

ANT.: Denuncia por colusión en sector pesquero. Rol N° 1976-11 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 25 ABR 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del antecedente, recomendando archivar sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de septiembre de 2011 se presentó ante esta Fiscalía la denuncia de un particular, referida a la formalización de un acuerdo entre industriales del sector pesquero y dirigentes de la pesca artesanal que, a su juicio, podría implicar riesgos para la competencia¹.
2. El denunciante afirma que dicho acuerdo se habría logrado con la coordinación del Ministro de Economía, el cual habría sido además su ejecutor e impulsor.
3. En efecto, el día 8 de agosto de 2011, el Ministro de Economía convocó a los actores más representativos del sector pesquero a dialogar y buscar un planteamiento común en el contexto de la expiración del plazo de vigencia de la Ley N°19.713 sobre Límites Máximos de Captura por Armador ("**Ley de Cuotas**")².

¹ Para efectos de este informe, los términos técnicos que sean utilizados se entenderán en conformidad a las definiciones contempladas en la Ley N°18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura ("**Ley de Pesca**"), a menos que expresamente se le confiera un significado distinto.

² La Ley N° 19.713 tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.

4. Los convocados aceptaron la iniciativa constituyéndose, con fecha 9 de agosto del mismo año, en la denominada mesa de trabajo pesquero ("**Mesa Pesquera**"), presidida por el Subsecretario de Pesca. Paralelamente se realizaron reuniones en diferentes zonas del país con el objetivo de lograr acuerdos zonales.
5. Tras un mes y medio de reuniones, los principales gremios industriales y sindicatos del sector artesanal lograron un acuerdo nacional en materia de fraccionamiento de recursos pesqueros, el que fue formalizado y presentado a las autoridades del Ministerio de Economía con fecha 26 de septiembre de 2011.
6. Según lo referido por dicho Ministerio, este pacto, de ser incorporado en la reforma legal, implicaría una transferencia neta para el sector artesanal de 30 millones de dólares y un aumento significativo en la participación de la pesca artesanal en las cuotas de captura³.
7. En opinión del denunciante, la verdadera finalidad de la Mesa Pesquera habría sido comprometer a los pescadores industriales para que apoyasen un traspaso de cuotas de pesca hacia los artesanales, a cambio de detener el envío de un proyecto de ley al Congreso que contemplase eventualmente la licitación del 50% de las Cuotas Globales Anuales de Captura en las principales pesquerías actualmente bajo regulación.
8. De este modo, según los términos de la denuncia, el acuerdo permitiría a los pesqueros industriales mantener las barreras de entrada que existen en los mercados de cuotas de pesca, lo cual reforzaría su poder de mercado permitiéndoles excluir a potenciales competidores.
9. Adicionalmente, la denuncia expresa que la distribución de porcentajes de captura entre los representantes pesqueros artesanales e industriales, también podría considerarse un acto colusorio en sí mismo, en cuanto constituye un acuerdo para asignarse cuotas de mercado.

³ <http://www.economia.gob.cl/2011/09/26/mesa-de-trabajo-de-gremios-y-sindicatos-pesqueros-impulsada-por-economia-logra-acuerdo.htm>

10. En síntesis, la conducta denunciada consistiría en un acuerdo colusorio respecto al fraccionamiento de recursos pesqueros, o cuotas de pesca, convenido entre representantes del sector pesquero industrial y artesanal y que involucra al Ministro de Economía. Además, dicho acuerdo habría tenido por finalidad evitar el envío de un proyecto de ley que contemplase las licitaciones de cuotas de pesca.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

Regulación e Institucionalidad Pesquera

11. Los hechos denunciados tienen lugar en los mercados de extracción de recursos pesqueros. A continuación se señalan algunas características de estos mercados y su regulación a fin de comprender el contexto e institucionalidad en el que se desarrolla la denuncia.
12. Sobre el particular, la Proposición N°12 del H. Tribunal sobre “Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros” Rol ERN 12-10 de 27 de enero de 2011 (“**Proposición N°12**”) y los informes presentados por esta Fiscalía con ocasión de este proceso, resumen de manera detallada el marco jurídico-económico del sector pesquero, el cual se caracteriza por estar sujeto a distintos mecanismos regulatorios, tanto legales como reglamentarios, cuya justificación radica en la presencia de un tipo de externalidad negativa conocida en la literatura económica con el nombre de “tragedia de los comunes”⁴.
13. La tragedia de los comunes consiste en la diferencia entre los costos privados de desarrollar una actividad y los costos sociales aparejados a la misma, que se produce cuando alguno de los recursos involucrados en el proceso productivo es de propiedad común. De este modo, cada empresa no internaliza íntegramente el efecto que su propia explotación produce en la disponibilidad total del recurso, impulsando a los privados a utilizar una cantidad de insumo mayor a la óptima. En el caso de recursos naturales renovables, esta falla de mercado impide que los privados puedan realizar

⁴ Hardin, G. (1968) “The tragedy of the Commons”, Science Vol. 162, pp. 1243-1247.

- una explotación sustentable, si no media algún mecanismo o acción colectiva coordinada mediante la cual éstos limiten la utilización del recurso que se trate.
14. Así, el aprovechamiento no regulado de recursos renovables de propiedad común involucra una falla de mercado que impide su explotación sustentable, conduciendo, en algunos casos, a un agotamiento de los mismos. En el caso específico del sector pesquero, la tragedia de los comunes se traduce en la denominada “carrera olímpica”, esto es, el esfuerzo excesivo en las actividades de pesca para obtener la mayor cantidad de recursos posibles, dado su eventual agotamiento. Dicha situación se caracteriza por una fuerte sobreinversión en capacidad extractiva y un flujo ineficiente de desembarques hacia las plantas de procesamiento.
 15. El contexto descrito justifica la intervención del Estado a través de la regulación sectorial, por cuanto se requiere ordenar las faenas extractivas con el fin de generar una explotación sustentable de los recursos y asegurar la eficiencia de los procesos productivos.
 16. De este modo, y en términos generales, la Ley de Pesca regula las actividades de la fase extractiva, con el objetivo principal de asegurar la sustentabilidad de recursos renovables mediante el establecimiento de cuotas globales de captura para ciertas especies.
 17. El establecimiento de estos límites globales a la cantidad total extraíble, si bien permite controlar la sobreexplotación de los recursos, no elimina los incentivos a la carrera olímpica, por lo cual la legislación ha debido incorporar la definición de límites o cuotas individuales de pesca⁵, principalmente mediante la Ley de Cuotas, las que favorecen que cada empresa planifique sus esfuerzos extractivos en forma eficiente⁶.

⁵ En este sentido, la Ley de Cuotas solamente distribuye cuotas individuales por empresa entre armadores industriales, mientras que a los pescadores artesanales se les asigna una Cuota Global Anual de captura, sin perjuicio que existan otros esquemas regulatorios tales como la Pesca de Investigación y el Régimen Artesanal de Extracción que igualmente permiten la individualización de cuotas.

⁶ Ver párrafo N°40 de la Proposición N°12.

18. Para efectos de la definición de las Cuotas Globales Anuales, su fraccionamiento entre los sectores artesanal e industrial y otros temas regulatorios, la normativa vigente contempla una institucionalidad que involucra la participación de los distintos actores de la industria. Así, por ejemplo, el Consejo Nacional de Pesca (“CNP”) está conformado por representantes del sector artesanal, industrial, laboral y del gobierno. También existen Consejos Regionales y Zonales de pesca que reúnen a los representantes de los diversos sectores por región o zona de pesca, respectivamente⁷.
19. Conforme a la legislación actual, el CNP es un organismo consultivo, resolutivo y asesor en distintas materias relacionadas con el sector pesquero. Un rol importante que cumple es su participación en la determinación de la Cuota Global Anual⁸, según el procedimiento establecido en la Ley de Pesca, así como también en el fraccionamiento entre los sectores industrial y artesanal⁹.
20. En síntesis, las particularidades del sector pesquero han requerido la creación de una institucionalidad en la cual participan conjuntamente los distintos actores de la industria y el gobierno, en la definición de los distintos temas de interés sectorial, todo ello dentro del marco jurídico establecido.
21. En este contexto, considerando la pronta expiración de la Ley de Cuotas y la consiguiente reforma legislativa, el gobierno convocó a los distintos actores del sector a una mesa de discusión, lo que dio origen a la denominada Mesa Pesquera¹⁰.

⁷ Ver artículos 145 y ss. de la Ley de Pesca.

⁸ Ver artículo 26 de la Ley de Pesca.

⁹ Ver artículo 147-A de la Ley de Pesca.

¹⁰ El Acuerdo de la Mesa Pesquera señala en su parte considerativa: “*Que ante el vencimiento de la Ley de Límite Máximo de Captura por Armador, el Ministro de Economía Fomento y Turismo convocó a los actores más representativos del sector pesquero nacional con el objeto de lograr un acuerdo respecto del fraccionamiento de las principales pesquerías del país; Que los convocados aceptaron la iniciativa del Ministro de Economía y con fecha 9 de agosto de 2011 se constituyeron en la denominada “Mesa de Trabajo Pesquero” presidida por el Subsecretario de Pesca*”
Texto completo del acuerdo disponible en: <http://www.economia.gob.cl/2011/09/26/mesa-de-trabajo-de-gremios-y-sindicatos-pesqueros-impulsada-por-economia-logra-acuerdo.htm>

Objeto del acuerdo de la Mesa Pesquera

22. El acuerdo de la Mesa Pesquera tuvo por objeto incorporar al proyecto de ley propuesto por el Ejecutivo, el fraccionamiento pactado en pesquerías compartidas, entre pesqueros artesanales e industriales¹¹, por un plazo de 20 años¹².
23. En el curso de este análisis de admisibilidad se constató que ni en los acuerdos zonales ni el acuerdo nacional, que formalmente constituyen las actas de las reuniones realizadas, se trataron temáticas ajenas a aquellas para las cuales fueron convocados.
24. En el mismo sentido, un declarante que participó en la Mesa Pesquera y que según sus propios dichos no representa los intereses de la industria sino que, por el contrario, se encuentra en una posición abiertamente conflictiva respecto a ésta, relató exhaustivamente los temas tratados, los cuales estuvieron focalizados en la reforma normativa, presidiendo la Mesa y moderando la discusión en todo su transcurso el Subsecretario de Pesca¹³.
25. De este modo, el tratamiento que se debe dar al acuerdo de la Mesa Pesquera debería ser similar al que se confiere a cualquier otro acuerdo que logren los actores de una industria destinado a hacer esfuerzos conjuntos para influenciar autoridades públicas, con el objetivo de lograr la

¹¹ Estas son: i) anchoveta y sardina Regiones XV-II; ii) jurel Regiones XV-X; iii) anchoveta Regiones V-X; iv) sardina común Regiones V-X; v) anchoveta Regiones III-IV; vi) sardina Regiones III-IV; vii) merluza común Regiones IV -41°28,6'LS; viii) merluza común 41°28,6'LS-57°LS; ix) congrio dorado 41° 28,6'LS-57°LS; x) camarón nailon Regiones II-VIII; xi) langostino colorado Regiones I-IV; xii) langostino amarillo Regiones III-IV.

¹² A través de la Mesa pesquera se alcanzó un acuerdo con fecha 26 de septiembre de 2011 en el cual se convinieron los siguientes 7 aspectos:

- i) El objetivo esencial de la mesa es la consecución de la sustentabilidad de los recursos pesqueros para lo cual se comprometen a desarrollar un trabajo conjunto para la recuperación de las pesquerías en estado crítico.
- ii) Establecer un nuevo trato en el mundo pesquero nacional.
- iii) Respetar y mantener el acuerdo sobre fraccionamiento durante toda la tramitación legislativa.
- iv) Efectuar un llamado al Congreso Nacional para que valide el acuerdo.
- v) Mantener la estabilidad laboral del sector pesquero.
- vi) Mantener la mesa de trabajo pesquero para iniciar una nueva etapa de trabajo que comprenda la discusión de materias relacionadas con la sustentabilidad de los recursos pesqueros, institucionalidad, fiscalización e investigación pesquera.
- vii) Incorporar al proyecto de ley el fraccionamiento acordado en las pesquerías compartidas entre ambos sectores por un plazo de 20 años.

¹³ Ver Anexo Confidencial.

modificación de alguna regulación o de cualquier otro aspecto que involucre sus intereses.

26. En doctrina comparada este tipo de actividad conjunta se fundamenta en los derechos de petición a la autoridad y asociación pacífica, reconocidos constitucionalmente¹⁴, y no constituye, por regla general, una violación a la normativa de libre competencia¹⁵. Lo anterior, sin perjuicio de que pudieran existir situaciones reprochables desde el punto de vista de la ley de libre competencia, tales como: i) que se realice con un claro objetivo de acosar competidores, por ejemplo, presentando reclamos continuos ante órganos regulatorios u oponiéndose a derechos legítimamente ejercidos por competidores; o ii) que esté dirigido directamente a la obtención de ventajas comerciales específicas respecto a competidores como, por ejemplo, influir en el diseño de bases de licitación¹⁶.
27. En razón de lo expuesto, la Mesa Pesquera, o cualquier otra instancia en que actores de una industria se congregan para realizar peticiones a la autoridad, no son, en principio, contrarias a la libre competencia, salvo que se utilicen en los términos referidos en el párrafo anterior.
28. Respecto de las asociaciones gremiales, esta Fiscalía ha formulado algunas recomendaciones a tener en cuenta para evitar dichos peligros en la Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia¹⁷.

¹⁴ En Chile véase Constitución de la República, artículo 19 N°14 respecto al derecho a presentar peticiones a la autoridad y 19 N°15 respecto al derecho a asociarse sin permiso previo.

¹⁵ En Estados Unidos por regla general el *lobby* no es ilegal dentro de los límites de la doctrina *Noerr-Pennington*. Esta doctrina es una de las piedras fundamentales del derecho de asociación. Desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de dos casos para proteger a las asociaciones de una eventual responsabilidad bajo las normas de la libre competencia en el ejercicio de actividad de *lobby* a favor de los intereses de sus industrias o profesiones. Sin perjuicio que la Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos de reunirse pacíficamente y hacer peticiones a la autoridad, existe una tensión inherente entre el *lobby* y las normas de libre competencia cuando un grupo de competidores realiza esfuerzos de *lobby* que podrían resultar en una disminución de la competencia. Véase *Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* 1961; y, *United Mine Workers v. Pennington* 1965.

¹⁶ Ver *George R. Whitten, Jr. Inc. V. Paddock Pool Builders, Inc.* (1970). En este caso la Corte determinó que la doctrina protege en casos de *lobby* respecto políticas significativas como la aprobación de una ley pero no a una decisión técnica respecto al tipo de material a ser usado en la fabricación de un producto objeto de una eventual compra a través de licitación pública.

¹⁷ http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf

29. En síntesis, el acuerdo alcanzado por los participantes de la Mesa Pesquera tuvo por objeto manifestar la opinión de actores relevantes de la industria respecto a temas sectoriales que les son pertinentes, frente a la eventual presentación de un proyecto de ley sobre la materia, el cual debe someterse, en todo caso, a la correspondiente tramitación legislativa.
30. A mayor abundamiento, cabe destacar que el referido proyecto de ley fue presentado por el Ministro de Economía con fecha 9 de diciembre de 2011¹⁸ y en él se recogen las recomendaciones para incorporar competitividad a los mercados en análisis, formuladas tanto por el H. Tribunal en su Proposición N° 12 como en los informes presentados por esta Fiscalía en el citado proceso¹⁹.

¹⁸ Ver Boletín N°8091-21 ingresado con fecha 14 de diciembre de 2011.

¹⁹ En el mensaje del proyecto de ley de fecha 9 de diciembre de 2011, en el párrafo II Antecedentes, numeral 8 se señala que se han considerando íntegramente las proposiciones del H. TDLC. En efecto, en la Proposición N°12 el H. Tribunal realizó las siguientes recomendaciones: a) establecer un sistema de plena y libre transferibilidad de las cuotas individuales de captura, que contemple la divisibilidad de las mismas; b) eliminar la vinculación obligatoria entre la cuota individual, autorización de pesca y nave; c) eliminar las restricciones respecto a quiénes pueden ser titulares de las cuotas; d) considerar una mayor extensión de duración de las cuotas ya sea indefinidas o en su defecto establecer mecanismos de reasignación de las mismas; e) implementar un mercado de intercambio formal de cuotas individuales; f) establecer, asimismo, un sistema de cuotas individuales o asignadas a ciertos colectivos para la pesca artesanal; y g) evitar el uso de cuotas de investigación como mecanismo para incrementar sin justificación la capacidad de captura de uno o más agentes económicos en particular.

Así por ejemplo, el proyecto de ley contempla, entre otras, las siguientes materias fundamentales. En primer lugar, se incorporan en la regulación las cuotas individuales transferibles, a través del instituto jurídico de las licencias transables de pesca. El proyecto de ley establece tres tipos de licencias, la A, B y C. Las licencias clase A serían de carácter indefinido y se asignarían conforme a criterios históricos. Por su parte, las licencias clase B y clase C surgirían de un eventual procedimiento de licitación establecido en el nuevo artículo 27 que incorporaría el proyecto de ley. Las licencias transables de pesca clase B serían también de carácter indefinido y representarían un coeficiente fijo de la Cuota Global Anual. Por último, las licencias transables clase C, tendrían una duración de un año y estarían expresadas en toneladas. El artículo 27 propuesto por el proyecto de ley señala que en los casos que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura, se encuentre en un nivel igual o superior al 15% por bajo el punto biológico de referencia del rendimiento máximo sostenible (entendiendo por tal el mayor nivel promedio de la remoción por captura que se puede obtener de un stock o población en forma sostenible en el tiempo y bajo las condiciones ecológicas y ambientales predominantes), se deberá iniciar un proceso de pública subasta de los excedentes que se produzcan por sobre dicho umbral.

Adicionalmente, las cuotas serían plenamente divisibles y transferibles en forma separada de la nave o naves que han dado origen a dicha asignación o con la que son extraídos los recursos hidrobiológicos.

Otra consideración importante que introduciría el proyecto de ley se refiere a la eliminación de las facultades resolutorias de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca para la determinación de las Cuotas Globales Anuales. Además, se crea un organismo técnico denominado Panel de Expertos que actuaría como ente asesor y de consulta de la autoridad pesquera. Finalmente, se incorporan límites a la potestad de la autoridad en la determinación de la Cuota Global Anual, que deberá ser fundada en criterios técnicos.

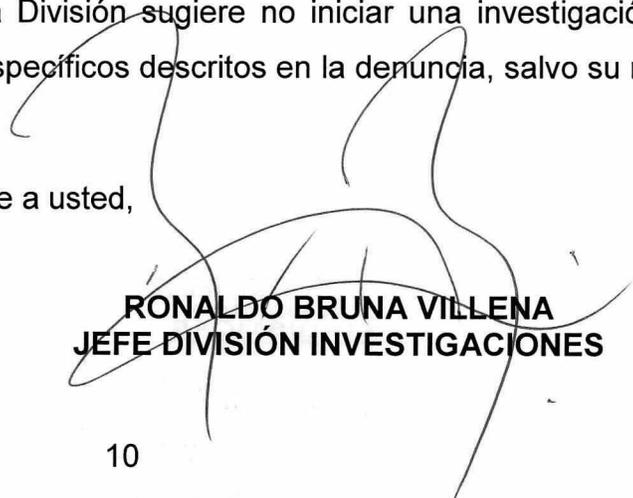
III. CONCLUSIONES

31. Con fecha 30 de septiembre de 2011 se recibió la denuncia de un particular por colusión en contra de los principales representantes del sector que participaron en la denominada “Mesa Pesquera” y en contra del Ministro de Economía, quien convocó a dichos actores para que llegaran a un acuerdo respecto al fraccionamiento de la Cuota Global Anual, en el marco de la elaboración del proyecto de ley que se presentaría ante la expiración del plazo de vigencia de la Ley de Cuotas.
32. Las fallas de mercado inherentes al sector pesquero han justificado la intervención del Estado mediante el establecimiento de un marco regulatorio específico y una institucionalidad propia.
33. En efecto, en cuanto a la regulación, la Ley de Pesca tuvo como objetivo la preservación de los recursos hidrobiológicos reglamentando tanto el acceso como las toneladas máximas de capturas a través de la definición de Cuotas Globales Anuales.
34. Por su parte, la Ley de Cuotas, cuya vigencia expira el 31 de diciembre de 2012, tuvo como objetivo permitir una correcta administración de las faenas pesqueras, al evitar la denominada “carrera olímpica” en que las empresas compiten por la extracción de recursos pesqueros de propiedad común y susceptibles de agotarse, generando una sobreinversión en capacidad extractiva y un flujo ineficiente de desembarques hacia las plantas de procesamiento.
35. Por otra parte, la institucionalidad del sector contempla ciertas instancias tales como el Consejo Nacional de Pesca, los Consejos Regionales y los Consejos Zonales, en las cuales participan conjuntamente los diversos actores de la industria y el gobierno, en la definición de distintos temas de interés sectorial.
36. El acuerdo de la Mesa Pesquera tuvo por finalidad proponer un fraccionamiento en pesquerías compartidas entre pesqueros artesanales e industriales, que fuese considerado en el proyecto de ley propuesto por el

Ejecutivo. No se constató que dicha instancia haya sido utilizada para tratar temas ajenos al mencionado.

37. En relación con ello, esta División es de la opinión que, en principio, la reunión de competidores para solicitar al Ejecutivo reformas regulatorias o manifestar su posición respecto de un proyecto de ley u otras materias lícitas de interés sectorial, debieran ser una actividad legítima. Lo anterior por cuanto las propuestas, para hacerse efectivas, deben necesariamente pasar por una decisión del poder Legislativo, no siendo, en este caso, el acuerdo alcanzado por los competidores el que podría generar algún eventual efecto en la competencia sino la ley o reforma regulatoria promulgada.
38. A mayor abundamiento, el proyecto de ley de fecha 9 de diciembre de 2011, actualmente en tramitación, recoge gran parte de las recomendaciones para incorporar competitividad en el sector pesquero, formuladas tanto por el H. Tribunal en su Proposición N° 12 como por esta Fiscalía en los informes presentados en el citado proceso.
39. Adviértase, eso sí, que las mesas de trabajo que reúnen a competidores pueden hacer surgir riesgos de coordinación, dependiendo de los temas y de los mercados de que se trate, de manera que las autoridades que las congregan y quienes asistan a ellas deben ser especialmente cuidadosos y prudentes, y que esta Fiscalía tiene la facultad para solicitar, cuando así lo estime necesario, al TDLC que recomiende al Presidente de la República, la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 18 N° 4 del DL 211.
40. Por todo lo anterior, esta División sugiere no iniciar una investigación en relación con los hechos específicos descritos en la denuncia, salvo su mejor parecer.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES