

ANT.: Denuncia de particular contra Subsecretaría de Pesca. Rol N° 2018-11 FNE.

MAT.: Minuta de archivo (I).

Santiago, 30 AGO 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la denuncia de particular, recomendando archivar los antecedentes, sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de diciembre de 2011, esta Fiscalía recibió la denuncia de un particular en contra de la Subsecretaría de Pesca ("Subpesca") y otras entidades del rubro tales como el Instituto de Fomento Pesquero ("Ifop") y el Servicio Nacional de Pesca¹, por presuntos atentados a la libre competencia.
2. La denunciante es una empresa procesadora y comercializadora de productos pesqueros para consumo humano, especialmente anchoveta y sardina común, cuyas plantas se encuentran localizadas en la X Región.
3. En la denuncia se señala que desde el año 2006 Subpesca habría autorizado cuotas de pesca de investigación² para la especie sardina austral en la X

¹ La denuncia también se dirige en contra de: "[...] los armadores beneficiados con el monopolio de privilegio, de las industrias de harina y aceite de pescado que convirtieron vías empréstitos en sus "cuasi socios" [...]."

² 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 (en adelante la "Ley de Pesca"), a menos que expresamente se le confiera un significado distinto. En dicha ley, la Pesca de Investigación se define en el artículo 2 numeral 30 del siguiente modo: "extracción sin fines de lucro de individuos de una especie hidrobiológica o parte de ellos, con la finalidad de obtener datos e información para alguno de los siguientes propósitos: generar conocimiento científico o tecnológico, realizar actividades de docencia, contar con antecedentes para adoptar medidas de administración o proteger la biodiversidad, el ambiente acuático y el patrimonio sanitario del país. Asimismo, se considerarán pescas de investigación

Región, de una manera arbitraria e ilegal, con lo cual habría obstruido el acceso a esta especie a aquellos pescadores a los que no se les asignó dicha cuota de investigación generando un monopolio de extracción de la sardina austral.

4. Al respecto, Subpesca informó que desde el año 2006 fueron asignadas cuotas de pesca de investigación de sardina austral, inicialmente a 38 embarcaciones artesanales que históricamente presentaban desembarques de anchoveta y sardina común. Posteriormente, entre el año 2009 y 2011 fueron autorizadas cuotas para 25 embarcaciones adicionales pertenecientes a miembros del Consejo Regional de Pescadores Artesanales (Corepa) y a la Unión de Federaciones de Pescadores Artesanales de la X Región. En promedio del año 2006 al 2011 se han autorizado anualmente 40.776 toneladas para pesca de investigación de sardina austral.
5. Cabe señalar que la sardina austral fue estudiada como especie distinta de la sardina común recién el año 2005 en el informe FIP 2004-39³. Según lo informado por Subpesca a esta División, la sardina común, la anchoveta y la sardina austral constituyen lo que se denomina "pesquerías multiespecíficas", entendiéndose por tales aquéllas respecto de las cuales la tecnología de pesca no permite extraerlas de manera independiente, sino siempre en forma conjunta⁴.

aquellas de carácter exploratorio, de prospección y experimental. La extracción podrá comprender la captura con retención temporal o permanente de los individuos". Cabe hacer presente que esta definición de Pesca de Investigación fue incorporada por la Ley N°20.560 publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de enero de 2012. Previo a esta modificación legal, este concepto se definía de la siguiente forma: "actividad pesquera extractiva que tiene por objeto la realización de los siguientes tipos de pesca sin fines comerciales: Pesca exploratoria: uso de equipos de detección y artes o aparejos de pesca para determinar la existencia de recursos pesqueros presentes en un área y obtener estimaciones cualitativas o cuantitativas. Pesca de prospección: uso de equipos de detección y artes o aparejos de pesca, especialmente diseñados para capturar cierto tipo de especie, con el objeto de determinar su cantidad y su distribución espacial en un área determinada. Pesca experimental: uso de artes o aparejos y sistemas de pesca para determinar las propiedades de éstos y sus efectos en la especie o especies objetivo de la captura, como así también cuando corresponda, evaluar el impacto sobre otras especies asociadas y sobre el hábitat mismo."

³ Titulado: "Monitoreo de la pesquería de pequeños pelágicos en aguas interiores de la X Región". Jefe de proyecto: Antonio Aranís, Fondo de investigación Pesquera. A raíz de este estudio, se publicó en 2007 un trabajo donde se da a conocer a la comunidad científica el descubrimiento de una nueva especie "Spratta fuegensis" Ver además la publicación surgida a partir de dicha investigación en: <http://www.scielo.cl/pdf/qayana/v71n1/art11.pdf>

⁴ La pesquería multiespecífica o mixta según se explicó por Subpesca sería distinta de la fauna acompañante. Este concepto se define en el artículo 2 numeral 21 de la Ley de Pesca en los siguientes términos: "es la conformada por especies hidrobiológicas que, por efecto tecnológico del

6. Sobre el particular, la autoridad de pesca señaló que dada la importancia de la pesca de la sardina común y anchoveta para el mercado nacional, resultaba imprescindible regularizar la situación de la sardina austral, a fin de que pudiera ser extraída sin infracción a la Ley de Pesca. En efecto, en conformidad al antiguo texto de la Ley de Pesca se entendía que al no estar inscrita una especie como pesquería no estaba permitida su extracción⁵.
7. Así, mediante resolución N° 107 de 13 de enero de 2011, Subpesca autorizó, hasta el 31 de diciembre de 2011, al Ifop para realizar pescas de investigación de acuerdo a los términos técnicos indicados en el proyecto denominado "Monitoreo de anchoveta y sardinas en aguas interiores de la X Región de Los Lagos, 2011". Dicha resolución exenta sería continuadora de otras previas que otorgaban autorizaciones similares desde el año 2006⁶.
8. El denunciante señala que la autorización de cuotas de pesca de investigación en los términos antes señalados habría sido arbitraria e ilegal. Arbitraria, por cuanto habría favorecido solamente a algunas de las empresas que utilizan el recurso, e ilegal por cuanto se habría instrumentalizado la pesca de investigación con fines distintos a los que contempla la Ley de Pesca⁷. En efecto, la denuncia pone énfasis en que legalmente la pesca de investigación

arte o aparejo de pesca, se capturan cuando las naves pesqueras orientan su esfuerzo de pesca a la explotación de las especies objetivo." En la pesquería multiespecífica, en cambio, cada una de las especies que son capturadas conjuntamente constituyen o pueden constituir una especie objetivo.

⁵ Esta interpretación se sustentaba en el artículo 110 letra d) de la Ley de Pesca, en el cual se considera como infracción la captura de especies hidrobiológicas sin estar inscrito en el registro respectivo. De esta forma al ser el Registro de los pescadores artesanales específicos a cada pesquería, si una especie no está inscrita como pesquería no podría ser capturada. La modificación a la Ley de Pesca introducida por la Ley 20.560 agregó un nuevo artículo 50 A que regula el mecanismo de solicitud de inscripción de especies no reconocidas.

⁶ En el numeral 8 dicha resolución señala: "los titulares de las naves autorizadas para participar en la pesca de investigación podrán disponer de las capturas de los recursos Anchoveta, Sardina Común y Sardina Austral, incluyendo el desembarque y procesamiento de las mismas, una vez recopilada la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos del estudio."

⁷ En este sentido, el denunciante cita un Dictamen de la Contraloría General de la República donde señala respecto a las pescas de investigación, lo siguiente: "si la autoridad administrativa llegare a hacer uso de su facultad de autorizar actividades de pesca de investigación con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, tal decisión quedaría afectada por una desviación de poder y viciado el acto que la sanciona, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas que podrían generarse respecto de los funcionarios y autoridades involucradas".

(Dictamen N°40.152 de fecha 28 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/appinfo/legisjuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=5B326E3F3A680ADA842578C4004FCC09>)

no debe tener fines comerciales⁸ y, en este caso, las cuotas asignadas respecto de la sardina austral se habrían utilizado precisamente con dichos fines.

9. En síntesis, a juicio del denunciante la autorización de cuotas de pesca de investigación sobre la especie sardina austral habría sido irregular, por cuanto dicha especie no estaba inscrita como pesquería, interpretando el denunciante que sólo podrían establecerse pescas de investigación sobre especies hidrobiológicas inscritas respecto de las cuales esté autorizada su extracción.
10. A fin de denunciar esta eventual ilegalidad, el denunciante presentó un recurso de protección en contra de la aludida resolución N°107/2011, en autos Rol N°116-2011, seguidos ante la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso cuya sentencia de fecha 25 de abril de 2011⁹ rechazó tal acción constitucional, por no apreciarse ilegalidad o arbitrariedad en la actuación del recurrido, fallo que fue confirmado por la Exma. Corte Suprema el 8 de septiembre del mismo año en ingreso Rol N°3.902-2011.
11. No obstante, lo anterior, el denunciante presentó, por el mismo motivo, un recurso de ilegalidad ante Contraloría General de la República, entidad que con fecha 17 de mayo de 2012, se abstuvo de emitir pronunciamiento, por cuanto en virtud de la normativa correspondiente, en especial el inciso tercero del artículo 6° de la ley N°10.336, de organización y atribuciones de Contraloría, no le corresponde informar ni intervenir en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

⁸ Ver nota 2 *supra*.

⁹ El considerando séptimo de la sentencia señala: "*Que en cuanto al fondo del mismo, éste habrá de ser rechazado teniendo para ello presente, que la Resolución N° 107 de fecha 13 de Enero del año 2011, materia de este recurso, mediante la cual el Subsecretario de Pesca autoriza al Instituto de Fomento Pesquero, para efectuar una pesca de investigación en conformidad con los Términos Técnicos de Referencia del Proyecto denominado "Monitoreo de anchoveta y sardinas en aguas Interiores de la X Región de Los Lagos 2011", ha sido dictada en uso de las facultades que le confiere la Ley de Pesca en sus artículos 98 a 102, previo cumplimiento de los requisitos reglamentarios exigidos a los solicitantes y obtención de Informe Técnico por parte de la entidad, y estando debidamente fundado, debe concluirse que se ajusta a la legalidad sin que tampoco pueda estimarse arbitrario, puesto que no resulta de los antecedentes que haya sido fruto del capricho o una voluntad ciega, por el contrario resulta debidamente razonado.*"

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

12. En relación con el objeto de la denuncia, es pertinente precisar que las pretensiones del denunciante respecto al supuesto uso indebido de la pesca de investigación como medida de administración de un recurso pesquero por parte de Subpesca¹⁰, ya fueron desestimadas, como se señaló, por las instancias competentes. Por otra parte, a esta Fiscalía corresponde solamente analizar si el otorgamiento de las cuotas de pesca de investigación, en los términos antes descritos, produjo o podría tender a producir efectos anticompetitivos. Así, no compete a este organismo evaluar la procedencia y licitud de los instrumentos que utiliza Subpesca para desarrollar sus funciones.
13. Sobre el particular, esta División considera que el otorgamiento por parte de Subpesca de cuotas de pesca de investigación a pescadores que reportaron capturas de pesquerías multiespecíficas con la de sardina austral, en cuanto medida regulatoria de un sector, constituye una barrera legal de entrada, la que se sustenta en el marco administrativo e institucional propio del sector¹¹.
14. En segundo lugar, respecto a posibles distorsiones que pudiera producir dicha barrera legal de entrada, en el presente caso se observa que Subpesca asignó cuotas de pesca de investigación a un grupo amplio de pescadores artesanales, constituido por aquéllos con operaciones habituales en la X Región, lo cual, en principio, no tendría relación causal con el hecho de que cierto sector productor haya tenido un acceso limitado a los insumos requeridos para su operación. El acceso restringido a dichos recursos está relacionado más bien con características estructurales del mercado, no imputables a alguna conducta particular de Subpesca o alguna de las otras entidades regulatorias del sector.

¹⁰ Al respecto, téngase presente que la Ley N°20.560 de 3 de enero de 2012 regularizó la situación de extracción de la sardina austral en su artículo 1° y artículo 1° Transitorio.

¹¹ En este mismo sentido, es relevante señalar que, de acuerdo a lo informado por Subpesca, este organismo habría utilizado las pescas de investigación con el fin de administrar la extracción de la sardina austral y así propiciar una explotación sustentable de esta especie, sin afectar la administración de la sardina común y la anchoveta, todo lo cual es acorde con su fin institucional. Por lo anterior, los resultados obtenidos corresponden al ámbito de sus funciones.

15. En efecto, una dificultad que tendrían las empresas procesadoras de pescado para consumo humano para competir en el acceso al recurso con aquellas reductoras, se debería al hecho que las primeras no estarían en condiciones de ofrecer términos comerciales de compra igualmente atractivos que los que ofrecen las plantas reductoras, situación que se vincula con la mayor escala productiva de estas empresas, facultándolas así para ofrecer relaciones de largo plazo.
16. En relación con lo señalado, la existencia de contratos de largo plazo entre procesadores de pesca y pescadores artesanales es corriente en este tipo de mercados, por los niveles de interdependencia que tienen las partes de la cadena productiva. De este modo, las plantas procesadoras pueden encontrar formas de contratación eficiente para resolver en forma conjunta con los pescadores artesanales problemas de incentivos, reparto de riesgos productivos y de acceso al mercado crediticio formal de estos últimos, tal como lo ha señalado el H. Tribunal en la Proposición N°12 de 2011 sobre régimen de acceso a recursos pesqueros ("**Proposición N°12**")¹².
17. De acuerdo con lo anterior, a los pescadores artesanales les resulta más conveniente asegurar un flujo de ingresos menos riesgoso y más estable que el que conseguirían si vendieran su pesca en el mercado "spot" y, por otra parte, las empresas reductoras requieren mantener un flujo de insumos estable y que no baje de cierto nivel mínimo, para hacer rentable sus operaciones y justificar las inversiones específicas que realizan¹³.
18. En relación con la producción de harina y aceite de pescado, la necesidad de asegurar una escala mínima de operación y disminuir la incertidumbre respecto a la disponibilidad de los insumos, se manifiesta en que la mayoría

¹² Proposición N°12 del H.TDLC, página 31, párrafo 89.

¹³ Adicionalmente podrían existir problemas de agencia que dificultan la negociación entre plantas procesadoras y pescadores artesanales, ello por tratarse de recursos perecibles donde el pescador pierde rápidamente poder de negociación conforme transcurre el tiempo desde que el recurso fue extraído, lo cual, podría abrir espacio para comportamiento oportunista por parte de las empresas compradoras. Del mismo modo, particularmente en el caso de recursos que se comercializan frescos, resulta difícil para las empresas monitorear su calidad. Así, en estos mercados es común que surjan tratos de largo plazo que permiten encontrar mecanismos contractuales para reducir los costos de transacción. Lo anterior también ha sido reconocido internacionalmente. Ver por ejemplo Gallick, E.(1984) "*Exclusive dealing and vertical integrations: The efficiency of contracts in the tuna industry*". Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission.

de estas empresas se encuentren integradas verticalmente con flotas pesqueras, existiendo solo escasas excepciones de plantas procesadoras que no cuentan con flota propia, y que deben adquirir sus insumos únicamente a través de empresas pesqueras y/o de pescadores artesanales¹⁴.

19. A este respecto, la Proposición N°12 señala que¹⁵:

"En el caso de la industria de reducción en Chile, es frecuente que las principales empresas participantes presenten integración vertical en la propiedad de la flota extractiva y de plantas para procesar la pesca. No obstante, existe también un sector minoritario de empresas que poseen instalaciones de procesamiento pero no poseen naves de pesca y, por tanto, no tienen asegurado el acceso a sus insumos.

Según datos al año 2003, correspondientes a la industria de reducción que opera entre las regiones Vª a Xª, en torno al 70% del desembarque anual de pesca que se usa como materia prima por el total de las plantas de reducción proviene de flota propia, mientras que, del total de la pesca procesada por el segmento de plantas con integración a flota propia, ese año el 18% correspondió a suministros provenientes del sector artesanal, siendo el remanente provisto por otras naves industriales propiedad de terceros. En el caso del segmento de plantas de reducción sin integración a flota propia, que durante el año 2003 procesó en conjunto el 13% del total de la pesca destinada a producir harina y aceite de pescado entre las regiones Vª a Xª, el 60% de sus suministros de pesca provino de naves industriales de otras empresas y el 40% de la flota artesanal."

20. En relación con esto mismo, Fiordo Austral S.A., una de las empresas compradoras de sardina austral en la X región, que utiliza este insumo para la elaboración de harina y aceite de pescado¹⁶, señaló en su presentación realizada con ocasión de la Causa no Contenciosa "Consulta de Lota Protein S.A. sobre régimen de acceso a recursos pesqueros", Rol NC 379-10, que:

"[L]a forma que ha tenido mi representada de disputar el mercado de la compra pelágica a los armadores industriales verticalmente integrados y de esta forma garantizar el aprovisionamiento de su principal insumo, que le permita lograr una escala de operación aceptable¹⁷, ha sido desarrollando fuertes lazos de confianza y colaboración con los pescadores artesanales, especialmente en la X región".

¹⁴ Algunas de dichas empresas "sin flota" o con un tamaño de flota pequeño, han señalado con ocasión de la Causa no Contenciosa "Consulta de Lota Protein S.A. sobre régimen de acceso a recursos pesqueros", Rol NC 379-10, que se encontrarían en una situación de desventaja respecto a sus competidores.

¹⁵ Párrafos número 62 y 63 de Proposición N°12.

¹⁶ Fiordo Austral es una empresa perteneciente al grupo Yávar el cual controla además las empresas Salmonoil y Pacific Star, dedicados a la elaboración de harina y aceite de pescado y a la crianza de salmones, respectivamente.

¹⁷ En otra parte de su presentación señala que, al año 2009, sus plantas trabajaban al 61% de su capacidad instalada (p.8).

En el siguiente párrafo continúa señalando que:

"En este contexto, mi representada no sólo ha celebrado contratos con los pescadores artesanales, sino que, en muchos casos, es responsable o colabora con abastecer o financiar a los pescadores, previo al inicio de cada faena con combustibles, artes de pesca y otros gastos de operación"¹⁸⁻¹⁹.

21. Es decir, en el caso de empresas que no se encuentren integradas verticalmente con una flota industrial, esta División pudo constatar la existencia de contratos, cuya existencia estaría justificada por la necesidad de crear una relación de largo plazo y de mutuo apoyo con los pescadores artesanales.
22. Ahora bien, respecto a un eventual uso estratégico de los contratos a efectos de limitar las fuentes de aprovisionamiento de insumos y así limitar el número de competidores en los mercados de harina y aceite de pescado, según ha podido constatar esta Fiscalía en otras investigaciones²⁰ y ha sido referido por el H.TDLC en su Proposición N°12, las posibilidades de elevar los precios de la harina y aceite de pescado serían acotadas por tratarse de bienes transables con baja diferenciación (*commodities*), disciplinados por los precios internacionales, especialmente de los productos provenientes de Perú, principal productor mundial. Por lo anterior, resulta difícil argumentar que los contratos tengan la aptitud de generar efectos en estos mercados, aun cuando dichos contratos tuvieran la aptitud de restringir el acceso a pesca artesanal para nuevos procesadores.
23. Así, en el mercado específico de la sardina austral de la X región, el denunciante no habría establecido relaciones de este tipo con los pescadores artesanales que le permitieran asegurar su aprovisionamiento, dadas las características y estructura propias del mercado.

¹⁸ Presentación Fiordo Austral, p.10.

¹⁹ A mayor abundamiento, esta División ha tenido a la vista, un contrato de suministro exclusivo de especies hidrobiológicas susceptibles de ser utilizadas para la elaboración de harina y aceite de pescado, con vigencia por un plazo de 25 años, entre un armador artesanal de la XI región y la sociedad Granero S.A., perteneciente al grupo Fiordo Austral.

²⁰ Ver Informes presentados por la FNE con ocasión de la consulta presentada por Lota Protein en autos Rol NC N° 379-10, seguida por el procedimiento que dio lugar a 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.

24. De este modo, la principal limitación para operar del denunciante no se debería a alguna conducta imputable a Subpesca o alguna de las otras entidades regulatorias del sector, como se señala en la denuncia.
25. Por último, en relación a los efectos nutricionales sobre la población que pudieran justificar una intervención para potenciar ciertas líneas de procesamiento de pescado para consumo humano nacional, esta División considera que dichas políticas de protección o fomento productivo exceden el ámbito de acción de esta Fiscalía, sin perjuicio de las evaluaciones que podría corresponder efectuar por parte de otros estamentos públicos.

III. CONCLUSIONES

26. Con fecha 23 de diciembre de 2011, se recibió la denuncia de una empresa procesadora y comercializadora de productos pesqueros para consumo humano en contra de Subpesca y otras entidades del rubro tales como el Ifop y el Servicio Nacional de Pesca, por presuntos atentados a la libre competencia. La denuncia también se dirigió, sin individualizarlos, sino que en forma genérica, contra los armadores presuntamente beneficiados con la conducta denunciada y contra las empresas procesadoras de harina y aceite de pescado.
27. Esta División consideró que el otorgamiento por parte de Subpesca de cuotas de pesca de investigación a pescadores que reportaron capturas de pesquerías multiespecíficas con la de sardina austral, constituye una barrera legal de entrada que se sustenta en el marco administrativo e institucional propio del sector y se fundamenta en razones de carácter.
28. Sobre el particular, se estableció que la mayor dificultad del denunciante para proveerse de sardina austral como insumo para su actividad, no se origina en los criterios de asignación de Subpesca o en alguna otra conducta imputable a las demás entidades regulatorias del sector denunciadas, sino que en la propia estructura del mercado de aprovisionamiento de materia prima de las plantas procesadoras.

IV. RECOMENDACIÓN

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