo, hicieron sus efectos en el articulado finalmente aprobado.

Dicho proyecto y propósitos se materializaron en la ley 19.713, publicada el 25 de enero de 2001. Los beneficios de esta ley fueron inmediatos. No sólo se puso término a la carrera olímpica y sus negativos efectos y al ilimitado interés de los armadores por aumentar la capacidad extractiva de su flota, sino que además permitió lograr el control de las cuotas asignadas al sector industrial, acabó con las crisis por agotamiento prematuro de las cuotas, se consiguieron los objetivos de conservación planteados, y se pudo proyectar, en conjunto con los actores, la administración de las pesquerías, por último, de su aplicación surgió un renovado interés de los actores por la conservación de los recursos pesqueros y su adecuado manejo.

En definitiva, la aplicación de esta ley transitoria permitió establecer incentivos adecuados para lograr el necesario equilibrio entre la conservación de los recursos y el desarrollo de la industria pesquera del país.

En este sentido, es importante destacar que los criterios adoptados por la ley chilena para la asignación inicial de cuotas, se encuentran plenamente en línea con aquellos utilizados internacionalmente. Esto se muestra en el cuadro a continuación, que se refiere a los principales países pesqueros del mundo¹⁷:

País	Criterio 1	Criterio 2	Criterio 3
Australia	Tasas de captura histórica	Principio de igualdad de distribución	
Canadá	Registro de capturas históricas	Tamaño de los buques	Capacidad y nuevas inversiones
Islandia	Registro de capturas históricas	(Bajura) Cuotas iguales	(Parte pesca capelan) Capacidad del barco
Namibia	Evaluación discrecional del gobierno	Historial de capturas en la industria	Inversión de instalaciones en tierra
Holanda	Tasas de captura histórica	Registro de capturas históricas	Potencia motor del buque
Nueva Zelanda	(Alta mar) Captura real y capacidad	(Bajura) Sólo buques operan en la pesquería	
EEUU	Registro de capturas históricas		

3.- Renovación de la Ley N° 19.713

Cumplida la primera etapa de vigencia de la ley N° 19.713, destinada a atender las necesidades más urgentes de reformas, se abrió el desafío de avanzar hacia una nueva fase, orientada a abordar la reforma integral de modernización de toda la actividad, reclamada por todos los actores involucrados. El 7 de junio de 2002, el Gobierno, cumpliendo el compromiso adquirido dos años antes durante la tramitación de dicha ley transitoria N° 19.713, envió al Congreso un nuevo conjunto de modificaciones, constitutivas de una segunda etapa en el proceso de reestructuración y modernización de la regulación pesquera.

¹⁷ ARNASON, Ragnar. A Review of International. Experiences with ITQs. University of Portsmouth, United Kingdom. 2002.

Los objetivos de este nuevo proyecto en lo que al sector industrial corresponde se pueden resumir en los siguientes: i) Reforzar los instrumentos de regulación para la conservación de los recursos pesqueros; ii) Mejorar la forma de asignar los recursos entre cada uno de los sectores involucrados, y otorgar mayor estabilidad a dichas asignaciones; iii) Maximizar el crecimiento económico del sector, incentivando el otorgamiento de un mayor valor a los productos, y aumentar la generación de mejores empleos en la industria vinculada a la pesca extractiva y iv) Mejorar y adecuar la participación de los sectores involucrados en el proceso de toma de decisiones.

Ahora bien, habiendo enviado el Poder Ejecutivo este proyecto de ley en junio de 2002, para mediados de noviembre, es decir, a seis semanas de que venciera el plazo transitorio de vigencia de la Medida de Administración introducida por la ley N° 19.713, el 31 de diciembre de 2002, aún se encontraba en su primer trámite constitucional en el Senado, habiendo sido objeto de una enorme cantidad de indicaciones parlamentarias, sobre las 900, que hacían virtualmente imposible su promulgación antes de esa fecha. La falta de acuerdo político sobre numerosos aspectos del proyecto, con las consiguientes negociaciones y demoras, impidieron su pronta aprobación. Con ello, el fantasma de la “carrera olímpica” se hacía presente una vez más.

Frente a dicho panorama político, poco auspicioso para una reforma profunda al régimen jurídico pesquero, y considerando que dentro de muy poco expiraba la medida de administración creada por la ley N° 19.713, se hizo urgente su prórroga, a fin de impedir el regreso a una etapa superada en la actividad pesquera nacional. Conforme a ello, el 18 de noviembre de 2002 se envió un nuevo proyecto de reforma a la ley 19.713, más breve que el anterior, por el cual se disponía prorrogar la vigencia de dicha ley, pero además legislaba sobre algunas de las materias más urgentes y esenciales contenidas en el primer proyecto de largo aliento enviado en junio último. Tras ingentes negociaciones que culminaron con un amplio acuerdo político gestado por el Gobierno, con el explícito respaldo de prácticamente todos los sectores involucrados y convertida en un verdadero símbolo de la Agenda Pro-Crecimiento, este proyecto de “ley

corta” se materializó en la ley N° 19.849, publicada el 26 de diciembre de 2002. En su Artículo 1° esta ley introduce seis modificaciones a la ley N° 19.713, siendo la más relevante en este caso la prórroga de la medida de administración Límite Máximo de Captura por Armador hasta el 31 de diciembre del año 2012.

El año 2002 se cierra entonces con una reforma parcial a la LGPA que, además de prorrogar el régimen transitorio instaurado por la ley N° 19.713 - y con ello la aplicación de los Límites Máximos de Captura por Armador -, logra un avance sustancial en algunas de las materias que más interesaban al Poder Ejecutivo y que había propuesto en el mes de junio, en beneficio de todos los agentes del sector.

IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA SUBASTA Y EL LMC DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PESQUERO

Sin perjuicio de lo ya señalado en A.II.2.4, a propósito de la imposibilidad jurídica de aplicar hoy día una medida de administración consistente en la subasta de cuota, con base en el art. 27 LGPA, es la propia evolución normativa la que también demuestra la incompatibilidad entre subasta y LMC. En efecto, si bien la ley de LMC declara en su artículo 21 inciso primero que no modifica la LGPA, ello no puede ser interpretado –y en la práctica no lo ha sido- en el sentido que todas las medidas de administración pesquera puedan o deban ser aplicadas de manera conjunta con los LMC.

La ley N° 19.713, que establece el LMC, fue concebida tramitada y aplicada para administrar la totalidad de la fracción industrial de la cuota global de captura. Sin que en momento alguno se considerase la posibilidad de que una parte de ella no quedara comprendida dentro de la administración que se daba por esta ley. De ello da cuenta, la propia literalidad del art. 1 inc. 2° de la ley N° 19.713 cuando dispone que el LMC *“consiste en distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorizaciones de pesca vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas en ella”*. (énfasis añadido)

A la literalidad de la norma se agrega lo ocurrido durante la tramitación del proyecto de ley de LMC. Así, durante su tramitación en el Congreso Nacional un grupo de 5 diputados presentó una indicación, en la que solicitaban la aplicación del artículo 27 LGPA para el año 2002.

“22. De los Diputados señores Navarro, Arratia; Pérez, don José, y Venegas, para agregar el siguiente artículo nuevo: “La primera subasta en pesquerías sometidas al régimen de plena explotación a que se refiere el artículo 27 de la ley General de Pesca y Acuicultura será convocada para hacerse efectiva en dichas pesquerías respecto de las cuotas globales anuales establecidas para el año 2002.”

Sometida a votación esta indicación, se rechazó por mayoría de votos.

De igual modo, fue declarada como inadmisibile para los mismos diputados el tema de las subastas previstas en el artículo 27 LGPA:

“4. De los Diputados señores Navarro, Arratia; Pérez, don José, y Venegas, para agregar un artículo 22, nuevo, que sustituya el artículo 27 de la ley General de Pesca y Acuicultura por el siguiente: “Artículo 27.- En las unidades de pesquerías sujetas al régimen de plena explotación, la Subsecretaría, por decreto supremo, adjudicará anualmente, mediante pública subasta, el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al 5% de la cuota global anual de captura. 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 y procesadores de productos del mar destinados al consumo humano, pequeños y medianos.”¹⁸

Lo anterior, demuestra —ahora desde la perspectiva de la historia legislativa— cómo los intentos de hacer compatible el mecanismo de subasta con la medida de los LMC fueron desestimadas por el propio Congreso Nacional.

A mayor abundamiento, la ley 19.849 que prorrogó el sistema de administración del LMC hasta el 31 de diciembre del año 2012, incorporó en la LGPA el art. 43 bis.

“Artículo 43.- bis.- Los titulares de autorizaciones de pesca en unidades de pesquerías administradas con límite máximo de captura, sea que efectúen o no la actividad conforme a la excepción establecida en el artículo 8° de la ley 19.713, y los titulares de certificados otorgados en conformidad con el artículo 9° de la ley 19.713, pagarán el monto de la patente a que se refiere el artículo anterior incrementada en un 110%, durante el periodo de vigencia de dicha medida. No obstante, durante el año 2003 dicho incremento será de 27% y durante el año 2004 será de 65%.

Del monto de la patente que se deba pagar conforme al inciso anterior, se descontará el 33% del valor que cada armador deba pagar por la certificación de capturas establecidas por el artículo 10 de la ley 19.713”. (énfasis añadido)

La disposición transcrita establece que los titulares de LMC deberán pagar una patente anual incrementada en un 110% por las naves que tengan autorizadas y que estén comprendidas en el derecho de su coeficiente de participación relativo, sea que operen o no dichas naves. Este incremento se establece bajo el supuesto de que toda la fracción industrial de la cuota global es administrada bajo los

⁻¹⁸ Idem. P. 53.

LMC. Los titulares de naves sujetas a LMC deben pagar más que la patente habitual porque con dicha medida de administración se les asegura la posibilidad de explotar el equivalente en toneladas que corresponda al coeficiente de participación relativo asignado para una unidad de pesquería.

En realidad, para que un sistema como el vigente, basado en la administración de LMC hubiese sido compatible con una subasta, como la que dispone el artículo 27 LGPA se requeriría que lo hubiese contemplado expresamente en el artículo 43 bis LGPA. Ello se hubiese traducido en que la norma en comento dispusiese la deducción del pago de la patente de aquella parte que se extrae de la cuota global de captura para la licitación. Lo contrario implicaría un pago sobre una parte de la cuota global de captura, que no se reparte entre los titulares de LMC, pero respecto del cual sí deberían pagar patente.

C. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. CUESTIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LIBRE COMPETENCIA

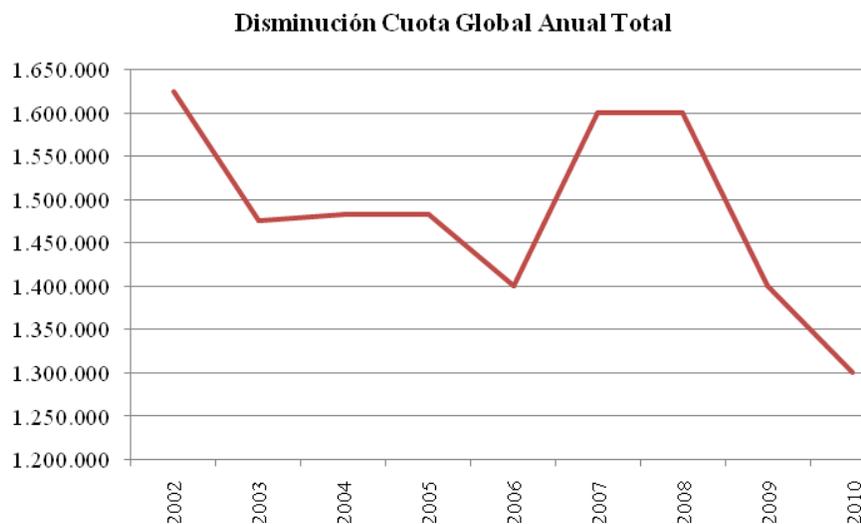
De forma previa al análisis de los fundamentos provenientes del Derecho de la Libre Competencia, es necesario aclarar los errores o puntos que inducen a confusión en la presentación de la consultante, así como las razones que hacen inadecuado discutir en el foro judicial materias propias de la decisión de una política pública.

1.- Premisas erróneas o falsas

En esta parte del informe, se demostrará que las peticiones hechas por Lota Protein S.A. carecen de suficiente fundamento y legitimidad desde la perspectiva de la libre competencia. No obstante lo anterior, es preciso aclarar de forma previa que para un lector desinformado respecto al sector pesquero y su funcionamiento, la (mal llamada) consulta formulada tiene la virtud de crear una apariencia de veracidad al estar creativamente formulada sobre la base de premisas erróneas o artificiosas, como se demostrará.

Un ejemplo palmario de lo anterior, es el cuadro del que se vale Lota Protein S.A. para señalar que los desembarques de peces y su cuota de pesca han ido en clara disminución con el tiempo. Se debe aclarar que lo que ha ido en una franca disminución con el tiempo es la cuota global anual de captura, toda vez que son los stock pesqueros –esto es, el número de peces- el que ha ido en disminución. En consecuencia, para ser fieles con la realidad el gráfico que Lota Protein presenta y titula como “total de desembarques industriales a nivel nacional (tons)”, debiera llamarse “Disminución de la cuota global anual de captura”, la cual, efectivamente, ha tendido hacia la baja como se muestra a continuación¹⁹.

¹⁹ Datos Subpesca calculados para efectos de ley y regulación de la cuota global anual



De esta forma, la conclusión correcta en este caso, es que -ya que la cuota global anual ha ido en disminución- la cuota de **todas** y cada una de las empresas pesqueras también ha ido en disminución, por lo que el caso de Lota Protein S.A. no hace más que reflejar la situación general de una industria donde el valor esencial debe ser la sustentabilidad del recurso. Lo anterior, es sólo uno de los tantos ejemplos de las premisas erróneas o falsas sobre la cual se ha construido la consulta de Lota Protein y que se evidenciarán en el desarrollo de los siguientes puntos.

2.- Improcedencia de discutir, en esta instancia, sobre las bondades o defectos del sistema de subasta

Resulta inconducente e inoportuno discutir en esta instancia respecto de las potenciales ventajas o desventajas que un sistema de subasta para la asignación inicial de cuotas pesqueras y el efecto que ésta podría generar para libre competencia en la industria. La razón de ello es clara: si bien este es un tema importante que las autoridades pertinentes (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) deberán discutir en su oportunidad, diseñar el sistema de subasta supone la omisión de etapas legales que no han sido cumplidas, a saber:

- Que se declare que la Subsecretaría de Pesca ha incurrido en una infracción al DL N° 211 por no aplicar el artículo 27 LGPA, en circunstancias que la aplicación del artículo 27 estaría suspendida, según se ha explicado latamente en los acápites anteriores (A.II.2.4 y B.IV).

- Aunque se considerara que el artículo 27 estuviese vigente, para aplicarlo se requeriría que la autoridad –que en este caso, no correspondería a la Subsecretaría de Pesca, sino que al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, como depositario de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en virtud de la Constitución Política- dictara un reglamento acorde con el mismo. En este sentido, cabe hacer presente que la mal llamada “consulta” ni siquiera está dirigida al organismo pertinente, ya que a la Subsecretaría de Pesca no le corresponde dictar un reglamento (Ver A.II.3.3).
- Más aún, requeriría el acuerdo por mayoría absoluta de los miembros presentes de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca, lo que evidentemente no ha ocurrido y -más aún- paradójicamente se solicita la eliminación de los mismos en la “consulta”. En otras palabras, se aboga por una suerte de artículo 27, pero modificado y adaptado según las necesidades de Lota Protein S.A. (como lo es pedir aplicar un artículo 27 sin la existencia de los Consejos de Pesca).
- Si todos los requisitos anteriores se cumplieran, la Subsecretaría tiene de todas formas -como ya se ha mencionado-la iniciativa exclusiva para abrir esta subasta, si lo considera útil y necesario (Ver A.II.2 *in totum*).
- A partir de lo expuesto, resultaría un contrasentido pasar por alto la ley, la Constitución y las atribuciones propias del Tribunal de Defensa de Libre Competencia, y abocarnos a discutir el diseño de una licitación tan hipotética. Consideramos que el diseño de las políticas públicas -una vez que éstas han sido aprobadas (no como en el caso en estudio)- corresponde al Legislador y al Ejecutivo. Esto no importa una privación de atribuciones del Tribunal de Defensa de Libre Competencia para expresar su opinión sobre qué tipo de asignación de derechos iniciales de pesca le parece más conveniente desde la perspectiva de la competencia. Pero no se puede llegar a la meta sin correr la carrera, como lo pretende la denunciante.

- Finalmente, todas las peticiones realizadas por Lota Protein dependen de que se declare que la Subsecretaría de Pesca ha incurrido en una infracción al Decreto Ley 211 en un procedimiento no contencioso. En consecuencia, como ya lo mencionábamos desde el principio de este informe (Ver A.I.2.-), las premisas que usa Lota Protein son equívocas, y -al serlo- todo el resto de las peticiones se encontrarían viciadas. Es improcedente que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe una infracción en un procedimiento de naturaleza no contencioso. Consiguientemente, todo el resto de las solicitudes de Lota Protein caen por sí solas, al estar estrechamente vinculadas a la primera y errada solicitud.

II.- ASPECTOS DE LIBRE COMPETENCIA

En este acápite se abordarán los temas propios de libre competencia relacionados con el asunto de autos. En esta tarea, nos vemos obligados a aclarar y separar varios mercados y/o actividades que son muy distintos entre sí, pero que Lota Protein S.A. ha tratado como uno solo en su presentación.

Para la revisión de los aspectos relativos a la libre competencia cuya comprensión resulta fundamental para la decisión de este asunto, nos centraremos en los pasos siguientes:

- 1.- Determinación del mercado relevante
- 2.- Concentración en el mercado
- 3.- Condiciones o barreras de entrada del mercado
- 4.- Eficiencia del sistema vigente

1.- Determinación del Mercado Relevante

Iniciaremos entonces el análisis por el comienzo natural de todo caso de libre competencia, omitido por lo demás en la consulta: la determinación del mercado relevante. Para ello, nos remitimos a la definición del concepto de mercado relevante establecido en la Guía de Operaciones de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica:

“Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”.

Antes de proceder a la determinación exacta de este mercado, resulta necesario distinguir al menos tres actividades diferenciadas en la pesca industrial:

- **Actividad de la pesca extractiva**, mediante la cual operadores artesanales e industriales capturan los peces necesarios para ejercer su actividad. La captura de peces no se relaciona con la oferta y demanda, sino con los dispuesto por la ley en virtud de otros bienes jurídicos que deben promoverse (como lo conservación de recursos hidrobiológicos).
- **Actividad del procesamiento del producto de la pesca**, mediante la cual se transforman los productos en bienes elaborados, como harina de pescado, conservas, congelados para consumo humano, etc.
- **Actividad de comercialización de los productos elaborados**, como lo son la venta de la harina de pescado, conservas, congelados, etc.

El principal centro de la “consulta” es la actividad de la pesca extractiva, pero vale la pena describir brevemente los vínculos entre estas actividades. Así, es importante señalar que en Chile, la gran mayoría de los operadores de pesca industrial son además dueños de las plantas que se requieren para procesar el producto de su pesca. **Es decir, existe una suerte de integración entre las primeras dos actividades.** Así por ejemplo, Lota Protein no sólo se dedica a la pesca extractiva, sino además, es dueña de su planta de harina de pescado.

Este hecho resulta importante para el caso en estudio, toda vez que de inmediato se puede eliminar la hipótesis de que existiría una demanda del producto de la pesca distinta de la misma actividad pesquera extractiva. En otras palabras, por ejemplo, el pescador industrial A no tiene que competir con el pescador industrial B para que le compren el producto de la pesca.

En donde sí existe competencia, y un mercado real regido por la oferta y la demanda -siendo esta bastante fuerte en algunos casos, es en la actividad de comercialización de productos elaborados. En este sentido, la competencia se lleva al mercado internacional, siendo por ejemplo Perú uno de los competidores más fuertes de Chile en harina de pescado²⁰.

²⁰ Sin perjuicio de que existen distintos tipos y calidades de harina de pescado ofrecidas en el mercado nacional e internacional

En relación con la pesca artesanal, existe además el importante mercado de venta en el muelle o playa, que será analizado a propósito del tema barreras de entrada y que igualmente se rige por oferta y demanda para determinar el precio de los productos.

Habiendo formulado las precedentes aclaraciones, procederemos a determinar el mercado relevante afectado en este asunto. Sin embargo, dada la falta de claridad de la “consulta”, determinaremos los mercados relevantes que nos parecen más correctos en el caso de autos. Para ello, utilizaremos diversos escenarios. Aquel que nos parece más correcto de acuerdo a las alegaciones de Lota Protein: el mercado relevante de las cuotas de pesca en las unidades de pesquería en las que participa la consultante. Sin perjuicio de ello, nótese que igualmente podrían distinguirse al menos dos mercados adicionales:

- a. Podría igualmente construirse un mercado relevante de venta de productos elaborados a partir de la pesca, donde las empresas enfrentan una fuerte competencia internacional. De admitirse este mercado relevante, debe admitirse también el bajo poder de mercado del cual disponen las empresas, toda vez que los precios son determinados por factores que exceden las fronteras de nuestro país. Este es un mercado que presenta las características propias de un mercado competitivo.
- b. Asimismo, cabe mencionar el mercado de la venta de productos en playa por parte de los pescadores artesanales. Si bien en este informe este mercado es considerado como un síntoma de la ausencia de barreras de entrada, creemos que vale la pena mencionarlo en razón de las varias alusiones que hace la “consulta” sobre el mismo. Como se demostrará más adelante, este es un mercado muy competitivo, donde el precio es determinado por la oferta y demanda de productos. En consecuencia, tampoco podrían visualizarse características que indiquen falta de competencia a su respecto.

Mercado relevante de las cuotas de pesca en las unidades de pesquería en las que participa la consultante:

Como ya lo señalábamos, la actividad pesquera extractiva (generalmente integrada con el procesamiento) es la principal involucrada en este caso. La actividad pesquera extractiva es un mercado regulado, por lo que debemos atender a sus características particulares para definir el mercado de referencia.

En este caso, es la Ley N° 19.713 que establece el LMC la que define cuánto puede pescar cada operador dentro de la cuota global anual. Más aún, la ley ha distinguido las “unidades de pesquería” que están constituidas por distintos tipos de peces en distintas zonas geográficas o por los mismos peces en distintas zonas geográficas. La ley define unidad de pesquería como el *conjunto de actividades de pesca industrial ejecutadas respecto de una especie hidrobiológica determinada, en una área geográfica específica*²¹. Por ejemplo, las unidades de pesquería a las cuales se les aplica la Ley de Límites Máximos de Captura, son las siguientes²²:

- Jurel I-II región
- Sardina y Anchoqueta I-II región
- Jurel III-IV región
- Sardina y Anchoqueta III-IV región
- Jurel V-IX región
- Jurel X región
- Sardina común y Anchoqueta V-X región
- Merluza de cola V-X región
- Merluza de cola XI-XII región
- Merluza del sur 41° 28,6' LS al 47° LS.
- Merluza del sur 47° LS al 57° LS
- Congrio dorado 41° 28,6' LS al 47° LS.
- Congrio dorado 47° LS al 57° LS

²¹ Artículo 2 N° 45 ley de pesca

²² www.sernapesca.cl

- Merluza de tres aletas 41° 28,6' LS al límite sur de la XII región
- Merluza común IV región al 41° 28,6' LS.
- Camarón nailon II- VIII región
- Langostino amarillo III-IV región
- Langostino colorado I-IV región

En consecuencia, es la ley la que determina cuánto se puede pescar y en qué unidad de pesquería. Por ejemplo, a la empresa X se le puede permitir pescar un 5% de la cuota global anual de congrio dorado en los paralelos 41° 28,6' LS al 47° LS. Por tanto, lo mencionado nos lleva a la inevitable conclusión de que el mercado relevante no puede determinarse de acuerdo a los tradicionales criterios de sustitución desde el punto de vista de la demanda, sustitución desde el punto de vista de la oferta, competencia potencial, etc., sino más bien, hay que atender a lo que la propia ley ya ha determinado previamente. Esto es así porque la actividad de pesca extractiva no funciona bajo los parámetros clásicos de la oferta y la demanda.

¿Cuál es entonces el mercado relevante en este caso? En virtud de las consideraciones anteriores, no queda más que concluir que el mercado relevante está constituido por las cuotas de captura (transferibles) de unidades de pesquería que la propia ley ha determinado. Específicamente, en este caso está constituido por las cuotas de aquellas unidades de pesquería en las cuales la denunciante Lota Protein S.A. participa, pues es ahí donde esta empresa compete (y para las cuales tienen sus plantas de procesamiento) y -a pesar de que no se señala expresamente en la consulta- es ahí donde se considera que el mercado está cerrado, concentrado y se han incrementado ostensiblemente las condiciones de entrada²³.

Las unidades de pesquerías en las cuales la denunciante participa, o dicho en de otra forma, tiene cuota, son:

- **Jurel V-IX región**
- **Jurel X región**

²³ En sustento de este argumento por ejemplo citamos a Lota Protein alegando que no puede comprar a los pescadores artesanales en condiciones de competencia. Evidentemente, esto debe referirse a los peces que requiere para las plantas de procesamiento que posee.

- **Sardina común y Anchoqueta V-X región**
- **Merluza de cola V-X región**

En otras palabras, el mercado relevante del producto y geográfico (enmarcado en la actividad de pesca extractiva que está integrada con el procesamiento de los peces) está constituido por las cuotas de captura de las cuatro unidades de pesquería recién mencionadas (y definidas por la propia normativa vigente). En cada una de estos mercados relevantes, participan diferentes empresas de pesca industrial con diferentes cuotas. De ellos, los mercados más importantes son los del jurel, toda vez que este tipo de pez es el que genera un mayor valor en su venta de productos terminados.

Finalmente, es importante mencionar que la “consulta” combina artificialmente las cuotas de estos cuatro mercados relevantes, de manera de obtener conclusiones favorables a Lota Protein, en circunstancias de que sus competidores y sus características son claramente diferentes según cada unidad de pesquería.

2.- Concentración en el mercado

La consulta afirma que el sistema de límites de cuotas máximas individuales por armador (así es como denomina erróneamente al LMC) ha generado una concentración en el mercado. Así, en su página 54 la “consulta” señala:

“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”.
(énfasis añadido)

En este párrafo, Lota Protein reúne los conceptos de barreras de entrada y concentración, lo cual, desde un elemental análisis teórico y práctico de libre

competencia, resulta errado. Nos haremos cargo del tema barreras de entrada y transferibilidad de cuotas en el siguiente acápite, siendo importante, en primer lugar, hacernos cargo del mito de que la ley N° 19.713 sobre LMC ha incrementado significativamente la concentración en el mercado.

La denunciante muestra ciertos gráficos en los cuales hay armadores que han disminuido sus cuotas de mercado, pero esto no tiene relación alguna con que se haya aumentado significativamente la concentración del mercado en general, como se demostrará a continuación. Más aún, es un hecho notorio que en la mayoría de las industrias están continuamente saliendo y entrando nuevas empresas (siendo las que salen generalmente las más pequeñas del mercado, como ha ocurrido en otros sectores, por ejemplo con los almacenes frente a los supermercados).

El hecho es que -como bien lo sabe este honorable Tribunal- la mejor forma para medir la concentración de mercado en libre competencia es el índice Herfindhal Hirschman (en adelante “IHH”). Existe un consenso nacional e internacional sobre este respecto, sin perjuicio de lo cual esta medición -como cualquier otra- siempre puede ser susceptible de ser mejorada. Los umbrales del IHH han sido establecidos internacionalmente y recogidos reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de Libre Competencia y por la misma Fiscalía Nacional Económica en la Guía de Operaciones de Concentración. En virtud de estos umbrales:

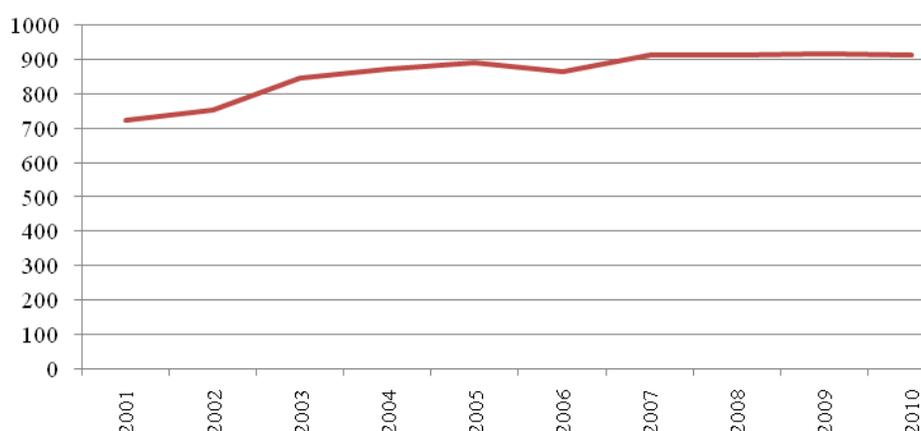
Sobre 1800	•Mercado altamente concentrado
Entre 1000 - 1800	•Mercado moderadamente concentrado
Bajo 1000	•Mercado no concentrado

En consecuencia, lo que corresponde es medir el IHH para cada uno de los mercados relevantes definidos en el acápite anterior. Normalmente, se entra en discusiones sobre la cuota de participación de mercado de cada una de las partes

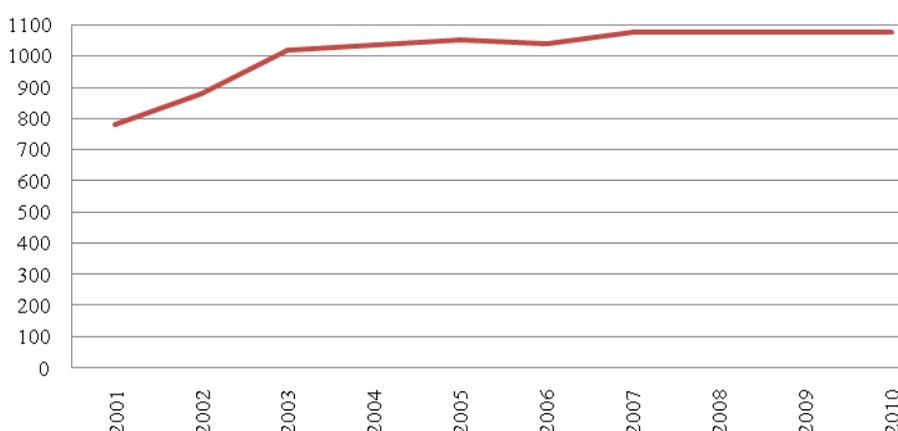
para calcular este índice. Sin embargo, en este sentido el mercado que analizamos presenta facilidades únicas, ya que las cuotas de participación de mercado están determinadas en la ley y registradas en la Subsecretaría de Pesca.

Vamos a mostrar los IHH según cada uno de los cuatro mercados relevantes definidos en los cuales participa Lota Protein. Los gráficos siguientes muestran la evolución del IHH por mercado:

Evolución HHI Sardinia V-X Región: 2001-2010



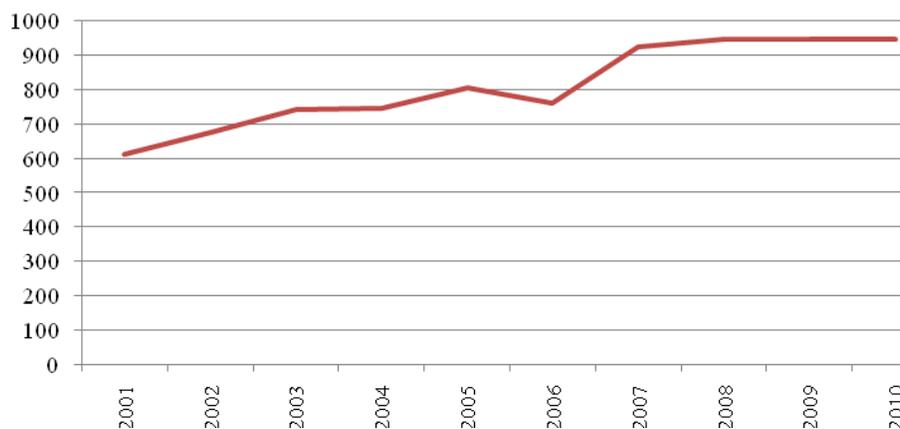
Evolución HHI Anchoveta V-X Región: 2001-2010



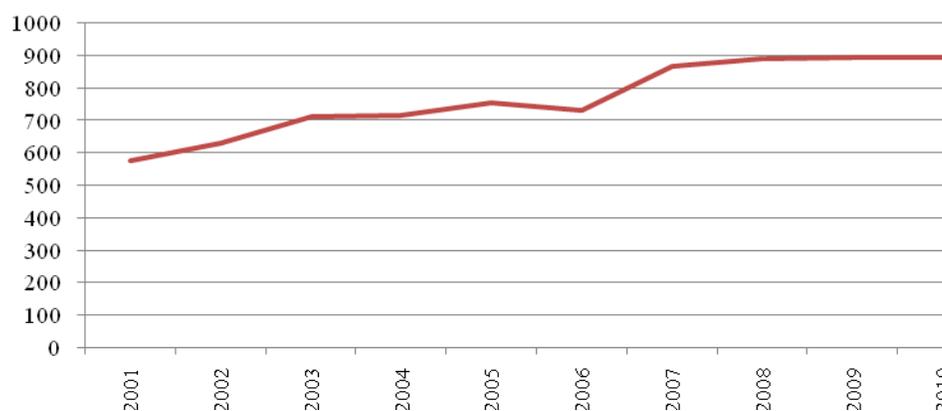
Evolución HHI Merluza de cola V- X Región: 2001-2010



Evolución HHI jurel V- IX Región: 2001-2010



Evolución HHI Jurel X Región: 2001-2010



En consecuencia, en un plazo de casi 10 años, si bien es cierto la concentración ha aumentado, ésta no ha superado los 1.000 puntos en el IHH, con excepción de la anchoveta que apenas los supera -llegando a 1.075.

En todo caso, como se verá más adelante, la sardina y anchoveta es capturada en casi el 80% por el sector artesanal. En consecuencia, la cuota industrial es baja en relación a la cuota total de esta unidad de pesquería, por lo que -si bien el IHH es levemente más alto en la sardina y anchoveta- esto no es determinante, debido a que el acceso al 80% de esas cuotas depende de la oferta y la demanda de quién compra a los artesanales.

En otras palabras, los cuatro mercados relevantes no son concentrados ni tampoco han tendido a la concentración significativa en un período de 10 años, por lo que mal puede atribuirse efecto a la Ley N° 19.713 de LMC.

Más aún, es difícil encontrar un mercado que haya sido revisado por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia menos concentrado que los que acabamos de revisar. En cualquier caso, la concentración de un mercado es sólo uno de los datos que debe tenerse presente para medir su competitividad. Sabemos que las condiciones o barreras de entrada resultan esenciales para medir la desafiabilidad del mercado, por lo cual abordaremos este tema a continuación.

3.- Barreras o condiciones de entrada al mercado

Este acápite será dividido en tres partes destinadas a demostrar que efectivamente hoy existe un mercado de transferencia de cuotas pesqueras que funciona de acuerdo a las reglas de oferta y la demanda. Si Lota Protein, o cualquier otro potencial interesado en la industria, quisiera ingresar en este mercado, podría acceder a ello mediante la compra de cuotas pesqueras. Para estos efectos, distinguimos tres mecanismos:

1. La transferencia de cuotas pesqueras.
2. Asociatividad entre armadores titulares de LMC.
3. Posibilidad de compra de productos a pescadores artesanales.

3.1.- Transferencias de cuotas

La LGPA contempló la transferencia de naves con su respectiva autorización como mecanismo para ingresar a la actividad o industria pesquera cuando se ha cerrado el acceso a nuevos actores por motivos de conservación. Este es el sistema que opera en el régimen de plena explotación²⁴ y que se mantiene durante la vigencia de la ley de límites máximos de captura, Ley N° 19.713.

En este último caso, **la transferencia de la nave trae aparejada la transferencia de la cuota que esa nave representa en el coeficiente de**

²⁴ Art. 23 LGPA.

participación relativo del armador. El sistema de transferencia contemplado no es perfecto. Por el contrario, consideramos que efectivamente podría mejorarse considerablemente, especialmente ya que la cuota está vinculada a la nave, lo cual produce dificultades al momento de transferir las cuotas respectivas. Más aún, consideramos que el mejoramiento del sistema de transferencias debe ser uno de los principales desafíos del nuevo Gobierno, pero que esto debe hacerse como toda otra política pública: en la sede del Congreso Nacional, donde –por supuesto- debieran tomarse en cuenta aspectos relativos a libre competencia, siempre .en el marco de la conservación de los recursos.

No obstante, a pesar de las dificultades de transferencia, la consultante omitió información relevante de destacar: **Las transferencias de cuotas pesqueras no sólo existen, sino que han sido relevantes en número y en porcentajes de traspasos, como se verá más adelante. Durante la vigencia de la ley 19.713 se ha logrado la existencia de un verdadero mercado de cuotas, que permite que Lota Protein haya podido perfectamente comprar para aumentar su participación en cualquiera de los mercados relevantes en los que participa o en otro distinto.**

En efecto, la transferencia de naves con su respectiva autorización de pesca antes de la entrada en vigor de la ley 19.713 fue utilizada ampliamente por los armadores industriales. Esa fue la vía por la que nuevos actores ingresaron a la pesquería de jurel, tal como el caso de **Lota Protein S.A.**

En efecto, la consultante es la continuadora legal de la empresa Industrial, Comercial e Inmobiliaria Aries S.A. Esta última empresa –Aries S.A.- fue autorizada por Resoluciones Exentas N° 1433 de 1992 y N° 113 de 1993 para desarrollar actividades pesqueras extractivas en la unidad de pesquería de la V, VI, VII y IX regiones con una nave en construcción denominada,

posteriormente, “LA NIÑA I”²⁵. Para ello, Aries S.A. adquirió las respectivas naves con sus autorizaciones de un grupo de armadores salientes²⁶.

Luego de la entrada en vigor de la Ley N° 19.713 en enero del año 2001, la institución de la transferencia de nave ha seguido operando plenamente entre los armadores industriales. **Al contrario de lo señalado en la “Consulta”, la transferencia de naves no ha sido marginal, ni menos escasa dentro de la actividad pesquera industrial, tanto es así que entre los años 2001 y 2009 se efectuaron 319 transferencias de naves sólo en las unidades de pesquería de jurel de III y IV Regiones; jurel V a IX Regiones y jurel X Región.**

Las transferencias se han utilizado no sólo como un mecanismo de transferencia de nave con su respectiva autorización como en el caso anterior, sino como una **vía de transferencia de cuota asignada al armador o titular de límite máximo de captura**, debido a que cada transferencia de nave implica un movimiento en los coeficientes de participación relativo del armador que vende y del armador –nuevo o antiguo- que compra, debido a la forma en cómo se determinan los coeficientes de participación relativo de cada armador. En otras palabras:

- Cada armador tiene un Límite Máximo de Captura (LMC) según unidad de pesquería. Por ejemplo (hipotético): el Armador X tiene un LMC de 1.000 toneladas de jurel en la unidad de pesquería del jurel de la X Región (equivalentes al 8% de coeficiente de participación relativo de la fracción industrial de la cuota global anual).
- En virtud de lo anterior, cada armador –mediante la venta de naves- puede transferir:

²⁵ La resolución exenta N° 1081 de 1993 actualizó las características náuticas de la nave en construcción, la que posteriormente pasó a denominarse “La Niña”.

²⁶ En efecto, Aries S.A. adquirió de Nicolás Kegevic Ahumada; Pesquera Famso S.A; y Pesquera Grimar S.A., tal como consta de las resoluciones N° 1422, N° 1423, N° 1424, N° 1425, N° 1246 y N° 1427 todas de 1992 de esta Subsecretaría.

- Coeficientes de su participación relativa en la pesquería. Por ejemplo, puede vender a otra empresa una nave que signifique el 0,9% de su 8% de LMC del jurel de la X Región.
- Asimismo, puede vender su LMC completo, en este caso, transfiriendo todas sus naves para dicha unidad de pesquería.
- Ambas situaciones se producen en la industria pesquera o puede suceder también que se transfieran todas las naves pertenecientes a un mismo armador y, en consecuencia, se transfiera directamente su LMC (en el ejemplo, el 8%).

Estas aclaraciones son importantes para clarificar y transparentar los argumentos y números que se presentan a continuación.

Con lo ya mencionado, pasaremos ahora a analizar la transferencia de cuotas como elemento que necesariamente descarta la existencia de barreras de entrada relevantes al mercado.

Para estos efectos, al revisar las cifras disponibles, debemos considerar los siguientes elementos:

- Número de transferencia de naves. Cada una de estas transferencias, implica una transferencia de cuota de pesca (de coeficiente relativo) abierta a entrantes.
- Porcentaje del LMC involucrado en estas transferencias. Evidentemente, es muy distinto un escenario en el cual existen 100 transferencias que representan un 1% del LMC de una unidad de pesquería, a un escenario en el cual existen 10 transferencias, pero que representan un 50% del LMC de la unidad de pesquería respectiva.
- Asimismo, es importante conocer cuántas empresas ingresan al mercado relevante, para lo cual disponemos de una muestra constituida por las tres unidades de pesquería del jurel.

Las transferencias y los cambios que se provocan en los coeficientes de participación relativos deben quedar reflejados en una Resolución de la Subsecretaría de Pesca que refleje dichos cambios o movimientos en el universo de armadores a los cuales se les aplicará la medida de administración en el año calendario siguiente.²⁷

En el cuadro siguiente se observa el número de transferencias ocurridas durante la vigencia de la ley N° 19.713 de LMC por cada unidad de pesquería de jurel de la III a la X Regiones. **La transferencia de cada nave significa la posibilidad de ingresar a la actividad pesquera o de aumentar la participación que un armador detenta.**

Año	III-IV Región	V-IX Región	X Región
	N° naves	N° naves	N° naves
2001	23	62	57
2002	11	15	19
2003	5	14	9
2004	5	20	17
2005	6	13	13
2006	3	9	9
2007	1	2	2
2008	0	2	2
2009	0	0	0
TOTAL	54	137	128

Cada una de las transferencias anteriores significa un cambio en los coeficientes de participación relativo del armador que transfiere así como del armador que compra la nave. Asimismo, significa un cambio en los porcentajes totales de cada uno dentro del LMC.

²⁷ Resolución N° 3894 del año 2009, que fija el universo de armadores a los que se le aplicará la medida de administración de LMC en la unidad de pesquería de jurel V a IX Regiones.

Cada una de esas transferencias es una oportunidad en que Lota Protein – así como cualquier otro potencial entrante - tuvo para aumentar su participación en el mercado del jurel, que asciende a 319 sólo considerando solamente estas tres unidades de pesquería (recordemos que la consultante participa solamente las últimas dos, es decir, no dispone de cuota para la unidad de pesquería del jurel en la III-IV región).

Antes de continuar con los porcentajes de dichas transferencias, resulta importante mencionar las razones por las que las transferencias han ido en disminución hacia el año 2009 (llegando a cero en estas pesquerías en dicho año). Los motivos que explican esta disminución son básicamente dos: (i) en cualquier industria, la inversión inicial generalmente es superior, hasta que el mercado llega a su “equilibrio” (esto es especialmente cierto considerando la enorme sobre inversión que existía antes de la entrada en vigencia de la ley de LMC), (ii) existe incertidumbre en la compra de cuotas dada la caducidad de la ley de LMC el año 2012, lo cual evidentemente constituye un de desincentivo a la inversión.

En el cuadro siguiente se muestra la variación por unidad de pesquería de los coeficientes de participación relativos por armador. Es decir, muestra el coeficiente de participación relativo que se transfirió en cada ocasión. Por ejemplo, el año 2001 hubo una transferencia de 62 naves en la pesquería del jurel de la V-IX Región. **En total, las 62 naves representaron una cuota o coeficiente de participación relativo de 36,1%, es decir, más de 1/3 del LMC de dicha unidad de pesquería. En la X región, se transfirió un equivalente a casi el 80% de la cuota.**

Año	III-IV Región		V-IX Región		X Región	
	Nº naves	% Coeficiente	Nº naves	% Coeficiente	Nº naves	% Coeficiente
2001	23	14,80%	62	36,10%	57	32,60%
2002	11	7,90%	15	7,50%	19	12,60%
2003	5	3,60%	14	2,40%	9	2,50%
2004	5	3,60%	20	13,90%	17	10,60%
2005	6	2,80%	13	6,20%	13	9,20%
2006	3	0,90%	9	8,60%	9	9,90%
2007	1	0,20%	2	1,40%	2	1,40%
2008	0		2	1,20%	2	1,00%
2009	0		0		0	
TOTALES	54	38,8%	137	77,3%	128	79,8%

En otras palabras, sabemos que sólo en las tres unidades de pesquería del jurel:

- se hicieron sobre 300 transferencias de naves, y
- que el porcentaje acumulado de cuota de dichas transferencias es extremadamente relevante.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que las supuestas barreras de entrada a este mercado no son las que Lota Protein pretende: lo planteado por el titular de la consulta no es concordante con la realidad.

Más aún, para reforzar la argumentación, en el siguiente cuadro se muestran los armadores que vendieron completamente su participación de la LMC entre los años 2001 y 2009, así como los que aumentaron y disminuyeron sus cuotas. Asimismo, el cuadro siguiente es importante ya que muestra la entrada de actores a la industria.

Situación de los LMC	Jurel III-IV Región		Jurel V a IX Región		Jurel X Región	
	N° Armadores	% Cuota	N° Armadores	% Cuota	N° Armadores	% Cuota
Vendió el total	28	58,26	47	41,64	39	42,16
Aumentó su participación	7	36,57 a 53,35	9	40,57 a 57,14	12	53,44 a 67,58
Disminuyó su participación	2	5,15 a 3,84	6	17,77 a 17,12	1	4,38 a 4,33
Compró durante el período	8	42,8	12	25,72	12	28,08
Compró y Vendió en el período	9		14		15	

Como bien puede desprenderse de este cuadro, **sólo en el caso de la pesquería de jurel de la V a IX región** si se analizan los **armadores** que existían el 2001 respecto de los que tienen LMC durante el 2010 se observa que:

- 47 armadores que representan un total de **41,64%** del coeficiente de participación relativo de la unidad de pesquería, **vendieron la totalidad de sus LMC durante el período en análisis,**
- **9 armadores aumentaron su LMC pasando en total de 40,57% a 57,14%;**
- **6 armadores bajaron su LMC en total de 17,77% a 17,12%;**
- **12 armadores con un total del 25,72% de la cuota corresponden a armadores nuevos,** esto es ingresaron a la pesquería después del 2001 y actualmente son titulares de LCM. Esto demuestra el ingreso de nuevos actores en este mercado, signo propio de toda industria competitiva.

Existen situaciones similares en las otras dos unidades de pesquería de jurel. Lo que se demuestra entonces es que existe una industria dinámica, en la cual no sólo se traspasan coeficientes relativos de participación, sino que la totalidad de las cuotas asignadas por la ley de LMC. Se muestra igualmente el **dinamismo** del aumento y disminución en las cuotas, como síntoma claro de un mercado competitivo. Finalmente, reiteramos la importancia de la entrada de armadores nuevos al mercado.

Respecto de las otras unidades de pesquería en las que participa el consultante, las transferencias de naves y cuotas se muestran a continuación:

Año	Anchoveta V-X Región			Sardina común V-X Región			Merluza de cola V-X Región		
	N° naves	% cuota transferida	Cuota transferida (ton)	N° naves	% cuota transferida	Cuota transferida (ton)	N° naves	% cuota transferida	Cuota transferida (ton)
2001	57	0,3433	23.113,9	56	0,3631	36.663,8	64	0,3555	30.677,0
2002	10	0,0410	6.684,4	12	0,0789	9.411,2	14	0,0858	9.351,1
2003	12	0,0440	4.999,5	13	0,1008	7.019,4	5	0,0134	1.660,7
2004	7	0,0478	4.895,8	7	0,0474	3.002,8	19	0,1603	19.426,8
2005	6	0,0297	4.310,8	6	0,0438	3.353,9	11	0,0636	6.618,5
2006	5	0,0356	3.633,1	5	0,0260	1.642,8	8	0,1222	14.813,2
2007	1	0,0029	352,8	1	0,0174	117,9	1	0,0101	1.054,6
2008	2	0,0146	2.394,2	2	0,0224	1.706,2	4	0,0181	1.897,5
2009	0			0			0		
TOTAL	100	55,8%	50384,582	102	69,9%	62918,094	126	82,8%	85499,488

En estos casos, las conclusiones son similares a las anteriores:

- **En total existen sobre 300 transferencias de naves en las tres unidades de pesquerías mostradas, que sumadas a las del jurel ya vistas en las que participa la consultante bordean las 600 transferencias.** Éstas son 600 ocasiones en las cuales la consultante pudo haber adquirido una cuota pesquera.
- **El porcentaje de cuota transferido en cada pesquería supera el 50% en los tres casos, llegando casi al 83% en el caso de la merluza de cola.**

En consecuencia, no sólo han existido muchas transferencias de cuotas de las cuales la consultante podría haber adquirido una parte, sino que además dicha parte es significativa en relación a la cuota total por pesquería.

3.2.- Asociatividad entre armadores titulares de límite máximo de captura por armador

Otra forma de transferencia en la ley a 19.713 se incorpora en el artículo 7, que permite que una vez publicado el decreto que establece los límites máximos de captura por unidad de pesquería, los titulares puedan, en un plazo de 10 días corridos, asociarse con otros armadores con el objeto de operar en forma conjunta durante ese año calendario.

En el mensaje por el cual el Presidente de la República envía el proyecto de ley de Límites Máximos de Captura por Armador al Congreso²⁸, explica que:

“Otro aspecto relevante que considera el proyecto de ley, se refiere a la facultad que se da a los armadores para hacer efectivo su límite máximo de captura en conjunto con otros armadores, para lo cual se establece un procedimiento particular...

Esta facultad permitirá hacer más eficiente la actividad pesquera extractiva, en especial para aquellos armadores en que su límite máximo de captura sea sustantivamente menor a la capacidad extractiva de su flota.”.

Este mecanismo ha sido utilizado ampliamente por los armadores titulares de límite máximo de captura, en particular, porque se ha transformado en una venta de cuota durante un año calendario entre los armadores industriales.

3.3.- Posibilidad de comprar a pescadores artesanales

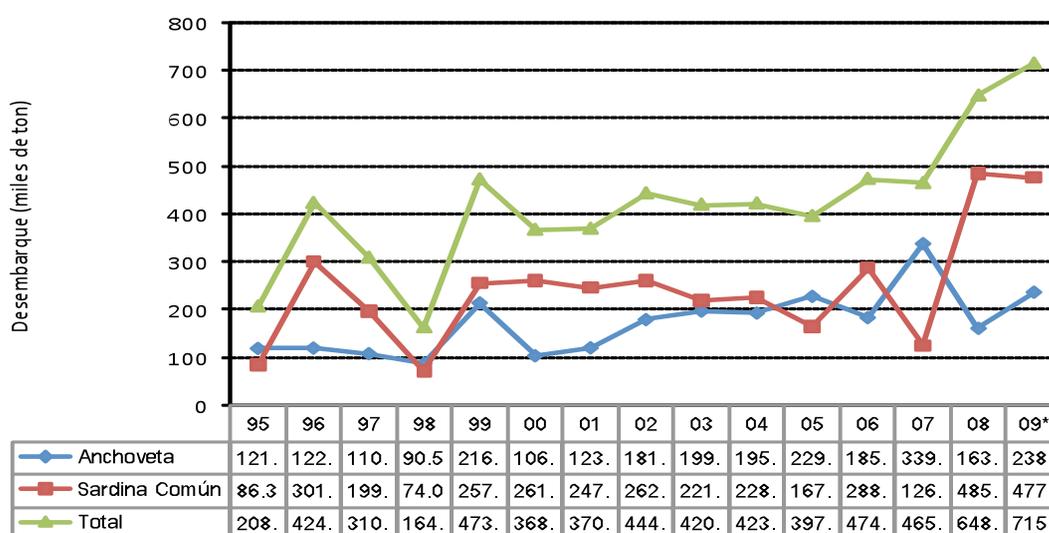
Existen diversas unidades de pesquería, como los son, especialmente, la sardina y la anchoveta, en las cuales los pescadores artesanales capturan sobre un 80% de

²⁸ Historia de Ley 19.713. Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Santiago, Chile 2001, Volumen 1. Biblioteca Congreso Nacional. Página 7.

la disponibilidad de peces, por lo cual las empresas pesqueras industriales compran directamente dichos productos a los pescadores artesanales.

El precio “de playa” del producto de la pesca artesanal es un verdadero mercado regido plenamente por las leyes de oferta y demanda, donde se vende al producto al mejor precio ofrecido²⁹.

El gráfico siguiente nos muestra del desembarque artesanal de anchoveta y sardina común en la octava región³⁰:



De acuerdo con este gráfico, efectivamente la pesca artesanal de estas dos especies ha ido en aumento. Dicho aumento ha beneficiado directamente a los pescadores artesanales ya que -como recién mencionábamos- las empresas compran sus capturas. Más aún, se considera que el precio que reciben por sus

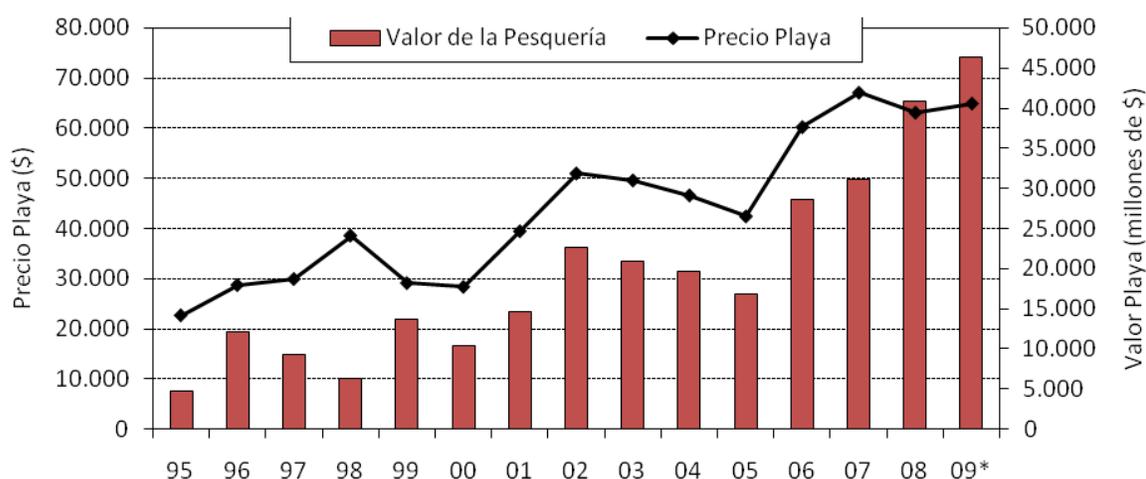
²⁹ En su presentación, Lota Protein señala que le es muy difícil comprar a pescadores artesanales, esgrimiendo:

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 razones.

Es importante entender que esta afirmación de Lota Protein tiene por objeto confundir los hechos que se producen en este mercado, La única razón que podemos encontrar en esta argumentación se produce exclusivamente para el jurel de consumo humano. Es decir, se produce sólo para una parte de los 4 mercados en los cuales participa la “consultante”.

³⁰ Datos Subpesca.

capturas es superior al valor de la pesquería, como se muestra en el gráfico a continuación³¹:



En otras palabras, si Lota Protein quisiera aumentar su cuota de participación de mercado –por ejemplo- en sardina y anchoveta, bastaría que comprara dichos productos a los pescadores artesanales, como deben hacerlo todo el resto de los competidores. Evidentemente, ello implicaría aceptar el juego de la libre competencia, y –en consecuencia- estar dispuesto a pagar un precio competitivo (es decir más alto que sus competidores) a los pescadores artesanales.

En conclusión, las condiciones o barreras de entrada al mercado distan de ser insuperables (sin perjuicio de ser perfectibles), ya que permiten la entrada por diversas vías:

- i. Primeramente, mediante la transferencia de cuotas pesqueras. Hemos demostrado este método no sólo existe en la letra de la ley, sino que efectivamente se han realizado sobre 600 transferencias de naves en las unidades de pesquería de las cuales participa la consultante, todas por cuotas acumuladas significativas del total.
- ii. Asimismo, mencionamos la posibilidad que da la ley de asociatividad entre armadores titulares de límite máximo de captura por armador.

³¹ El precio de playa es calculado asumiendo que este es un 12% del precio de exportación de Harina de Pescado.

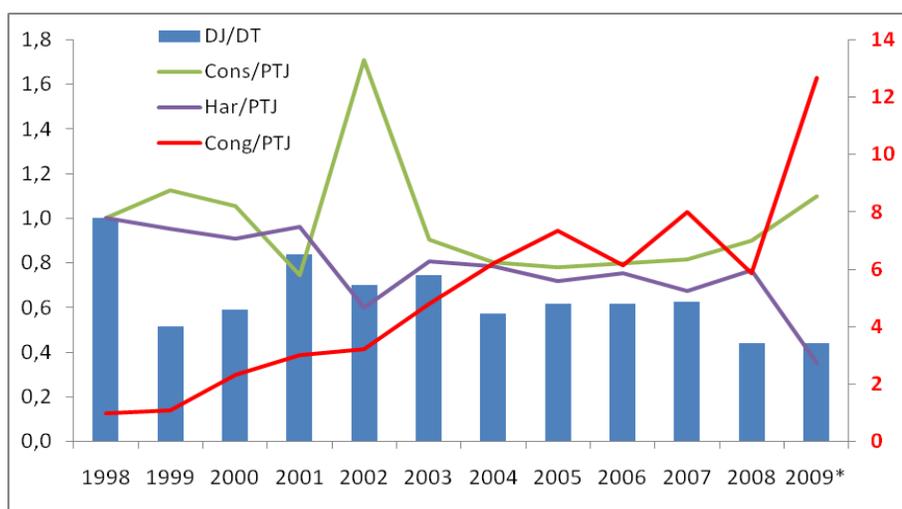
- iii. Finalmente, existe la posibilidad de compra de productos a pescadores artesanales en playa, donde los precios son altamente competitivos y regidos por la oferta y la demanda.

4.- Eficiencia del sistema vigente

Consideramos importante que el Honorable Tribunal conozca las mayores eficiencias de mercado que el sistema de cuotas individuales transferibles - establecido por la Ley N° 19.713 LMC -, ha generado. La introducción de los LMC genera la posibilidad de explotar de forma individual un determinado recurso. Por este motivo, y consistente con toda la literatura económica sobre los derechos asignados sobre bienes escasos, es de esperar que los agentes que obtuvieron dicha posibilidad planifiquen de mejor forma su actividad, especialmente en lo relacionado a la optimización del desarrollo de procesos productivos en forma eficiente; lo que no era posible con el sistema de regulación sin asignación individual, cuando se producía la conocida “carrera olímpica” entre competidores.

Otro efecto esencial de la implementación de este régimen, es que permitió eliminar el exceso de capital adquirido en períodos anteriores (sobreinversión), minimizando el capital ocioso y posiblemente el endeudamiento.

El aumento del valor de los productos derivados del jurel es demostrativo de la mayor eficiencia del sistema implementado con los LMC. Básicamente, antes de la entrada en vigencia de los LMC el jurel se destinaba casi en su totalidad a producir harina de pescado (que es lo que menor valor tiene como producto elaborado a partir del recurso), mientras que hoy parte muy importante se destina a conservas y congelados (es decir, consumo humano). El gráfico siguiente muestra esta evolución:



Donde:

Variable	Explicación
DJ/DT	Participación del desembarque total de jurel respecto al Desembarque total del año _i
Cong/PTJ	Participación Congelados respecto a la producción total asociada a jurel en el año _i en la VIII región
Cons/PTJ	Participación Conservas respecto a la producción total asociada a jurel en el año _i en la VIII región
Har/PTJ	Participación Harina de pescado respecto a la producción total asociada a jurel en el año _i en la VIII región

Como claramente puede apreciarse, la producción de harina (de jurel) ha disminuido notoriamente, mientras que la producción de congelados ha aumentado significativamente. Por lo tanto, el valor de la industria ha incrementado considerablemente, permitiendo que las empresas chilenas compitan con las empresas internacionales relevantes.

5. Breves conclusiones sobre libre competencia

En este acápite, hemos discutido el tema de la libre competencia en relación con la "consulta" planteada por Lota Protein. Para ello, hemos analizado uno de los mercados relevantes que parece más atingente al caso de autos: el de las cuotas individuales de pesca en aquellas unidades de pesquería en las que participa la consultante: Jurel V-IX región; Jurel X región; Sardina común y Anchoqueta V-X región y Merluza de cola V-X región.

Una vez analizado el mencionado mercado relevante de cuotas individuales, para efectos de esta consulta³², calculamos la concentración de dichos mercados mediante el IHH, con el resultado de que -a diferencia de lo que plantea Lota Protein (según la cual la concentración de mercado ha ido en drástico incremento)- en ninguno de ellos se superan los 1.000 puntos en el HHI. En otras palabras, todos ellos son ejemplos de mercados cuya concentración es baja y que, en consecuencia, no genera ninguna suspicacia bajo estándares nacionales e internacionales.

Asimismo, analizamos la situación de las barreras de entrada al mercado, concluyendo que dichas barreras no serían relevantes. La principal razón que nos llevó a arribar a esta conclusión es el hecho de que se ha creado un verdadero mercado de cuotas transferibles, el cual por cierto, puede ser legalmente perfeccionado. Tanto es así, que desde el año 2001 se han realizado cerca de 600 transferencias de naves (cuotas) solamente en los cuatro mercados analizados. Más aún, dichas transferencias involucran una cuota o porcentaje relativamente alto de cada unidad de pesquería, bordeando el 80% en muchos casos. Asimismo, hay evidencia de entrada a la industria.

Secundariamente, demostramos otra forma de acceder al mercado, a través de la asociatividad de los armadores. Finalmente, describimos la importancia que tiene la venta de productos pesqueros por parte de pescadores artesanales, argumento que nuevamente tiende a derribar las alegaciones de barreras insuperables.

Adicionalmente, destacamos brevemente las bondades del sistema de cuotas individuales de pesca, que ha traído aparejado el mejor uso de los recursos pesqueros y el aumento de su valor agregado.

Finalmente, cabe hacer presente que, si bien desde la perspectiva de la libre competencia la industria pesquera exhibe bajos índices de concentración y barreras de entrada superables, no se debe omitir, que se trata de un mercado que

³² Sin perjuicio de que existen otros mercados que se ven afectados, como lo mencionamos en su momento.

involucra recursos comunes y escasos, por lo que su tratamiento debe, necesariamente, comprender otros bienes jurídicos y abarcar principios económicos prioritarios para la sustentabilidad del recurso. De esta forma, si bien la libre competencia es un bien que debe protegerse y fomentarse, debe asimismo, conjugarse adecuadamente con las medidas que permitan una apropiada conservación de los recursos.

Por tanto,

En mérito de lo expuesto,

de las disposiciones legales y constitucionales citadas,

Ruego a US. H. tener por evacuada la consulta y declare en definitiva que dicha consulta es improcedente tanto por su materia, como por su carácter contencioso, que la consulta es inadmisibile atendida la forma en que ha sido planteada y las peticiones concretas invocadas, toda vez que se trata de un asunto de naturaleza contenciosa; y que se declare que, en cualquier caso, la Subsecretaría de Pesca no ha incurrido en omisión ilegal alguna ni mucho menos en actuación activa u omisiva que vulnere lo dispuesto en el DL N° 211; que atendido lo anterior resulta improcedente que el H. Tribunal ejerza las facultades previstas en el art. 18 N°s, 2,3 y 4 del DL N° 211, todo ello con expresa condenación en costas.

Primer Otrosí: Ruego a US. H. tener por acompañados los documentos que se numeran a continuación:

- Carta DJ N° 3905 de 26 de noviembre de 2009.
- Carta de solicitud de Lota Protein S.A., control de ingreso 12530 de fecha 29 de septiembre de 2009.
- Hoja de envío y recepción a correos, de la carta DJ N° 3905 de 2009.
- Copia del Decreto Supremo N° 119 de 2010, de fecha 11 de marzo de 2010, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que nombra como Subsecretario de Pesca a don Pablo Galilea Carrillo.

Por tanto

Ruego al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tener por acompañado dicho documento.

Segundo Otrosí: Ruego a US. H. tener por acompañados disco compacto con el presente escrito y el documento que se acompaña en el primer otrosí.

Por tanto,

Ruego a US. tenerlo por acompañado.

Tercer Otrosí: Ruego a US. H. tener presente que designo como abogado patrocinante a don **Felipe Palacio Rives**, abogado, Jefe División Jurídica de la Subsecretaría de Pesca, a quien además confiero poder para actuar en forma conjunta o separadamente con el abogado **Jorge Bermúdez Soto**, para estos efectos ambos de mi mismo domicilio, con todas y cada una de las facultades que señala el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil en sus dos incisos.

Por tanto,

Ruego a US. H. tenerlo presente.