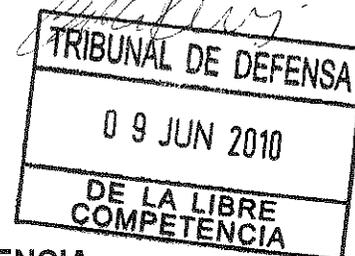


CAMILA RINGELING
9 JUNO 2010
19:07 hrs.

694



EVACUA INFORME Y APORTA ANTECEDENTES

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, en los autos Rol NC N° 379-10, caratulados “**Consulta de Lota Protein S.A. sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros**”, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, letra e) del Decreto Ley N° 211, y lo ordenado por ese H. Tribunal mediante resolución de fecha 25 de marzo del presente, vengo en evacuar informe en estos autos, en los términos siguientes:

- I. ANTECEDENTES
- II. LA INDUSTRIA
- III. MERCADO RELEVANTE
- IV. ACTORES, PARTICIPACIONES DE MERCADO Y PORCENTAJE DE USO DE LA CUOTA GLOBAL POR ARMADOR
- V. CONDICIONES DE ENTRADA
- VI. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE LOTA PROTEIN S.A.
- VII. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE PESCA Y TRANSFERIBILIDAD DE LAS CUOTAS INDIVIDUALES DE PESCA
- VIII. CONSEJO NACIONAL Y CONSEJOS ZONALES DE PESCA
- IX. CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de marzo de 2010, la empresa Lota Protein S.A. (en adelante, “**Lota Protein**” o “**la Consultante**”, indistintamente) presentó una Consulta (en adelante, “**la Consulta**”) a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, solicitando que en uso de sus facultades contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 18° del Decreto Ley N° 211, se garantice una competencia efectiva

- en el mercado de la pesca industrial y en el mercado de cuotas pesqueras, específicamente respecto de las cuotas de pesca del jurel, mediante la adopción de medidas relativas a la forma de asignación de dichas cuotas individuales, así como también proponga al Presidente de la República las modificaciones legales pertinentes, una vez terminada la vigencia de la Ley N° 19.713, de Cuotas Máximas (en adelante, **LMCA**), en el año 2012, con la finalidad de enmendar lo que constituirán a su juicio una serie de distorsiones regulatorias en este mercado.
2. En particular, solicita la Consultante a ese H. Tribunal, se pronuncie respecto a que la Subsecretaría de Pesca (en adelante, "**Subpesca**"), ha omitido realizar la subasta anual contemplada en el artículo 27 de la Ley N° 18.892 y sus modificaciones¹ (conocida como "Ley de Pesca"; en adelante, "**LGP**") para la adjudicación de derechos de extracción de especies declaradas en estado de plena explotación², constituyó un acto o hecho que ha restringido la libre entrada al mercado de la pesca industrial, lo cual a su juicio resultaría atentatorio contra la libre competencia.
3. Adicionalmente, Lota Protein solicita a ese H. Tribunal que, en uso de las facultades que le confiere el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, exija a Subpesca la efectiva aplicación del sistema de subastas a que hace referencia el artículo 27 de la LGP y la dictación, en el más breve plazo, del reglamento

¹ El artículo 27 de la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, señala lo siguiente:

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

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

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

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

² Definido en el artículo 2 N° 21 de la LGP, como "aquella situación en que la pesquería llega a un nivel de explotación tal que, con la captura de las unidades extractivas autorizadas, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie hidrobiológica."

referido en dicha norma (en adelante, "el **Reglamento**"), permitiendo que la parte ahí prevista de la cuota global anual de captura para el sector pesquero industrial, se asigne a través del mecanismo de pública subasta.

4. Por su parte, en relación con el mecanismo de pública subasta referido, solicita a ese H. Tribunal, establezca que el factor o criterio de adjudicación de las mencionadas cuotas, 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), ya sea a través de fijar condiciones que Subpesca deba respetar al momento de elaborar el Reglamento, o mediante la dictación de una instrucción de carácter general al amparo del artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211.
5. Por último, la Consultante solicita a ese H. Tribunal que, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211, proponga al Presidente de la República, una vez terminada la vigencia de la LMCA en el 2012, las siguientes modificaciones legales: (i) la exigibilidad para la totalidad de la cuota de captura, de un mecanismo de subastas similar al que contempla la actual LGP 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 LGP³; (ii) la derogación de la actual conformación orgánica los Consejos Nacional y Zonales de Pesca, consignados en los artículos 146 y 152 de la LGP, y la eliminación de su participación en la aplicación de subastas de cuotas de pesca; y (iii) la modificación del actual sistema de transferencia de cuotas de captura pesqueras, con el objeto de fomentar el mercado secundario de estos derechos.
6. La Consultante funda sus peticiones, principalmente, en el hecho que, atendido que no se han realizado las subastas que contempla el artículo 27 de la LGP, y tampoco se han otorgado nuevas autorizaciones de pesca de jurel al amparo

³ En la actualidad, sólo se permite subastar el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al cinco por ciento de la cuota global anual de captura (artículo 27 de la LGP).

del artículo 24 de dicha ley⁴, no habría podido expandir su capacidad extractiva, afectándola gravemente al poseer una reducida cuota de extracción. Lo anterior, la obliga a restringir su participación solamente al desarrollo de la explotación de harina y aceite de pescado, por no contar con un volumen de insumos que le permita procesar pescados para consumo humano, cuya venta y explotación resulta más rentable.

7. A juicio de la Consultante, las mencionadas negligencias por parte de Subpesca, habrían restringido fuertemente la competencia en el mercado de la pesca industrial del jurel, impidiéndose la entrada de nuevos actores e incentivando la integración vertical y horizontal de los incumbentes más importantes, haciendo con ello desaparecer competidores del mercado.
8. Antes de entrar al análisis particular de cada una de las solicitudes planteadas en la Consulta, esta Fiscalía analizará el mercado relevante, los actores de mercado, sus participaciones y el porcentaje de uso de la Cuota Global Anual (en adelante, "CGA") y Cuota Individual de Pesca por Armador (en adelante, "CIP").

II. LA INDUSTRIA

9. Si bien hay una gran cantidad de especies que la industria pesquera chilena explota, tanto peces como mariscos, son unas pocas las más relevantes, considerando la cantidad extraída, tal como se refleja en el siguiente Cuadro:

⁴ El artículo 24 de la LGP establece que: "Durante la vigencia del régimen de plena explotación, la Subsecretaría seguirá otorgando autorizaciones de pesca a los armadores pesqueros que soliciten ingresar nuevas naves a ella. No obstante, a iniciativa y previo informe técnico de la Subsecretaría y con el acuerdo de los dos tercios de los miembros en ejercicio de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca que corresponda, por decreto supremo, podrá suspenderse, por el plazo de un año, la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca."

Cuadro N° 1
Participación de las Principales Especies en la Extracción Total Nacional

	2007	2008	2009
JUREL	47,2%	40,8%	41,8%
ANCHOVETA	31,1%	34,4%	28,6%
SARDINA COMUN	3,6%	10,7%	13,3%
CABALLA	10,0%	5,2%	6,5%
MERLUZA DE COLA	2,4%	3,5%	4,1%
RESTO	5,7%	5,4%	5,7%
TOTAL NACIONAL (Ton)	2.656.819	2.088.613	1.888.816

Fuente: Subpesca

10. El jurel y la anchoveta son las especies más relevantes, en cantidad de toneladas pescadas, debido a su uso en la elaboración de harina y aceite de pescado (principal producto de esta industria), conservas, congelados y frescos. Sin embargo, estas especies no son las más incidentes en el valor total de las exportaciones, siendo el salmón atlántico y la trucha arcoíris las de mayor relevancia (ambos de cultivos acuícolas), representando el 28,6% y el 15,6% del valor de las exportaciones. Esto se aprecia en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 2
Participación de las Principales Especies en Valor en la Exportación de productos marinos Total Nacional (año 2009)

	Valor Fob (MU\$)	%
Salmon del Atlántico	1.085.392	28,6%
Trucha arco iris	593.458	15,6%
Harina y Aceite	512.807	13,5%
Salmon plateado	421.523	11,1%
Jurel	185.466	4,9%
Chorito	94.361	2,5%
Merluza austral	83.446	2,2%
Otras especies	821.318	21,6%
Total Nacional	3.797.770	100,0%

Fuente: Subpesca

11. La LGP establece para la pesca extractiva diferentes "unidades de pesquería", entendiéndose una unidad de pesquería, conforme lo dispone el numeral 46 de su artículo 2°, como un "conjunto de actividades de pesca industrial ejecutadas respecto de una especie hidrobiológica determinada, en una área

geográfica específica". Al respecto, existen cinco zonas geográficas definidas para la pesca, estas son:

- a. Zona Regiones XV-II
- b. Zona Regiones III-IV
- c. Zona Regiones V-IX
- d. Zona Regiones XIV-X
- e. Zona Regiones XI-XII

12. En el siguiente Cuadro se muestra la importancia relativa de las distintas Zonas en el total de toneladas de los recursos pesqueros desembarcados.

Cuadro N° 3
Participación de las Zonas en los Desembarcos sobre el Total Nacional

	2007	2008	2009
Zona XV-II	32,6%	35,9%	30,5%
Zona III-IV	2,3%	2,8%	2,4%
Zona V-IX	48,0%	41,4%	45,2%
Zona XIV-X	11,0%	13,3%	15,8%
Zona XI-XII	6,2%	6,6%	6,1%
Total Nacional (ton)	1.256.321	854.239	791.733

Fuente: Subpesca

13. Como se aprecia, la gran zona centro-sur es la de mayor relevancia, en cuanto a toneladas desembarcadas (45% de los desembarques nacionales del año 2009 se realizaron entre las regiones V y IX), seguido por el extremo norte del país (31% de los desembarques nacionales del año 2009 se realizaron entre las regiones de XV y II).

14. Actualmente, en Chile, la mayoría de las pesquerías industriales de mayor valor están sujetas a regulación pesquera, la cual establece para cada una de ellas límites máximos de capturas por armador⁵. Estas pesquerías representan

⁵ El artículo 2° de la LMCA establece un Límite Máximo por Armador, para las siguientes pesquerías industriales: **Jurel (*Trachurus murphyi*)**, en el área marítima correspondiente a la III y IV Regiones; **Sardina (*Sardinops sagax*)** y **Anchoveta (*Engraulis ringens*)**, en el área marítima correspondiente a la III y IV Regiones; **Jurel (*Trachurus murphyi*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la V Región y el límite sur de la IX Región; **Jurel (*Trachurus murphyi*)**, en el área marítima correspondiente a la X Región; **Sardina común (*Clupea bentincki*)** y **anchoveta (*Engraulis ringens*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la V Región y el límite sur de la X Región; **Merluza de cola (*Macruronus magellanicus*)**, en el área

- en torno al 75% de los desembarques industriales y aproximadamente el 50% del valor anual exportado por el sector pesquero-extractivo chileno⁶.
15. La definición de la CGA para cada pesquería se realiza anualmente, a través de un proceso que toma en consideración criterios de conservación de los recursos hidrobiológicos (criterios técnicos) y criterios de desarrollo sectorial, relacionados con la gobernanza del sector industrial pesquero.
 16. La definición de las CGA, para las pesquerías donde opera esta regulación, se realiza de la siguiente manera: El Instituto de Fomento Pesquero (IFOP) entrega anualmente a Subpesca un informe para cada pesquería sujeta a regulación, el cual considera elementos técnicos, los que abreviadamente son los resultados generados por la aplicación de un "*Modelo Estadístico de Captura a la Edad*". Este modelo utiliza la información disponible de la pesquería como desembarques, estructuras de talla, estructura de edad, información operacional, indicadores biológico-pesqueros, entre otros.
 17. Con esta información, Subpesca elabora un informe técnico, en el que efectúa un diagnóstico de las pesquerías⁷. A partir de este diagnóstico, propone una CGA para cada una de ellas, propendiendo a la sustentabilidad de las mismas.

marítima comprendida entre el límite norte de la V Región y el límite sur de la X Región; **Merluza de cola (*Macruronus magellanicus*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la XI Región y el límite sur de la XII Región; **Merluza del sur (*Merluccius australis*)**, en el área marítima comprendida entre los paralelos 41° 28,6 L.S. y 47° L.S.; **Merluza del sur (*Merluccius australis*)**, en el área marítima comprendida entre los paralelos 47° L.S. y 57° L.S.; **Congrio dorado (*Genypterus blacodes*)**, en el área marítima comprendida entre los paralelos 41° 28,6 L.S. y 47° L.S.; **Congrio dorado (*Genypterus blacodes*)**, en el área marítima comprendida entre los paralelos 47° L.S. y 57° L.S.; **Merluza de tres aletas (*Micromesistius australis*)**, en el área marítima comprendida entre el paralelo 41° 28,6 L.S. y el límite sur de la XII Región; **Merluza común (*Merluccius gayi*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la IV Región y el paralelo 41° 28,6 L.S.; **Camarón nailon (*Heterocarpus reedi*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la II Región y el límite sur de la VIII Región; **Langostino Amarillo (*Cervimunida johni*)**, en el área marítima correspondiente a la III y IV Regiones; **Langostino Colorado (*Pleuroncodes monodon*)**, en el área marítima comprendida entre el límite norte de la I Región y el límite sur de la IV Región; **Sardina (*Sardinops sagax*)** y **Anchoveta (*Engraulis ringens*)**, en el área marítima correspondiente a la I y II Región; **Jurel (*Trachurus murphyi*)**, en el área marítima correspondiente a la I y II Región.

⁶ PEÑA, Julio (2008). "*El mar de oportunidades de las Cuotas Individuales de Pesca*". Observatorio Económico, Universidad Alberto Hurtado, N°21, septiembre 2008.

⁷ Para el caso de las pesquerías más importantes, se consulta también la opinión de un comité científico, conformado por investigadores de diferentes institutos de investigación y universidades, los cuales se reúnen con el objetivo de establecer en conjunto, un diagnóstico consensuado del estado de la pesquería.

18. La propuesta de CGA generada por Subpesca se discute, en una primera etapa, en los Consejos Zonales de Pesca⁸ del área geográfica que abarcan las unidades de pesquería correspondientes, los que se pronuncian sobre la propuesta mediante votación, y cuyo resultado es solamente de carácter consultivo para la autoridad.
19. Posteriormente, en una segunda etapa, se presenta la propuesta al Consejo Nacional de Pesca⁹, instancia resolutive que la puede aprobar o rechazar. En caso de no llegarse a un acuerdo, Subpesca tiene la facultad de establecer como cuota, el 80% de la fijada en el año anterior¹⁰.
20. Para el caso específico de la pesquería del jurel, en los últimos años la propuesta de cuota planteada ante el Consejo Nacional de Pesca ha sido aumentada por dicho organismo¹¹. Según los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, el argumento central que los miembros del Consejo tuvieron en consideración, para efectos de ampliar la cuota propuesta, fue no disminuir la competitividad de la flota nacional ante la eventual captura incontrolada de jurel por parte de flotas extranjeras fuera de la Zona Económica Exclusiva

⁸ El artículo 152 de la LGP establece que los Consejos Zonales de Pesca se constituyan por representantes del gobierno (Sernapesca, Gobernación Marítima, IFOP, SEREMI de Economía), representantes de las universidades e institutos, representantes del sector pesquero (organizaciones gremiales de armadores, de propietarios de naves) y representantes de organizaciones ambientalistas.

⁹ El artículo 146 de la LGP establece que el Consejo Nacional de Pesca estará constituido por representantes del gobierno (Director de Sernapesca, Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, el director de IFOP y consejeros nominados por el Presidente de la República), representantes del sector pesquero-extractivo industrial y artesanal y de acuicultura.

¹⁰ El artículo 3° LMCA dispone que: "(...) En el evento de que el Consejo Nacional de Pesca no apruebe la cuota global anual de captura propuesta por la Subsecretaría de Pesca, para el año siguiente regirá automáticamente el 80% de la cuota global anual de captura establecida para el año inmediatamente anterior de esa unidad de pesquería. Si no existiere cuota global anual de captura para ese año, regirá como cuota global anual el 80% de las capturas totales realizadas en la unidad de pesquería durante el año anterior (...)".

¹¹ Por ejemplo, ver Acta N°4 del Consejo Nacional de Pesca (20.06.08), donde se señala lo siguiente: "El Consejero Sr. Caracciolo señala respecto al jurel, que el Consejo aprobó una cuota de 1 millón 600 mil toneladas siendo que en el informe técnico entregado al Consejo se indicaba que la biomasa en la ZEE era exigua y no superaba las 100 mil toneladas. Indica que en esos documentos se señalaba que se había hecho investigaciones en las aguas internacionales, lo que permitió fundamentar la cuota propuesta por la Subsecretaría de Pesca. En esa oportunidad, como consejero nacional, señala haber manifestado una opinión que sostiene respecto a que debe haber una preocupación del Consejo respecto a los niveles de las cuotas que se están entregando. Agrega que se deben revisar las evoluciones de las cuotas entregadas y sus tendencias en relación a la tendencia y biomasa de los recursos. Invita al consejo a tener una mayor preocupación de las cuotas entregadas, revisar las tendencias."

(ZEE) del país, buscando por esa vía mantener un alto porcentaje de participación de la flota nacional en las capturas de jurel en el Pacífico Sur¹².

21. Por su parte, la definición de las CIP para las pesquerías declaradas en estado de plena explotación fue realizada utilizando un criterio de desembarques históricos de las pesqueras, en los casos que no hubo intervenciones previas del regulador. En otros casos - como el de la pesquería del jurel-, en los cuales los desembarques históricos estuvieron afectados por regulaciones previas, se combinó este criterio con la capacidad de bodega¹³.

¹² En el Acta N°1 del Consejo Nacional de Pesca (07.02.06) se señaló lo siguiente respecto a la posición chilena frente a las reuniones de la Organización Regional Pesquera (ORP) del Pacífico: *"el principal objetivo chileno es lograr la adecuada conservación del jurel en la alta mar a través de su administración bajo la competencia de la ORP del Pacífico Sur. El fundamento se basa en los antecedentes que indican que la pesquería de jurel presenta una mayor amenaza de sobreexplotación y colapso, debido a la fuerte presión de pesca no regulada que efectúan flotas extranjeras (principalmente China) en el alta mar aledaña a nuestra ZEE. Una negociación multilateral representa un contexto favorable para Chile en la consecución de su objetivo. Por tanto la posición de Chile es que dada la importancia que representa la pesquería del jurel para nuestro país, la administración que sobre esta pesquería realice la ORP debe resguardar los intereses nacionales, no menoscabando el régimen de conservación que impera en la ZEE y la historia pesquera de nuestro país en torno a este recurso"*. Haciendo referencia al aumento de cuota realizado el año 2008, algunos miembros del Consejo Nacional de Pesca esgrimieron el siguiente argumento (Acta N°4, 20.06.08): *"El Consejero Roa señala que respecto al jurel, se está convirtiendo en un tema alarmante fuera de las 200 millas en los últimos años. Cuando se discute la cuota del jurel, normalmente se cuestiona al Consejo Nacional de Pesca por presionar a la autoridad para que suba las cuotas. Sin embargo, este es un año atípico, pues no se alcanzará a capturar el 60%, por lo que se debería dar una voz de alarma y además el Consejo debería tener una explicación para ello. Concuerda con lo señalado por el Consejero Sr. Tarifeño, sobre el cambio ambiental, la variación en el comportamiento del jurel y agrega que éste se viene presentando por al menos 5 años. En su opinión, estos cambios han alejado al jurel de las costas chilenas. Este es un tema no menor, el país se encuentra en un momento que de mantener la historia pesquera, debido a que se están discutiendo estos temas a nivel internacional y se está tratando de llegar a acuerdo en estas pesquerías y en otras"*.

¹³ El artículo 4° de la LMCA señala lo siguiente: *"El límite máximo de captura por armador para cada una de las unidades de pesquería a que se refiere el artículo 2° será el resultado de multiplicar el coeficiente de participación relativo por armador, expresado en porcentaje con siete decimales, por la cuota global anual de captura correspondiente al sector industrial, expresada en toneladas."*

El coeficiente de participación relativo por armador para las unidades de pesquerías individualizadas en las letras a), c), d), e), f), q) y r) del artículo 2°, será la suma correspondiente al 50% del resultado del cálculo del coeficiente considerando las capturas y del 50% del resultado del cálculo del coeficiente considerando la capacidad de bodega corregida, ambas respecto de las naves con autorización vigente en la unidad de pesquería a la fecha de la resolución a que se refiere el artículo 6°.

Para determinar el coeficiente de participación relativo por armador por capturas se dividirán las capturas de todas las naves autorizadas al armador a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el artículo 6° de esta ley, del período correspondiente a los años 1997, 1998, 1999 y 2000, por las capturas totales del mismo período de todos los armadores que cuenten con autorización vigente a esa misma fecha.

Para determinar la capacidad de bodega corregida de cada nave, se multiplicará la capacidad de bodega autorizada, expresada en metros cúbicos, por el coeficiente de corrección que le

III. MERCADO RELEVANTE

22. La Consulta se refiere específicamente a la modificación de aspectos regulatorios que condicionan la posibilidad de operación pesquera, en las pesquerías industriales del jurel. Por tanto, a juicio de esta Fiscalía, el mercado relevante correspondería a *los derechos individuales de pesca (o CIP) definidos para la pesca industrial de jurel en las regiones XV a II, III a IV, V a IX y X a XIV, entendiéndose cada zona de pesca como un mercado relevante geográfico distinto.*
23. Sin perjuicio de lo anterior, atendido que la Consulta versa sobre modificaciones normativas aplicables a un mayor número de pesquerías, conforme lo dispone el artículo 2° de la LMCA¹⁴, las decisiones que emanen de estos autos podrían afectar a un mercado relevante más amplio, como son *los derechos individuales de pesca (o CIP) definidos para las pesquerías industriales con régimen de plena explotación, considerando que cada pesquería involucra una especie objetivo y una zona geográfica específica y siendo, por tanto, cada una de ellas un mercado relevante distinto.*

IV. ACTORES, PARTICIPACIONES DE MERCADO Y PORCENTAJE DE USO DE LA CUOTA GLOBAL POR ARMADOR

24. Previo al análisis de participación de mercado de los distintos armadores por zona, resulta interesante describir cómo se ha utilizado la cuota de extracción del jurel –para comprobar el cumplimiento de los fines de la LMCA- y las

corresponda. El coeficiente de corrección de cada nave será el resultado de dividir la longitud del área autorizada a ella en la unidad de pesquería por la longitud total de la unidad de pesquería, ambas medidas en línea recta imaginaria trazada entre las latitudes que correspondan a la línea de costa, en orientación norte sur y expresadas en millas náuticas. Las coordenadas necesarias para efectuar el cálculo del coeficiente de corrección deberán ser obtenidas de las cartas náuticas vigentes, escala 1:500.000, elaboradas por el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada. El coeficiente de participación relativo por armador para las unidades de pesquerías individualizadas en las letras b), g), h), i), j), k), l), m), n), o) y p) del artículo 2°, será el resultado de dividir las capturas de todas las naves autorizadas al armador a la fecha de publicación del decreto a que se refiere el artículo 7°, del período correspondiente a los años 1999 y 2000 por las capturas totales del mismo período de todos los armadores que cuenten con autorización vigente a esa misma fecha".

¹⁴ Ver listado de unidades de pesquerías en la nota al pie número 5.

transacciones que se han efectuado –para analizar la transferibilidad efectiva de las CIP-.

i) **Utilización de la cuota de la CGA para las pesquerías industriales del jurel**

25. En el siguiente Cuadro se muestran las CGA de jurel asignadas a la flota industrial a nivel nacional, en relación con los desembarques reportados.

Cuadro N° 4
Cuotas Asignadas, Toneladas Desembarcadas y Exportaciones de la Pescadería del Jurel a Nivel Nacional

	2007	2008	2009
Total Cuota Asignada (ton)	1.441.947	1.472.347	1.261.447
Desembarques (ton)	1.254.189	852.150	789.724
% que representa	87,0%	57,9%	62,6%

Fuente: Subpesca

26. Como se observa, entre los años 2007 y 2009 los desembarques industriales totales de jurel disminuyeron cerca de un 37%. La reducción antedicha podría ser explicada, entre otros elementos, por factores climático-ambientales¹⁵ o por la sobreexplotación del recurso.

27. Es interesante notar que en ninguno de estos tres años se agotó la CGA asignada para el sector industrial, llegándose a utilizar en 2008 y 2009 una cantidad cercana al 60% de la cuota asignada.

28. Este fenómeno podría ser sintomático de una definición de la CGA superior a la biomasa disponible. De ser acertada esta hipótesis, la regulación pesquera no habría limitado durante estos años el esfuerzo extractivo de las empresas pertenecientes a la industria, existiendo *de facto* libertad para que éstas extrajeran toda la pesca que se encontraba disponible. Esta conjetura parece bastante razonable, tomando en cuenta que las CGA del jurel fueron

¹⁵ Esta explicación es dada por el Consejero Hugo Roa, representante titular de los tripulantes de naves pesqueras del Consejo Nacional de Pesca: "...la disminución de la presencia de jurel en las costas de Chile no se debe a un problema de sobreexplotación, sino a un alejamiento del recurso por cambios ambientales. A continuación el consejero hace una revisión de la evolución de las cuotas establecidas desde el año 1996 y señala que se está pescando menos de un tercio de lo que se capturaba en el 96" (Extracto Acta N°4 2008, 20.06.2008).

aumentadas por el Consejo Nacional de Pesca, aparentemente en consideración del alejamiento de la especie de las costas chilenas y de la explotación incontrolada del recurso que se produciría fuera de la ZEE chilena¹⁶.

29. Debido a lo anterior, Chile participó en las negociaciones para el establecimiento de una Organización Regional de Pesca (ORP) en el Pacífico Sur¹⁷, donde eventualmente se fijará y se distribuirá una cuota de pesca regional entre todos los países que actualmente participan de esta pesquería por fuera de nuestra ZEE¹⁸.

30. Cabe señalar que, en un contexto donde la CGA no refleje la biomasa disponible, el ingreso de nuevos actores al mercado exacerbaría los incentivos para que se produzca la denominada "carrera olímpica" por extraer la máxima cantidad de pesca posible, dado que las empresas no tienen certeza de extraer la totalidad de sus CIP. Por otro lado, la incertidumbre respecto a los desembarques efectivos que podrían efectuar quienes participen en la

¹⁶ Esta situación es señalada en algunas Actas del Consejo Nacional de Pesca de los años 2006, 2007 y 2008, donde se indica que esta sobreexplotación se debe principalmente a la migración del jurel hacia zonas más alejadas de la costa (motivado por factores climático-ambientales) y por la pesca no controlada que se realiza en zonas marítimas sin jurisdicción. Ver notas 11, 12 y 15 del presente escrito.

¹⁷ En el acta N°1 del año 2006 (07.02.06), uno de los consejeros expone lo siguiente respecto a la constitución de la Organización Regional Pesquera: "*Los Estados que participarían en la ORP se agrupan en: Estados Ribereños y Territorios Insulares: Chile, Australia, Nueva Zelandia, Perú, Ecuador, Fiji, Cook Islands, Vanuatu, Kiribati, Niue, Tonga, Reino Unido (Islas Pitcairn), Francia (Polinesia Francesa y Nueva Caledonia); Estados Pesqueros a Distancia y Entidades Pesqueras: Canadá, República Popular China, China-Taipei, Colombia, Cuba, Comunidad Europea (Chipre, Estonia y España), Ghana, Japón, República de Corea, México, Noruega, Rusia, Ucrania, Estados Unidos, Venezuela; Estados Islas del Pacífico en desarrollo y Estados del Litoral Pacífico de América Central.*"

¹⁸ En la reunión del Consejo Nacional de Pesca, realizada con fecha 04.01.07, fue invitado don Cristián Maqueira, Director de medio ambiente, Antártida y asuntos marítimos del Ministerio de Relaciones Exteriores a exponer los escenarios para la negociación internacional que sostendría Chile en la creación de la ORP, del Pacífico. En el acta de dicha reunión (Acta N°4 04.01.07), quedó constancia de la exposición del señor Maqueira señalando la postura chilena y de las intervenciones realizadas por algunos miembros del Consejo. La postura chilena consistía en la existencia de un único stock de jurel en el Pacífico sur, por lo cual las pescas realizadas por embarcaciones extranjeras en alta mar, especialmente las pescas realizadas por naves chinas, europeas y peruanas han afectado la biomasa del recurso y ponen en riesgo su sustentabilidad ecológica. Se indica que existían internacionalmente distintas visiones sobre el o los stock de jurel en el Pacífico Sur.

industria a través del uso de las CIP que tienen asignadas¹⁹, dificulta la valorización de las cuotas por parte de las empresas.

31. Profundizando el análisis anterior, mediante la distinción de los mercados geográficos determinados por las zonas de pesca, se aprecia lo siguiente²⁰:

Cuadro N° 5
Cuota Asignada vs Desembarques por Zona para la especie Jurel²¹

	Cuota			Desembarques			Uso de la Cuota (%)		
	2007	2008	2009	2007	2008	2009	2007	2008	2009
Zona XV-II	144.400	147.440	126.350	170.967	165.327	133.788	118%	112%	106%
Zona III-IV	51.007	52.082	44.626	45.511	44.548	29.061	89%	86%	65%
Zona V-IX	1.093.304	1.116.358	956.420	916.046	559.690	562.585	84%	50%	59%
Zona XIV-X	153.236	156.467	134.051	116.002	82.437	64.190	76%	53%	48%
Total Nacionales	1.441.947	1.472.347	1.261.447	1.256.321	854.239	791.733	87%	58%	63%

Fuente: Subpesca

32. Como se observa, la gran zona de pesca del jurel se concentra en el centro sur del país (71% de los desembarques del año 2009), con la Región del Bio Bío como gran núcleo industrial. La zona norte es el segundo polo (17% de las toneladas totales extraídas el año 2009).

33. Por otro lado, también se puede observar el distinto nivel de utilización de la cuota asignada entre zonas. En la zona norte (correspondiente a las regiones XV, I y II), se ha utilizado durante los últimos años la totalidad de la cuota asignada²², mientras que en la zona centro sur (regiones V-IX), la cuota global

¹⁹ Esta incertidumbre se refiere tanto a la incerteza del nivel de la Cuota Global, para los años que vienen, así como de la incertidumbre respecto a la efectividad de la cuota (i.e. si el límite máximo global de desembarques es mayor que la biomasa disponible, las CIP no serán un límite al esfuerzo extractivo).

²⁰ Este análisis es particularmente relevante porque los jureles capturados en las distintas zonas de pesca tendrían una incidencia distinta sobre la sustentabilidad del recurso, ello por tener distinto perfil etario, por lo cual no existe posibilidad para las empresas de utilizar cuotas establecidas para una zona en otra. La distribución de la Cuota Global entre las distintas zonas es definida en última instancia por el Consejo Nacional de Pesca.

²¹ Para las zonas XV-II y III-IV se asignaron porcentajes de pesca destinadas a Pesca de Investigación. Estos desembarques explican en el caso de la zona norte, usos de la cuota superiores al 100% de la cuota asignada.

²² Cabe hacer presente que, de los datos consignados en el Cuadro N° 5, se desprende que los desembarques exceden las cuotas asignadas, lo que se explicaría por la contabilización de los desembarques autorizados para pesca de investigación.

asignada no ha sido una restricción activa para las empresas participantes, quienes utilizan entre el 50% y 60% de la cuota que tienen disponible.

34. Esta diferencia en el uso de las cuotas entre zonas²³ ha motivado un debate entre las empresas con permisos de extracción en la zona norte y los de las otras zonas (en especial con los pesqueros de la zona centro sur), respecto a la posibilidad de redistribuir un porcentaje mayor de la CGA hacia la zona norte. Esta propuesta ha sido fuertemente resistida por los empresarios de la zona sur, con el argumento de que las capturas en la zona norte tendrían una mayor incidencia sobre la sustentabilidad del recurso, por tratarse de especies con un perfil etario más juvenil²⁴.
35. De lo expuesto se concluye que existe una baja utilización de la CGA de jurel en el país -con excepción de las zonas que van desde las regiones XV a la II- por parte de los pesqueros industriales durante los últimos dos años, lo cual podría ser indicativo de una sobrestimación de la biomasa existente. De ser efectiva esta hipótesis, no se estarían cumpliendo a cabalidad los objetivos de la LMCA orientados a regular el esfuerzo pesquero en pos de asegurar la conservación del recurso, y además, como se expondrá, ello podría afectar la transferibilidad de las CIP.

ii) Transferibilidad Efectiva de las CIP

36. En el siguiente Cuadro se muestran las transacciones de cuotas ocurridas desde el establecimiento de las CIP hasta el año 2009²⁵.

²³ Las cuotas asignadas a las embarcaciones tienen permisos de extracción que son zona-específicos.

²⁴ En un reportaje del diario La Nación (27.09.2009) se describe la dura pelea legislativa para que se realice una redistribución de la cuota global del jurel. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/la-ultima-batalla-de-angelini/noticias/2009-09-26/183050.html>. Ver además nota reciente publicada en el diario Estrategia (04.06.2010). Disponible en:

http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=30427&sec=12

²⁵ No se cuenta al momento de elaborar este informe con información respecto a transacciones en la zona XV-II.

Cuadro N° 6
Número de transacciones y % de la CGA, zonas III-IV, V-IX y XIV-X

Zonas		AÑO								
		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Regiones III-IV	%cuota transada	14,80%	7,90%	3,60%	3,60%	2,80%	0,90%	0,20%	0,0%	0,0%
	N° de transacciones	23	11	5	5	6	3	1	0	0
Regiones V-IX	%cuota transada	36,10%	7,50%	2,40%	13,90%	6,20%	8,60%	1,40%	1,20%	0,0%
	N° de transacciones	62	15	14	20	13	9	2	2	0
Regiones XIV-X	%cuota transada	32,60%	12,60%	2,50%	10,60%	9,20%	9,90%	1,40%	1,00%	0,0%
	N° de transacciones	57	19	9	17	13	9	2	2	0

Fuente: Subpesca

37. Como se observa, inicialmente, en el año 2001 - con la entrada en vigencia de la LMCA- se produjo una gran cantidad de transacciones de las embarcaciones, con sus derechos de extracción asociados (142 transacciones, entre la III y la X regiones).

38. A partir del año 2002 y hasta el 2006, existe un nivel de dinamismo moderado en las transacciones (en torno al 4% de la cuota global asignadas a las regiones III-IV, y en torno a un 8% en las regiones V-IX, y XIV a X), con una tendencia decreciente, existiendo unas pocas transacciones marginales durante los últimos años.

39. Cabe señalar que, de acuerdo a la información tenida a la vista al momento de realizar este informe, entre los años 2001 y 2009, un grupo muy minoritario de las transacciones realizadas involucran la entrada al mercado de nuevos actores²⁶.

²⁶ Uno de los pocos ejemplos de entrada al mercado a través de la adquisición de embarcaciones con cuotas de pesca, son las adquisiciones realizadas el año 2003 por las empresas Salmones y Pesquera Nacional S.A., Salmoalimentos S.A. y Salmoprocesos S.A. (las tres pertenecientes al holding de inversiones Inverraz del empresario chileno Francisco Javier Errázuriz), las cuales mantienen a la fecha cerca del 1% de la CGA en las zonas V-IX y XIV-X.

40. En su mayoría, las transacciones de embarcaciones con cuotas de pesca involucran a empresas ya establecidas en la propia zona, las cuales amplían su capacidad extractiva, a raíz de la compra de los derechos a actores que salieron del mercado. Estas transacciones significaron, a nivel global, una cierta concentración de la industria²⁷. Otro grupo importante de transacciones corresponde a pesqueras con presencia en alguna zona de pesca específica que decide expandir sus posibilidades de extracción hacia otras zonas de pesca.
41. A modo de ejemplo de empresas que han ampliado su capacidad extractiva, la Pesquera Itata S.A. inició el año 2001 con un 6% de la CGA asignada para la zona III-IV, un 6% de la CGA asignada para la zona V-IX y un 5% asignada para la zona XIV-X. Por su parte, el año 2010 -después de realizar adquisiciones periódicas, alcanzó un 19% de la CGA definida para la zona III-IV, un 11% de la CGA de la zona V-IX y un 12% de la CGA para la zona XIV-X.
42. De lo expuesto se desprende que, si bien existió un alto grado de transferibilidad de los CIP de jurel en los primeros años de vigencia de la LMCA, durante los últimos años prácticamente no se realizaron transacciones y éstas, en su gran mayoría, involucraron empresas ya establecidas y no a nuevos entrantes.

iii) Participaciones de Mercado

43. En los siguientes Cuadros se detallan las participaciones de mercado de las empresas activas en los diferentes mercados geográficos, para los años 2007, 2008 y 2009.
44. Para medir la concentración de mercado, esta Fiscalía utilizó como parámetro las toneladas desembarcadas por armador, por zona, y no las CIP

²⁷ Por ejemplo, el año 2001 existían 37 armadores con embarcaciones con cuotas asignadas de pesca en la zona III-IV, al año 2010 son solo 17, en la zona V-IX, el año 2001 existían 62 armadores con embarcaciones con permisos de pesca, al año 2010, son sólo 27, en la zona XIV-X, el año 2001 existían 52 armadores y al 2010 solo quedan 25.

asignadas por armador -criterio utilizado por Subpesca en su presentación de fojas 342 y siguientes de autos-. Esto, ya que a juicio de esta Fiscalía los desembarques muestran de manera más fidedigna la participación efectiva de los incumbentes, en un escenario donde los desembarques no son en los hechos, ni tienen que ser, equivalentes a las cuotas asignadas, por tanto no siempre serían un reflejo de las participaciones de mercado.

45. En este contexto, esta Fiscalía ha encontrado un nivel moderado de concentración a nivel nacional, existiendo niveles altos solamente en la zona norte del país, como se expone en los Cuadros siguientes:

Cuadro N° 7
Participación de Mercado Zona XV-II para la especie Jurel
(% de ton de desembarque)

	2007	2008	2009
CORPESCA S.A.	81,9%	82,8%	82,6%
CAMANCHACA S.A., CIA PESQUERA	18,1%	17,2%	17,4%
Otros	0,1%		
HHI	7.028	7.156	7.130

Fuente: Subpesca

Cuadro N° 8
Participación de Mercado Zona III-IV para la especie Jurel
(% de ton de desembarque)

	2007	2008	2009
SAN JOSE S.A., PESQ.	45,8%	47,3%	52,4%
ITATA S.A., PESQUERA.	20,4%	16,4%	16,8%
ALIMENTOS MARINOS S.A.	9,2%	6,6%	7,1%
BIO BIO S.A., PESQUERA	6,1%	7,1%	6,7%
CAMANCHACA S.A., CIA PESQUERA	6,1%	5,5%	6,6%
Pesquera El Golfo S.A. (Ex TRIPESCA)	7,8%	8,8%	5,3%
Otros	4,7%	8,5%	5,1%
HHI	2.745	2.761	3.212

Fuente: Subpesca

Cuadro N° 9
Participación de Mercado Zona V-IX para la especie Jurel (% de ton de desembarque)

	2007	2008	2009
SAN JOSE S.A., PESQ.	12,1%	11,9%	13,2%
FOODCORP S.A. (EX DEL NORTE S.A., PESQ.)	10,4%	12,9%	12,5%
CAMANCHACA S.A., CIA PESQUERA	9,1%	11,2%	12,5%
SOUTHPACIFIC KORP S.A.	11,4%	8,9%	11,5%
ALIMENTOS MARINOS S.A.	12,2%	12,9%	10,6%
Pesquera El Golfo S.A. (Ex TRIPESCA)	12,0%	11,5%	10,5%
BIO BIO S.A., PESQUERA	9,5%	10,1%	9,8%
ITATA S.A., PESQUERA.	10,4%	10,3%	8,9%
LANDES S.A., SOC. PESQ.	5,4%	4,5%	5,8%
LOTA PROTEIN S.A. (EX LOTA VEDDE)	1,8%	1,2%	1,1%
Otros	5,7%	4,6%	3,5%
HHI	1.017	1.062	1.066

Fuente: Subpesca

Cuadro N° 10
Participación de Mercado Zona XIV-X para la especie Jurel
(% de ton de desembarque)

	2007	2008	2009
SOUTHPACIFIC KORP S.A.	12,8%	18,0%	20,3%
ITATA S.A., PESQUERA.	14,0%	20,7%	15,8%
SAN JOSE S.A., PESQ.	12,7%	8,9%	13,0%
FOODCORP S.A. (EX DEL NORTE S.A., PESQ.)	10,4%	10,7%	11,6%
Pesquera El Golfo S.A. (Ex TRIPESCA)	13,3%	8,0%	10,1%
CAMANCHACA S.A., CIA PESQUERA	3,8%	3,0%	8,8%
LOTA PROTEIN S.A. (EX LOTA VEDDE)	5,3%	6,2%	8,1%
ALIMENTOS MARINOS S.A.	10,5%	7,8%	4,2%
LANDES S.A., SOC. PESQ.	6,8%	9,5%	4,1%
Otros	10,5%	7,2%	3,8%
HHI	1.058	1.243	1.255

Fuente: Subpesca

46. De los datos expuestos, se puede concluir que los dos mercados de la zona norte del país, presentan índices altos de concentración, donde el actor

dominante es la empresa Corpesca -perteneciente al grupo Copec- en la zona XV-II, y Pesquería San José, en la zona III- IV²⁸.

47. En las otras dos zonas, el índice de concentración muestra mercados moderadamente concentrados, donde los líderes de mercado son Pesquería San José, nuevamente en la zona V-IX, y Southpacific Korp, en la zona XIV-X. Esta última empresa también es controlada por el grupo Copec.
48. Es interesante observar las participaciones de mercado considerando en conjunto a Corpesca con Southpacific Korp, tal como se hace en el siguiente Cuadro.

Cuadro N° 11
Participación de Mercado a nivel Nacional para la especie Jurel
(% de ton de desembarque)

	2007	2008	2009
CORPESCA S.A. & SOUTHPACIFIC KORP S.A.	21,1%	24,0%	24,0%
CAMANCHACA S.A., CIA PESQUERA	9,7%	11,3%	12,8%
SAN JOSE S.A., PESQ.	11,7%	11,1%	12,4%
FOODCORP S.A. (EX DEL NORTE S.A., PESQ.)	8,6%	9,5%	9,8%
Pesquera El Golfo S.A. (Ex TRIPESCA)	10,4%	8,8%	8,5%
ITATA S.A., PESQUERA.	9,7%	9,6%	8,3%
ALIMENTOS MARINOS S.A.	10,2%	9,6%	8,2%
BIO BIO S.A., PESQUERA	7,6%	7,2%	7,4%
LANDES S.A., SOC. PESQ.	4,6%	3,9%	4,5%
BAHIA CORONEL S.A., PESQUERA	4,1%	3,6%	2,6%
LOTA PROTEIN S.A. (EX LOTA VEDDE)	1,8%	1,4%	1,4%
Otros	0,5%	0,0%	0,0%
HHI	1155	1263	1282

Fuente: Subpesca

49. Como se observa en el Cuadro anterior, la situación nacional muestra un mercado con niveles moderados de concentración, con un Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) de 1.282 puntos.
50. Para tener una noción de la concentración de mercado medido por las exportaciones, se consideraron las ventas monetarias, medidas en dólares

²⁸ Es conveniente recordar que en la zona XV-II las pesqueras han agotado, durante los últimos años, la totalidad de la cuota global disponible.

FOB para el año 2009, de jurel²⁹, harina y aceite de pescado. No obstante, hay que considerar lo expuesto precedentemente, en orden a que en la elaboración de los dos últimos productos intervienen otras especies, como la anchoveta y la sardina.

51. Dicho esto, cabe indicar que se eligió, para efectos del análisis, el aceite y la harina de pescado, atendido que son prácticamente los mismos actores que participan en el mercado de la pesca del jurel quienes exportan estos productos.

Cuadro N° 12
Participación de Mercado en las Exportaciones de Jurel, Aceite y Harina de Pescado

	2009
CORPESCA S.A. & SOUTH PACIFIC KORP S.A.	29,5%
PESQUERA SAN JOSE S.A.	11,1%
ALIMAR S.A.	10,6%
PESQUERA EL GOLFO S.A.	7,8%
SOC. PESQUERA BIO BIO LTDA.	7,4%
PESQUERA ITATA LTDA.	7,0%
FOODCORP CHILE S.A	6,5%
CIA. PESQUERA CAMANCHACA S.A.	5,5%
PESQUERA LANDES S.A.	4,2%
PESQUERA BAHIA CORONEL S.A.	2,2%
PESQUERA BAHIA CALDERA S.A.	2,0%
PESQ. LOTA PROTEIN (EX LOTA VEDDE)	1,8%
Otros	4,4%
HHI	1375

Fuente: Subpesca

52. Es interesante notar que -si se compara el Cuadro N° 12 con el anterior, donde se calculan las participaciones de mercado a partir de las toneladas desembarcadas- el líder de mercado (Corpesca), se mantiene como tal, no ocurriendo lo mismo con el resto de las empresas, que varían su participación. Por otra parte, el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) muestra un nivel mayor de concentración, no obstante que el mercado sigue presentándose como uno de concentración moderada.

²⁹ En los distintos formatos con que se comercializa (conservas, frescos y/o congelados).

53. De lo expuesto en el presente capítulo se desprende lo siguiente: i) que la definición de la CGA para la pesquería del jurel excede ampliamente los desembarques efectivos durante los últimos dos años -con excepción de la zona norte-; ii) que el sistema de transferencia de CIP mostró niveles razonables de dinamismo únicamente durante los primeros años de vigencia de la LMCA, sistema que operó principalmente respecto de los actores incumbentes del mercado; y, iii) respecto a los índices de concentración para la pesquería del jurel, en general, los mercados geográficos afectados se encuentran moderadamente concentrados, salvo las zonas XV a II y III a IV, que se encuentran altamente concentradas.

V. CONDICIONES DE ENTRADA

54. Esta Fiscalía ha entendido que los potenciales efectos restrictivos de la competencia que pudieren derivarse de un aumento de la concentración se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente³⁰.
55. Asimismo, considera que no existe factibilidad de entrada, en los términos expuestos, cuando, por ejemplo, el entrante lo hace con una escala menor al mínimo viable o con una estrategia de diferenciación dirigida a un nicho de mercado, pues en estos casos el entrante no disciplina a los incumbentes³¹.
56. En efecto, esta Fiscalía considera los siguientes elementos al momento de analizar las condiciones de entrada a un determinado mercado, los que serán analizados más adelante: barreras a la entrada, tiempo y suficiencia de la entrada y comportamiento estratégico.
57. De acuerdo a lo dispuesto en la LGP y la LMCA, el acceso al mercado de la extracción de peces, para las unidades de pesquería materia de autos³², se circunscribe a aquellas empresas que cuenten con cuotas de captura por armador otorgadas por la autoridad sectorial.

³⁰ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales FNE. www.fne.gob.cl

³¹ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales FNE. www.fne.gob.cl

³² Definidas en el artículo 2° de la LMCA.

58. Tal como se analiza más adelante, es necesario y racional, desde el punto de vista de la eficiencia económica, que Subpesca limite el libre acceso a la explotación de recursos marinos, mediante la asignación de cuotas máximas de captura. De lo contrario, si se deja su explotación a la mera liberalidad de las empresas, dadas las características propias de estos recursos, se produciría una sobreexplotación de los mismos.
59. Dicho esto, resulta relevante destacar que actualmente la LGP y la LMCA contemplan mecanismos por los cuales una empresa podría ingresar al mercado. A saber: i) solicitando a Subpesca la inscripción de nuevas embarcaciones con autorizaciones de pesca y CIP, las cuales teóricamente podrían ser entregadas aplicando el artículo 24 de la LGP; ii) adquiriendo CIP por medio de las licitaciones del 5% de la CGA que contempla el artículo 27 de la LGP; iii) a través de la compra de embarcaciones con permisos de extracción y CIP a las empresas establecidas³³; y iv) a través de asociaciones de armadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la LMCA.
60. De acuerdo a los antecedentes que obran en autos, los dos primeros mecanismos de entrada no habrían sido implementados por la autoridad sectorial. Por otro lado, respecto al cuarto mecanismo -referido a las asociaciones entre armadores-, éstas siempre involucran al menos un actor ya existente en la industria y, por tanto, se relacionan más con la expansión de un competidor que con la entrada de uno nuevo al mercado.
61. Por lo anterior, la alternativa viable de ingreso de nuevos actores a la explotación de recursos pesqueros actualmente disponible, es la compra de cuotas de extracción a empresas que participen en la industria.
62. Algunos de los factores que podrían dificultar la entrada a la industria, a través de la compra de derechos de extracción a una firma ya establecida, se refieren a ventajas de costos por parte de las incumbentes en relación a un

³³ Las empresas pueden vender las embarcaciones inscritas, las cuales incluyen la autorización de pesca y tienen asignadas cuotas individuales de pesca.

potencial nuevo participante en la industria. En primer lugar, las firmas establecidas ya realizaron inversiones costosas, que se encuentran –al menos en parte- pagadas y tienen además un conocimiento del mercado que podría ser complejo de obtener para una empresa sin experiencia previa en la industria, lo que redundaría en mayores costos de operación y posiblemente en un menor valor del producto desembarcado.

63. Lo anterior implica que las empresas con mayores posibilidades de entrada a la industria serían las compañías pesqueras dedicadas a la extracción de otras especies, y cuya tecnología de extracción y redes de comercialización sean similares (por ejemplo, pesqueras dedicadas a otras especies pelágicas en las mismas zonas).
64. Problemas que adicionalmente podrían afectar la entrada de nuevas empresas, como son el tamaño de planta y las economías de escala, están directamente relacionados con los tamaños de cuota definidos por la autoridad. Al respecto, cabe señalar que el sector pesquero industrial se ha caracterizado por tener un alto grado de integración vertical y por haber experimentado procesos importantes de integración horizontal. Dichas características reflejan una elevada escala de operación eficiente en esta industria, tanto a nivel extractivo, como de control en las etapas posteriores de producción primaria, proceso y comercialización.

VI. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE LOTA PROTEIN

65. Las solicitudes presentadas por Lota Protein ante ese H. Tribunal pueden separarse en dos grupos: i) las que dicen relación con la efectiva aplicación del artículo 27 de la actual LGP y la dictación del respectivo Reglamento - encontrándose Subpesca en infracción al Decreto Ley N° 211, a juicio de la Consultante, al haber omitido su aplicación-, y ii) las que se refieren a modificaciones a la LGP una vez terminada la vigencia de la LMCA el año 2012.

66. Respecto a que ese H. Tribunal determine que la omisión de Subpesca de implementar el sistema de subastas a que se refiere el artículo 27 de la LGP constituye un acto o hecho que infringe el Decreto Ley N° 211, esta Fiscalía considera que, por tratarse de una consulta que se enmarca dentro del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 y no de un procedimiento contencioso, no puede ni debe atribuirse a la conducta de Subpesca un carácter infraccional.
67. El carácter preventivo de la consulta viene dado por el hecho de que advierte al Consultante las consecuencias de la misma, sin imponer sanciones³⁴ en un análisis prospectivo centrado en comportamientos pasados. La pretensión, en este caso, es una consulta y no una demanda o un requerimiento, de manera que no cabe que ese H. Tribunal se pronuncie respecto a la existencia de un ilícito anticompetitivo como consecuencia de la inacción de Subpesca ni menos la aplicación de sanción alguna. Esta Fiscalía estima importante distinguir la función consultiva de ese H. Tribunal, de naturaleza administrativa, con su función eminentemente sancionatoria, de naturaleza jurisdiccional, tal como lo ha señalado ese H. Tribunal en su Sentencia 9/2004³⁵.
68. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, aun si se estuviere frente a un proceso contencioso o infraccional, para analizar si Subpesca producto de haber omitido la aplicación del sistema de subasta contemplado en el artículo 27 referido, ha incurrido o no en una infracción al Decreto Ley N° 211, primeramente, debe analizarse si dicha norma es aplicable para las pesquerías en cuestión, durante la vigencia de la LMCA.
69. Lo anterior, dado lo señalado por la autoridad sectorial en su presentación de fojas 342 de autos, en el sentido de que no podría imputársele a dicho organismo infracción alguna respecto de la aplicación de la norma en cuestión,

³⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. *“La Libre Competencia y Monopolio”* Editorial Jurídica, junio de 2006, página 615.

³⁵ Sentencia 9/2004, Considerando 30: *“Que, en estos autos no se han denunciado ni acreditado actos concretos que puedan ser objeto de sanción dado que se trata de una Consulta, por lo que este Tribunal se limitará a efectuar prevenciones y adoptar medidas para que este tipo de conductas, en cuanto sean contrarias a la libre competencia, no se produzcan en el futuro y, de producirse, sean debidamente sancionadas y dejadas sin efecto”.*

si ésta no se encuentra vigente o su aplicación resulta incompatible con lo dispuesto en la LMCA.

70. Es así que, conforme a lo expuesto por Subpesca, podría interpretarse que, con la entrada en vigencia de la LMCA en el año 2001, el artículo 27 de la LGP habría resultado ser inaplicable, respecto a las unidades de pesquería definidas en el artículo 2° de la LMCA. Lo anterior, debido a que el artículo 4° de dicha ley establece una metodología de cálculo para asignar la totalidad de la CGA para estas pesquerías y, por tanto, no habría cabida en la práctica para que Subpesca licitase anualmente el 5% de la CGA, referido en el artículo 27 de la LGP.
71. De ser acogida la interpretación precedente, desde luego, no podría imputársele a Subpesca haber incurrido en una omisión, ni menos concluir que su actuar pudiese infringir el Decreto Ley N° 211 .
72. Ahora bien, si se interpretase que el artículo 27 de la LGP se encuentra plenamente vigente y es compatible con lo dispuesto en la LMCA -en el sentido que el artículo 4° de dicha ley establece la metodología de cálculo *para la asignación inicial* de las CIP y, por lo tanto, no obstaría a eventuales modificaciones a la repartición original de dichas CIP, ejercidas por la autoridad sectorial en uso de las atribuciones establecidas en los artículos 24 y 27 de la LGP-, en dicha hipótesis, debe considerarse que la supuesta omisión de Subpesca sólo podría ser constitutiva de infracción a la luz del Decreto Ley N° 211, si hubiera tenido la aptitud por sí sola de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante definido.
73. En este contexto, es preciso indicar que el referido artículo 27³⁶ exige, además del informe técnico de Subpesca, la concurrencia de dos supuestos para

³⁶ Artículo 27.- *A iniciativa de la Subsecretaría, en unidades de pesquería sujetas al régimen de plena explotación, por decreto supremo, previo informe técnico de la Subsecretaría y con el acuerdo por mayoría absoluta de los miembros presentes de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca que corresponda, se podrá autorizar a la Subsecretaría para que adjudique anualmente, mediante pública subasta, el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al cinco por ciento de la cuota global anual de captura. En este caso, la cuota global anual de captura será fijada en el mismo decreto supremo antes señalado*" (Énfasis agregado).

proceder a la subasta del 5% de la CGA, como son: Primero, que Subpesca, en ejercicio de su facultad discrecional, decida subastar -"A iniciativa"-, no siendo por tanto una obligación de dar o hacer sino una mera facultad, lo que de modo alguno podría implicar arbitrariedad en su actuar; y, en segundo lugar, que se alcance un acuerdo por la mayoría absoluta de los miembros presentes del Consejo Nacional y Zonal de Pesca que corresponda.

74. En consecuencia, si bien podría atribuirse a la autoridad sectorial el no haber tenido *la iniciativa* para impulsar el sistema de subastas referido³⁷, no recae exclusivamente en Subpesca la decisión de implementarlo, ya que como lo señala la misma norma, requiere además del acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros presentes de los Consejos Nacional y Zonal de Pesca que corresponda.
75. Dicho esto, menester es no perder de vista que la iniciativa de subastar en comento es una facultad discrecional del órgano administrativo, por lo que resultaría inoficioso -como pretende la Consultante- que a través de ese H. Tribunal se "exija" su dictación. Es más, dado el contexto de la Consulta, lo único que podría realizar ese H. Tribunal en ejercicio de sus facultades es una mera recomendación al respecto.
76. En cuanto a la segunda solicitud, consistente en exigir a Subpesca la efectiva aplicación del sistema de subastas del artículo 27 de la LGP y la dictación del Reglamento, debe tenerse presente lo señalado respecto a la vigencia de dicho artículo, dado que si se estima que éste es inaplicable, no existiría fuente legal para la dictación del mismo. Por su parte, si se considera que dicha norma se encuentra vigente, debe tenerse presente que la dictación y aplicación del Reglamento en un asunto *a posteriori*, dado que -según se indicó- la norma en cuestión exige, primeramente, que la convocatoria a la subasta sea a iniciativa de Subpesca y aprobada por los Consejos. Por lo

³⁷ El artículo 17 letra b DFL N° 5 de 1983, que legisla sobre la Industria Pesquera y sus derivados, establece que: "El Subsecretario de Pesca es el colaborador inmediato del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción en la acción que sobre el sector pesquero le compete. Sus facultades son las siguientes :(...) b) proponer al ministro los Reglamentos, impartir las instrucciones para la ejecución de la política pesquera nacional y fiscalizar su cumplimiento (...)."

dicho, esta Fiscalía estima que si no se han cumplido dichas condiciones, según los antecedentes que consten en autos, la dictación o no del Reglamento pasa a ser inocua en el análisis del asunto sometido a la Consulta de autos.

77. En cuanto a la tercera solicitud, consistente en *que el criterio de adjudicación para la subasta de las referidas cuotas no se constituya únicamente por el mayor precio ofrecido, sino que considere asimismo variables de adjudicación pro-competitivas sea a través de condiciones que Subpesca debe respetar al momento de confeccionar el reglamento o conforme la dictación de una instrucción de carácter general por parte de ese H. Tribunal en el marco del artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211*; esta Fiscalía estima que no corresponde analizar las características de una licitación en el marco de dicho Reglamento, por las razones ya expuestas, sino en el escenario de modificaciones a la actual LGP, una vez expirada la vigencia de la LMCA, que se analiza más adelante en esta presentación.
78. Respecto a las peticiones realizadas por la Consultante, en lo referente a que ese H. Tribunal proponga al Ejecutivo modificaciones a la LGP, una vez expirada la vigencia de la LMCA el año 2012, en virtud de las facultades establecidas en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211; esta Fiscalía estima pertinente, previo al análisis de cada una de las modificaciones solicitadas, pronunciarse respecto a la idoneidad de la instancia de la consulta para resolver dicha petición, dado que este tipo de recomendación no constituye necesariamente un juzgamiento por parte de ese H. Tribunal y, aún así, está concebida como una instancia mediante la cual el Decreto Ley N° 211 garantiza la aplicación de los principios de un racional y justo proceso, mediante la intervención de todas las personas que acrediten algún interés, aportando su opinión y los antecedentes que estimen pertinentes.
79. Por lo demás, no existe norma legal alguna que prohíba que ese H. Tribunal pueda analizar y resolver en un procedimiento no contencioso como el presente, la eventual recomendación de modificaciones legales o

reglamentarias al Presidente de la República. Así, por lo demás, ha resuelto la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema³⁸.

80. En lo que sigue, se analizará, a la luz de la libre competencia, las modificaciones solicitadas:

- i) La exigibilidad para la totalidad de la cuota de captura, de un mecanismo de subastas similar al que contempla la actual LGP 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 LGP.
- ii) La derogación de la actual conformación orgánica de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca y la eliminación de su participación en la aplicación de subastas de cuotas de pesca; y,
- iii) La modificación del actual sistema de transferencia de cuotas de captura pesqueras, con el objeto de fomentar el mercado secundario de estos derechos.

81. Al respecto, en opinión de esta Fiscalía, para asegurar la libre competencia en los mercados relevantes de derechos extractivos de pesca, resulta esencial asegurar que éstos sean transferibles, independiente de la forma en que se realice su asignación inicial. Ahora bien, en el evento en que se diseñase un sistema de subastas al expirar la vigencia de la LMCA, es importante que en el diseño del mismo sean considerados factores que propendan a asegurar una asignación competitiva.

³⁸ V. gr.: Sentencia de 18 de mayo de 2010, en Recurso Rol N° 5443/2009, que establece que: "Se encuentra fuera de toda discusión que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la esfera de sus atribuciones administrativas se encuentra investido de la facultad a que alude el N° 4 del artículo 18 del DL 211, que establece que el citado Tribunal puede: "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". Estas medidas, al contrario de lo que sostiene el fallo, no pueden formar parte de una sentencia llamada a dirimir un conflicto contencioso que sólo puede terminar aplicando alguna de las sanciones expresamente señaladas en el artículo 26 del DL 211, o en la absolución" (considerando octavo).

VII. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE PESCA Y TRANSFERIBILIDAD DE LAS CUOTAS INDIVIDUALES DE PESCA

82. A continuación, se realizan algunas consideraciones respecto a la transferibilidad de las CIP, las cuales, tal y como se viene señalando, de constituirse en derechos de propiedad bien definidos, que se transen en un mercado con bajos costos de transacción, resultará -independiente del mecanismo o metodología que se escoja o aplique para realizar la asignación inicial- en una asignación eficiente, permitiendo tanto la expansión de firmas preexistentes como el ingreso de nuevos participantes en la industria. Es decir, en la medida que el mercado secundario donde se transen los derechos de extracción funcione de manera competitiva, la asignación final será eficiente asignativamente³⁹.
83. Esta Fiscalía estima que se deban considerar ciertos elementos para fortalecer y potenciar la existencia de un mercado secundario de CIP. Para ello, se señalará sucintamente algunas justificaciones teóricas a la regulación de este sector, para luego exponer las ventajas que conlleva la definición de derechos de propiedad o CIP y las condiciones necesarias para que estos derechos sean efectivamente transables.
84. En primer lugar, la explotación de recursos de libre acceso (aquellos sobre los cuales no existen derechos de propiedad) involucra fallas de mercado que obligan a establecer ciertas regulaciones para evitar su sobreexplotación. En efecto, la libre explotación de estos recursos impulsa a los privados a utilizar una cantidad mayor que la óptima⁴⁰, puesto que en un sistema perfectamente competitivo ninguno de los participantes tiene incentivos a limitar su capacidad productiva⁴¹. En la literatura económica,

³⁹ Ver Primer Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar, MAS-COLELL, A., WHINSTON, M. y GREEN, J. (1995). "Microeconomic Theory". Oxford: Oxford University Press.

⁴⁰ V.gr., la cantidad necesaria para que éstos se renueven, en el caso de recursos naturales renovables.

⁴¹ Todos los actores del mercado asumen que cualquier cantidad que quede disponible será aprovechada por algún rival.

este fenómeno es conocido como la "*tragedia de los comunes*", por el citado artículo escrito por Garrett Hardin en 1968⁴².

85. Para el caso específico de los recursos pesqueros, este fenómeno se traduce en la denominada "*carrera olímpica*", haciendo referencia al enorme esfuerzo extractivo que realizan los participantes de una determinada pesquería, cuando saben que el recurso está próximo a agotarse. Dicho fenómeno se ha observado cuando la biomasa de la especie pesquera comienza a reducirse por motivos naturales (v.gr. la tasa de extracción es mayor a la que permite la renovación de la especie) o cuando se establecen cuotas globales de extracción, sin determinar límites extractivos individuales.
86. En el primer caso (sin regulación), el resultado de la competencia es el agotamiento del recurso si la autoridad no impone una limitación a su explotación. En el segundo caso (cuando se regula solo con cuotas globales), el resultado es una asignación subóptima del esfuerzo extractivo, agotándose la cuota en un período menor al deseado generándose períodos iniciales con exceso de oferta y luego -una vez agotada la cuota- períodos con exceso de demanda.
87. En teoría, el establecimiento de derechos de propiedad sobre una cantidad limitada del recurso -lease CIP- permite que éstos sean explotados de una manera socialmente óptima, siempre que la cantidad que fijó la autoridad también lo sea. Adicionalmente, definir derechos transables posibilita una asignación eficiente de los recursos, en el sentido de que el dueño o beneficiario de cada derecho de propiedad es quién más lo valora, en tanto es quien está dispuesto a pagar el mayor monto posible por dicha propiedad. En la literatura económica, este resultado es conocido como el *Teorema de Coase*, planteado inicialmente por Ronald Coase (1960)⁴³ y posteriormente

⁴² HARDIN, Garrett (1968) "*The Tragedy of the Commons*", Science, Vol. 162, No. 3859, pp. 1243-1248.

⁴³ COASE, Ronald (1960). "*The problem of social cost*", Journal of Law and Economics 3, 1-44.

profundizado por Oliver Williamson (1974)⁴⁴ y por George Stigler (1988)⁴⁵, entre otros⁴⁶.

88. Según Coase, las condiciones necesarias para resolver *externalidades*⁴⁷ en la producción o en el uso de un recurso de libre acceso (en la terminología de Harding, "la tragedia de los comunes"), son las siguientes: a) Los derechos de propiedad deben estar bien definidos, y b) no deben existir costos de transacción demasiado elevados (tales que imposibiliten que se realicen las transacciones)⁴⁸.
89. La correcta definición de los derechos de propiedad debe considerar todas las externalidades que pueda involucrar, en este caso, la explotación del recurso pesquero. Así, de existir la posibilidad de que alguna firma consiga poder de mercado en la comercialización final de algún recurso pesquero, a través de la obtención de permisos, implicaría problemas de eficiencia en la asignación de los derechos o cuotas de extracción de dichos recursos⁴⁹.
90. Algunos elementos que podrían afectar el poder de mercado o la posibilidad de obtenerlo son:
- a. La elasticidad de demanda en el o los mercados de comercialización final.
 - b. Que las empresas oferentes sean *tomadoras de precios*, es decir que no puedan influir en los precios tanto nacionales como internacionales transados libremente.

⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver (1974). "The economics of antitrust: transaction cost considerations" University of Pennsylvania Law Review, Vol. 122, N°6, pp 1439-1496.

⁴⁵ STIGLER, J. (1988), "Memoirs of an Unregulated Economist", Basic Books, N.Y.

⁴⁶ Entre otros ARROW, Kenneth, (1971), "Political and Economic Evaluation of Social Effects and Externalities", en M. D. Intriligator, ed., "Frontiers of Quantitative Economics", 3-23; y BAUMOL y OATES (1988), "La Teoría de la Política Económica del Medio Ambiente" BOSCH, ANTONI.

⁴⁷ Definido como "el beneficio o costo de una actividad que recae en personas que no participan directamente de ellas" (FRANK, Robert 1992, "Microeconomía y Conducta". MC GRAW HILL).

⁴⁸ Otros autores han agregado como condiciones las siguientes: c) que exista información completa y simétrica entre los agentes y d) que no existan limitaciones de liquidez que imposibiliten las transacciones (FARREL, 1987 "Information and the Coase Theorem". Journal of Economic Perspectives, Vol. 1, pp. 113-126). En realidad, estas condiciones pueden considerarse que afectan los costos de transacción.

⁴⁹ En el caso citado, la obtención del derecho de extracción no sólo tendría importancia por el valor comercial del uso de estos derechos, sino que por el "no uso" de éstos con el fin de limitar la cantidad total comercializada y elevar el precio de mercado.

- c. El tamaño de la cuota global y por armador respecto al o los mercados relevantes⁵⁰. Y,
- d. Los costos hundidos⁵¹ o las barreras de entrada que existan adicionales a la obtención de la cuota (la diferencia de costos entre las firmas incumbentes y las potenciales entrantes).
91. En relación con lo anterior, es pertinente señalar que, de acuerdo a estimaciones de Subpesca, para el año 2009, aproximadamente el 23% de las toneladas desembarcadas de jurel corresponden a consumo interno, exportándose el 77%. Dentro de las exportaciones, el principal formato con que se exporta el jurel⁵² es la harina de pescado (representa el 70,2% del valor total exportado), seguido por jurel congelado (14,2% del valor total exportado) y en conserva (11,8%).
92. Lo anterior permite presumir que, para la gran mayoría de los mercados de comercialización final del jurel, las firmas chilenas actúan como tomadoras de precios internacionales, no teniendo en la práctica posibilidad de limitar su producción para afectar el valor de mercado. En el siguiente Cuadro se resumen las exportaciones efectuadas por empresas que operan en Chile.

Cuadro N° 13
Exportaciones de Jurel, Aceite y Harina de Pescado (MUS\$)

	2.007	2.008	2.009	Total general
Jurel	205.236,6	152.205,5	185.466,1	542.908,1
-ACEITE	83,5	56,1	226,8	366,4
-AHUMADO	23,2		14,0	37,3
-CONGELADO	96.674,0	65.566,3	99.604,0	261.844,3
-CONSERVAS	107.155,9	83.699,2	82.027,3	272.882,4
-FRESCO REFRIGERADO	1.281,2	2.883,8	3.593,9	7.758,9
-SALADO	18,8			18,8
Peces Pelágicos s/e	501.485,5	511.488,3	512.806,9	1.525.780,6
-ACEITE	14.515,3	62.795,8	22.983,0	100.294,1
-HARINA	486.970,2	448.692,4	489.823,9	1.425.486,5
Total general (MUS\$)	706.722,0	663.693,7	698.272,9	2.068.688,7

Fuente: Subpesca

⁵⁰ Y el respeto al límite máximo establecido por la autoridad.

⁵¹ En pesquerías donde existan inversiones hundidas de mucho valor en relación a la CGA, necesariamente van a ser mercados concentrados, sea que las CIP se asignen utilizando el criterio de desembarques históricos (o capacidad de bodega) o se liciten.

⁵² Mezclado con otras especies.

93. Respecto a los costos de transacción, algunos elementos que pueden aumentarlos, dificultando el desarrollo de un mercado secundario de cuotas de pesca son, a juicio de esta Fiscalía, los siguientes:
- a. Indivisibilidades de las CIP.
 - b. Incertidumbre respecto a la abundancia del recurso (disponibilidad real de peces)⁵³.
 - c. Elevados costos de negociación (asimetrías de información) entre empresas.
 - d. Elevados costos de fiscalización del cumplimiento efectivo de las cuotas⁵⁴.
 - e. Asociación de las cuotas a una embarcación.
94. En relación con lo anterior, la LMCA establece mecanismos indirectos de transferibilidad de las cuotas de pesca, los cuales, a juicio de esta Fiscalía, imponen costos de transacción que dificultan el correcto desarrollo del mercado secundario. Los mecanismos previstos son los siguientes:
- a. Los armadores pueden transar sus embarcaciones, las cuales tienen asociada una patente pesquera y derechos de extracción⁵⁵.
 - b. Los armadores independientes pueden asociarse para consolidar sus cuotas individuales y decidir si efectuarán labores de pesca con todas o sólo una parte de estas naves, de acuerdo a lo dispuesto en el

⁵³ Este elemento, adicionalmente, hace perder efectividad a la regulación, al incentivar a los armadores a no limitar su esfuerzo de pesca, ante la expectativa de que la cuota asignada no sea efectiva y por lo tanto, otros competidores extraigan con anterioridad los peces disponibles. Este elemento fomenta también el descarte de peces ya capturados (i.e. arrojarlos nuevamente al mar) cuando exceden las cuotas de pesca autorizadas.

⁵⁴ Por ejemplo, en las pesquerías de especies múltiples (i.e., donde los cardúmenes nadan juntos siendo extremadamente difícil individualizar la especie objetivo de otras acompañantes) es mayor la probabilidad de fraude por parte de las empresas (i.e., hacer pasar peces de la especie objetivo como si fueran de los peces secundarios), siendo costoso para el regulador fiscalizar las toneladas totales desembarcadas reales.

⁵⁵ El artículo 1° de la LMCA 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°.*"

artículo 8° de la LMCA. Las naves no utilizadas mantienen vigentes sus autorizaciones de pesca, pero son eximidas del pago anual de patente pesquera, manteniendo a la vez una participación a prorrata en los records de captura que generen las naves para pescar⁵⁶.

- c. Además, el artículo 9° de la LMCA⁵⁷ permite a cada armador excluir permanentemente una o más naves de la actividad extractiva de una determinada pesquería. En este caso la historia, entendida como capturas y capacidad de bodega, puede ser transferida a otras naves del mismo armador o vendida⁵⁸.

⁵⁶ El artículo 8° LMCA dispone: “El armador o grupo de armadores que tengan más de una nave bajo su titularidad podrán optar por efectuar operaciones de pesca extractiva con una o más de sus naves autorizadas, efecto para el cual deberán inscribir en el Servicio Nacional de Pesca la o las naves con que harán efectivo su límite máximo de captura. Las naves inscritas podrán efectuar operaciones de pesca extractiva en toda el área de la respectiva unidad de pesquería, con excepción de los barcos fábrica, que deberán operar de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura, y con las limitaciones a las áreas de pesca establecidas para los artes o aparejos de pesca, contenidas en las respectivas autorizaciones de pesca. Las naves no inscritas quedarán exoneradas de la obligación de pago de la patente única pesquera y de la obligación de efectuar operación pesquera extractiva establecida en el artículo 143, letra b), de la Ley General de Pesca y Acuicultura, ambas excepciones sólo respecto de la unidad de pesquería con límite máximo de captura por armador y su fauna acompañante. Sin perjuicio de lo anterior, para él solo efecto de la historia de las capturas de cada nave, las capturas efectuadas por las naves inscritas para los efectos de esta ley se distribuirán a prorrata entre todas las naves que dieron origen al límite máximo de captura por armador, de acuerdo con el coeficiente de participación relativo de cada nave.”

⁵⁷ El artículo 9° de la LMCA dispone: “Los armadores a los cuales les sea aplicable el límite máximo de captura podrán optar por excluir una o más de sus naves de la actividad pesquera extractiva. Esta opción deberá ser ejercida, durante la vigencia de esta ley, por escritura pública en que se individualice la nave y se exprese la voluntad del armador de acogerse a lo dispuesto en este artículo. Las naves respecto de las cuales se ejerza la opción quedarán permanente e irrevocablemente excluidas de la actividad pesquera extractiva, aun cuando con posterioridad sean enajenadas o pasen a cualquier título a la posesión o tenencia de terceros, a menos que estas naves sustituyan a otra u otras naves en conformidad con el respectivo Reglamento. La escritura pública a que alude el inciso anterior, produce de pleno derecho el término de todas las autorizaciones de pesca vigentes a la fecha de su suscripción por el armador. Presentada ante la Subsecretaría de Pesca, ésta emitirá en beneficio del armador un certificado en que se indiquen las características náuticas de la nave, y otro con el registro de su historial de captura respecto de las especies y unidades de pesquerías autorizadas al armador bajo el régimen de plena explotación, así como la capacidad de bodega corregida de cada nave. Para el solo efecto del cálculo del límite máximo de captura por armador o cualquier otro mecanismo eventual de asignación de límites máximos, dichos certificados permitirán al armador que las circunstancias en ellos expresadas sean consideradas tal y como si se encontrare en posesión de la nave o naves. Los certificados serán enajenables.”

⁵⁸ PEÑA, Julio (2002) “Debates sobre Cuotas Individuales Transferibles: ¿“Privatizando” el Mar? ¿Subsidios? o ¿la muerte anunciada de la pesca extractiva en Chile?” Estudios Públicos, volumen 86. El autor señala que a un año de vigencia de la ley la aplicación de esta norma era nula y que esto se debería a una percepción de precariedad legal respecto de los derechos asociados a las historias de pesca transferibles, la cual a su vez tendría fundamento en la incertidumbre de las reglas que se aplicarían una vez terminada la vigencia de la ley transitoria. Pág. 187.

95. A juicio de esta Fiscalía, resultaría conveniente incorporar otros mecanismos que reduzcan los costos de transacción asociados, permitiendo de este modo, fortalecer los mercados secundarios de cuotas transables, los cuales - respetando las particularidades de cada pesquería- favorezcan la entrada de nuevos actores y al mismo tiempo una explotación sustentable de los recursos. Para lograr lo anterior, deberían considerarse, al menos, los siguientes elementos:

- a. Que los derechos de pesca tengan la mayor duración posible, idealmente que sean otorgados a perpetuidad.
- b. Que éstos no estén asociados a las embarcaciones ni a activos de los vendedores, sino que puedan transarse de manera independiente.
- c. Que los derechos de pesca sean lo más divisibles posible.
- d. Que la definición de las CGA de extracción representen lo más fielmente posible la biomasa disponible en cada pesquería.
- e. Que los sistemas de fiscalización y sancionatorios sean eficientes, de manera tal que logren disuadir los incentivos a exceder los límites máximos permitidos de extracción, y que igualmente se reduzcan lo más posible los descartes por parte de las empresas.

96. Una definición de CIP que considere los aspectos mencionados, tiene amplias posibilidades de generar un mercado competitivo de derechos de extracción. En efecto, la durabilidad de los derechos, su independencia respecto de otros bienes que involucren costos de transacción adicionales, su divisibilidad y aspectos relacionados con la correcta definición de los derechos de propiedad (es decir, que las CIP sean realmente una restricción activa para las empresas), son cruciales para la formación de un mercado secundario que funcione de manera apropiada.

97. La duración de las CIP es un factor relevante, dado que la explotación de los mismos requiere de la realización de inversiones que se demoran en ser cubiertas, por lo cual al establecerse un plazo fijo, cuando ya estén por expirar los derechos, sus posibilidades de transferibilidad se vuelven casi nulas,

limitándose además los incentivos de las empresas a realizar nuevas inversiones, dada la incertidumbre que conlleva el vencimiento de los derechos⁵⁹.

98. Por otro lado, el hecho de que las transacciones involucren la transacción de embarcaciones (o la asociación de actividades con embarcaciones de otras empresas), aumenta los costos de transacción, por cuanto muy posiblemente existen asimetrías de información respecto a la calidad de estos activos a los que se encuentran ligadas las CIP, lo cual incrementa innecesariamente los costos de transacción⁶⁰.
99. En relación con la divisibilidad de los derechos, si éstos son muy grandes, no es posible para las empresas ajustar de manera eficiente su capacidad extractiva real, mediante la venta de los derechos marginales que les resulta más rentable vender que utilizar, inhibiéndose de esta forma, numerosas posibilidades de transacción que hubieran podido existir al permitirse derechos más desagregados.
100. Por último, es pertinente señalar que una incorrecta definición de las CGA de captura o una deficiente fiscalización, necesariamente implican que en la industria van a subsistir los incentivos a que las empresas realicen una *carrera olímpica*, careciendo de todo valor las alícuotas definidas sobre las cuotas globales.
101. De las consideraciones expuestas se desprende que, a juicio de esta Fiscalía, de existir y ser competitivo el mercado secundario, el problema de las asignaciones iniciales no es un problema que debiera concernir a los organismos de libre competencia, sino al organismo sectorial competente.
102. Ahora bien, si el año 2012, una vez terminada la vigencia de la LMCA, el legislador optase por instaurar un sistema de subastas, esta Fiscalía estima de importancia que se tomen ciertos resguardos respecto a su diseño, a fin de

⁵⁹ Lo dicho se ve reflejado en el Cuadro N° 6, que describe el número de transacciones por año.

⁶⁰ AKERLOF, George. (1970) "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. pp. 488-500.

incentivar la participación en ellas de nuevos actores, desincentivar la colusión entre los participantes y evitar prácticas predatorias⁶¹. Tanto el acceso como los resultados de las subastas dependen de su diseño regulatorio, de la estructura industrial donde se realizan y de las características de los derechos licitados, tales como, duración de los mismos y tamaño.

VIII. CONSEJO NACIONAL Y CONSEJOS ZONALES DE PESCA

103. La Consultante solicita a ese H. Tribunal recomiende al Ejecutivo la derogación de la actual conformación orgánica de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca establecidos en los artículos 146 y 152 de la LGP, y la eliminación de su participación en la toma de decisión para la aplicación del mecanismo de subasta de las cuotas de pesca contemplada en el artículo 27 de la LGP.
104. En relación con la conformación orgánica de los Consejos, el artículo 146 de la LGP establece que el Consejo Nacional de Pesca estará constituido por representantes del gobierno (Director de Sernapesca, Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, el director de IFOP y consejeros nominados por el Presidente de la República), representantes del sector pesquero-extractivo industrial y artesanal y de acuicultura.
105. Por su parte, el artículo 152 de la LGP establece que los Consejos Zonales de Pesca estarán constituidos por representantes del gobierno (Sernapesca, Gobernación Marítima, IFOP, SEREMI de Economía), representantes de las universidades e institutos, representantes del sector pesquero (organizaciones gremiales de armadores, de propietarios de naves) y representantes de organizaciones ambientalistas.
106. Es pertinente señalar que los Consejos Nacional y Zonales cumplen variadas funciones, descritas en la LGP, las cuales aparecen como relevantes para sustentar y permitir la gobernabilidad del sector pesquero. En efecto, es

⁶¹ KLEMPERER, P. (2000) "What really matters in auction design". The Journal of Economic Perspectives, Vol.16, No.1, pp.169-189.

posible que su participación permita disminuir las asimetrías de información con respecto a los regulados, en términos de asegurar que la definición de las cuotas de pesca sea la que maximice el beneficio conjunto del negocio y facilitando las negociaciones de Chile, en el marco de la creación de una regulación internacional (ORP), al estar reunidos los intereses de todos los sectores involucrados. Adicionalmente, es posible que por este medio se logre una reducción de los costos de fiscalización, haciéndose más efectiva la misma.

107. Atendido que la evaluación de las ventajas para el desarrollo sectorial de la participación de los mencionados Consejos de Pesca, no se circunscribe solamente al ámbito de la libre competencia, y que esta Fiscalía tiene como misión posibilitar el correcto funcionamiento de una economía de mercado, basada en la libre y sana competencia, no le cabe pronunciarse respecto a las labores y atribuciones relacionadas con el cumplimiento de los objetivos sectoriales de otros servicios, en tanto se encuentren fuera del ámbito de la libre competencia.
108. Por tanto, a esta Fiscalía no le compete evaluar el desempeño del Consejo Nacional o los Consejos Zonales en términos de su aporte a la consecución de los objetivos sectoriales.
109. Sin perjuicio de lo anterior, atendida la constitución de los Consejos, es importante señalar que respecto a la facultad de aprobar la entrega mediante licitación de nuevas autorizaciones de pesca (en aplicación del artículo 27 de la LGP en caso de ser aplicable durante la vigencia de la LMCA), desde el punto de vista de la libre competencia, podría existir una ausencia de incentivos para hacer operativos los mecanismos contemplados en la LGP, siempre que la composición numérica de los representantes, sea relevante, respecto de una decisión determinada.
110. Por su parte, es necesario reiterar que el artículo 27 en cuestión exige para la aprobación de la subasta del 5% de la CGA contar con la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros presentes del Consejo Nacional y Zonal de

Pesca que corresponda, debiendo, por tanto, analizarse su composición numérica para efectos de determinar la real relevancia de los actores de mercado en la conformación del quórum y si existen contrapesos suficientes a dicho poder.

IX. CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

111. En relación con la petición de la Consultante, en orden a *"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"*, esta Fiscalía considera que corresponde que dicha pretensión sea planteada en el marco de un procedimiento contencioso, y no en un proceso no contencioso como el actual.
112. Respecto a la exigencia de que Subpesca efectivamente aplique el *"sistema de subastas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley de Pesca y [dicte] 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 (...)"*, y que las referidas subastas *"no se constituya únicamente por el mayor precio ofrecido, sino que considere también variables de adjudicación pro-competitivas"*, esta Fiscalía estima que es inoficiosa esta petición si el referido artículo fuese incompatible con una legislación posterior, y que si así no fuere, es improcedente en tanto el texto de la norma no discurre sobre una base de obligatoriedad sino de discrecionalidad que gozaría la autoridad sectorial.
113. Respecto al segundo grupo peticiones, relativas a *la formulación de recomendaciones para modificaciones a la LGP una vez terminada la vigencia de la LMCA*, lo que interesa a esta Fiscalía es que, en el marco de una nueva regulación pesquera, se promueva la formación de un mercado secundario de derechos de extracción que funcione correctamente, lo cual debería redundar en una asignación eficiente de los derechos de extracción. En este sentido, y sólo desde el punto de vista de la libre competencia, esta

Fiscalía considera que el criterio de asignación inicial para este mercado en particular, en donde las firmas son tomadoras de precios, debiera ser indiferente, siempre que los derechos de propiedad estén bien definidos.

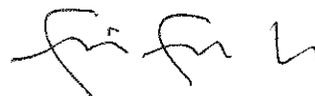
114. Para lograr un verdadero mercado secundario de derechos de extracción, esta Fiscalía es de la opinión que deberían considerarse al menos los siguientes elementos, en un contexto de una posible recomendación a los organismos encargados de regular este sector:

- i) Que los derechos de pesca tengan la mayor duración posible, idealmente que sean a perpetuidad.
- ii) Que éstos no estén asociados a las embarcaciones ni a activos de los vendedores, sino que puedan transarse de manera independiente.
- iii) Que sean lo más divisibles posible.
- iv) Que la definición de las CGA representen lo más fielmente posible la biomasa disponible en cada pesquería.
- v) Que los sistemas de fiscalización y sancionatorios sean eficaces y eficientes, tal que logren disuadir los incentivos a exceder los límites máximos permitidos de extracción, y que igualmente se reduzcan lo más posible los procesos de descartes por parte de las empresas.

115. Finalmente, H. Tribunal, en relación con la discusión sobre los roles de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca, esta Fiscalía advierte que no puede evaluar los aportes de tales consejos en la consecución de los múltiples objetivos sectoriales que podrían perseguir, distintos a los de libre competencia propiamente tal, pero que el incluir entre sus miembros a las empresas incumbentes, hace más difícil que puedan ingresar nuevos actores, a través del mecanismo establecido en el artículo 27 de LGP, en caso que éste opere, salvo que su composición numérica no sea relevante.

POR TANTO,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la Consulta de autos.

Handwritten signature or initials, possibly 'fifh'.