



139



EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **PRIMER OTROSÍ:** Se tenga presente. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos en la forma que indica. **TERCER OTROSÍ:** Personería. **CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, abogado, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA ("FNE")**, en autos caratulados "Consulta de PacificBlu SpA y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica", **Rol NC-450-18**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**H. TDLC**" o "**H. Tribunal**") respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, literal e) del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 ("**DL 211**") y en cumplimiento de lo ordenado por resoluciones de 13 de diciembre de 2018 y 15 de enero de 2019, vengo en informar a este H. Tribunal aportando antecedentes para resolver la consulta presentada por las empresas PacificBlu SpA y Sociedad Pesquera Landes S.A. (ambas en adelante denominadas como "**Consultantes**") conforme al siguiente índice:

I.	ANTECEDENTES.....	2
A.	Consulta de PacificBlu SpA y otro ante el H. TDLC	2
II.	LA PESQUERÍA DE LA MERLUZA COMÚN	4
A.	Regulación	4
B.	Cadena productiva	6
a.	Etapa de extracción.....	7
b.	Etapa de procesamiento.....	10
c.	Etapa de comercialización.....	10
C.	Pesca ilegal.....	11
III.	ANÁLISIS DE LA CONSULTA.....	13
A.	Consideraciones de competencia sobre los derechos de pesca.....	15
B.	Relevancia de la Subasta para la actividad de extracción.....	16
C.	Asimetrías regulatorias.....	17
D.	Posible aumento del riesgo de pesca ilegal.....	19
IV.	CONCLUSIONES	21

I. ANTECEDENTES

A. Consulta de PacificBlu SpA y otro ante el H. TDLC

1. Con fecha 10 de diciembre de 2018, PacificBlu SpA ("**PacificBlu**") y Sociedad Pesquera Landes S.A. ("**Landes**") presentaron una consulta ante el H. TDLC ("**Consulta**") en la que sostienen que las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo al paralelo 41° 28,6' L.S., contenidas en la Res. Ex. Subpesca N° 4150, de 28 de noviembre de 2018 ("**Subasta**") de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura ("**Subpesca**")¹, podrían infringir las disposiciones del DL 211, en particular su artículo 3°, inciso primero².
2. Las Consultantes sostienen que las bases de la Subasta ignoran la conocida realidad de la pesca ilegal en la pesquería de la merluza común y, por consiguiente, carecen de toda medida eficaz para evitar que dicha pesca ilegal distorsione las condiciones de competencia en la Subasta, y en la actividad extractiva de esta especie.
3. A juicio de las Consultantes, las bases de la Subasta permiten que la fracción industrial de la cuota global que será subastada, sea explotada bajo el régimen normativo de los pescadores artesanales³, cuyas exigencias son diferentes a las del régimen normativo de los armadores industriales. Las Consultantes puntualizan que son estas exigencias, sumadas a la falta de fiscalización adecuada por parte de las autoridades sectoriales, las que en gran medida propician la pesca ilegal por parte del sector artesanal.
4. Las principales asimetrías regulatorias señaladas por los Consultantes se producen respecto de las obligaciones de información y certificación de desembarques, uso de un sistema de posicionamiento satelital, sistema de registro de imágenes,

¹ Res. Ex. Subpesca N° 4150 de fecha 28 de noviembre de 2018, publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 2018, que Aprueba las Bases de la Licitación de la Cuota LTP Clase B Recurso Merluza Común en su Unidad de Pesquería comprendida la Región de Coquimbo al Paralelo 41° 28' 6 L.S., de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura. Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/615/articulos-102423_documento.pdf.

² Presentación de las Consultantes, 10 de diciembre de 2018, foja 39.

³ Las Consultantes señalan que las formas en que los armadores artesanales pueden acceder a la cuota industrial son dos: (i) en primer lugar, mediante la adjudicación de una Licencia Transable de Pesca clase B en la Subasta; y (ii) con posterioridad a la adjudicación, adquiriéndola, o mediante la cesión de toneladas de una LTP por parte de su titular, conforme a lo señalado en el artículo 55 T de la Ley de Pesca. *Ibid.*, fojas 50-51.

presencia de observadores científicos y sanciones por incumplimiento de la normativa, todos temas regulados en la Ley General de Pesca y Acuicultura (“**Ley de Pesca**” o “**LGPA**”)⁴.

5. De acuerdo a las Consultantes, esta situación de ambivalencia normativa distorsionaría la igualdad entre los participantes de la Subasta, teniendo los pescadores artesanales, o aquellos interesados en cederles las toneladas con posterioridad, un incentivo a pagar precios sustancialmente mayores por cada lote a subastar⁵.
6. Finalmente, las Consultantes le solicitan al H. TDLC resolver la Consulta declarando que, para ser compatibles con las normas del DL 211, las bases de la Subasta deben cumplir con las siguientes condiciones:
 - a. Impedir a los armadores artesanales que exploten la fracción industrial de la cuota anual global de captura que actúen aprovechándose de la ambivalencia normativa, obligándolos a actuar bajo un único régimen jurídico y facilitando la fiscalización por las autoridades sectoriales⁶.
 - b. Someter a los armadores artesanales, que exploten la fracción industrial de la cuota global anual de captura, a un régimen de deberes análogo al de los armadores industriales.
 - c. Imponer cualquier otra condición que el H. TDLC estime necesaria para que las bases de la Subasta se conformen con las disposiciones del DL 211.
 - d. Ordenar que las condiciones que se impongan deberán ser incorporadas por Subpesca en futuras bases administrativas de subastas de Licencias Transables de Pesca (“**LTP**”) Clase B para la merluza común.

⁴ Decreto N° 430 de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley general de Pesca y Acuicultura. Disponible en: <http://bcn.cl/1uw2z>.

⁵ Dentro de los efectos negativos que tendría la pesca ilegal enumerados por las Consultantes se encuentran: i) distorsión de la evaluación del “stock” de merluza común; ii) afectación de los presupuestos sobre los cuales actúa la autoridad sectorial; iii) disminución de los precios pagados a pescadores artesanales y empresas, debido a la sobreoferta; iv) menores ingresos para los pescadores artesanales que no realizan pesca ilegal; v) frustración de las medidas adoptadas por la autoridad sectorial para la recuperación de la pesquería y la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos; vi) comercialización de la merluza “ilegal” sin controles sanitarios; y vii) menor recaudación fiscal debido al no pago de impuestos por la pesca ilegal. Op. cit., Nota N° 2, foja 47.

⁶ De acuerdo a las Consultantes, esta condición puede ser impuesta en dos formas: i) indicando que una embarcación inscrita en el registro a que se refiere el artículo 29 de la Ley de Pesca no puede capturar merluza común con cargo a la cuota artesanal, o ii) subsidiariamente, impedir que una embarcación pueda capturar merluza común bajo dos títulos distintos en un mismo viaje de pesca, debiendo para estos efectos informar a Sernapesca en virtud de cuál título actuará antes del respectivo zarpe. Ibíd., foja 54.

II. LA PESQUERÍA DE LA MERLUZA COMÚN

A. Regulación

7. De manera general, la Ley de Pesca regula la actividad pesquera extractiva, realizando ciertas distinciones en función del régimen de acceso que haya sido declarado en la unidad de pesquería⁷ y el tipo de actor que efectúa la actividad de extracción (pescador artesanal o armador industrial).
8. La pesquería de la merluza común⁸ fue declarada en régimen de plena explotación a través del artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.080⁹, a contar de su fecha de publicación. Lo anterior produce la suspensión del otorgamiento de autorizaciones de pesca¹⁰ para el sector industrial, así como la inscripción en el Registro Pesquero Artesanal ("RPA")¹¹ para el sector artesanal. Adicionalmente, la Ley de Pesca dispone que se podrá fijar una cuota global anual de captura¹², la que es posteriormente fraccionada, asignándose una parte al sector pesquero artesanal y otra al industrial¹³.
9. En el caso de la merluza común dicho fraccionamiento fue realizado por ley el año 2013¹⁴, correspondiendo un 40% para el sector pesquero artesanal y un 60% para el sector pesquero industrial.
10. En cuanto al tipo de actor que realiza la actividad de extracción, la Ley de Pesca establece distinciones según se trate del sector artesanal o industrial. En relación a los pescadores artesanales, señala que para realizar la actividad requieren inscribirse previamente en el RPA a cargo del Servicio Nacional de Pesca y

⁷ Unidad de pesquería: conjunto de actividades de pesca industrial ejecutadas respecto de una especie hidrobiológica determinada en un área geográfica específica. Artículo 2° número 45 LGPA.

⁸ La unidad de pesquería de esta especie hidrobiológica está definida en el área marítima comprendida entre el límite norte de la Región de Coquimbo y el paralelo 41°28,6' de latitud sur hasta el límite Oeste correspondiente a la línea imaginaria trazada a una distancia de 60 millas marinas.

⁹ Ley 19.080, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Modifica Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, publicada el 6 de septiembre de 1991. Disponible en: <http://bcn.cl/20wq3>.

¹⁰ Artículo 19 inciso 1° letra a) LGPA.

¹¹ Artículo 24 LGPA.

¹² Artículo 26 LGPA.

¹³ Artículo 3° inciso 8 LGPA.

¹⁴ Conforme el artículo 6° transitorio de la Ley N° 20.657, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, publicada con fecha 9 de febrero de 2013. Disponible en: <http://bcn.cl/1ux3s>.

Acuicultura (“**Sernapesca**”)¹⁵. Además, establece una zona reservada al ejercicio de las actividades extractivas para la pesca artesanal, correspondiente a una franja del mar territorial de cinco millas marinas¹⁶. En cuanto a la embarcación que pueden utilizar, ésta debe tener como máximo una eslora de 18 metros y capacidad de bodega de 80 metros cúbicos¹⁷.

11. Por su parte, la pesca industrial es realizada por armadores industriales, quienes deben inscribirse en el registro industrial y no tienen restricciones en cuanto a la embarcación a utilizar¹⁸. Producto de la reforma realizada a la Ley de Pesca el año 2013, en pesquerías declaradas en plena explotación y en las que se establezca una cuota global de captura, como es el caso de la pesquería de la merluza común, el sector industrial se administra a través de Licencias Transables de Pesca (“**LTP**”)¹⁹.
12. La Ley de Pesca creó dos clases de LTP. Por un lado, las LTP Clase A (“**LTP A**”) fueron otorgadas en base a criterios históricos, cuya vigencia es de 20 años renovables y que equivalen al coeficiente de participación de cada armador expresado en un porcentaje²⁰. Por otro lado, las LTP Clase B (“**LTP B**”) pueden ser adquiridas a través de un proceso de pública subasta una vez que se cumplan los requisitos legales para hacerla procedente y cuya vigencia es de 20 años no renovables²¹⁻²². El Reglamento de Subastas de LTP Clase B (“**Reglamento**”)²³, se encarga de regular el procedimiento mediante el cual se llevan a efecto dichas subastas.

¹⁵ Artículo 50 LGPA.

¹⁶ Medidas desde las líneas de base normales, a partir del límite norte de la República y hasta el paralelo 43° 25' 42" de latitud sur, y alrededor de las islas oceánicas. Artículo 47 LGPA.

¹⁷ Artículo 2° numeral 14 LGPA.

¹⁸ Armador pesquero industrial: persona inscrita en el registro industrial, que ejecuta por su cuenta y riesgo una actividad pesquera extractiva o de transformación a bordo, utilizando uno o más naves o embarcaciones pesqueras, cualquiera sea el tipo, tamaño, diseño o especialidad de éstas, las que deberán estar identificadas e inscritas como tales en los registros a cargo de la autoridad marítima. Artículo 2° numeral 8 LGPA.

¹⁹ Artículo 26 A LGPA.

²⁰ Ibid.

²¹ Artículo 27 LGPA.

²² Existen dos supuestos que hacen procedente la subasta y otorgamiento de LTP Clase B: i) cuando la pesquería se encuentra en un nivel igual o superior al 90% de su rendimiento máximo sostenible conforme a lo señalado en el artículo 27 de la LGPA; y ii) si al cabo de tres años de determinados los puntos biológicos de referencia de la pesquería, no se ha cumplido con la condición señalada en el punto i) supra, conforme a lo señalado en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.657.

²³ Decreto 103, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Establece Reglamento de Subasta de Licencias Transables de Pesca Clase B, publicado el 21 de octubre de 2015. Disponible en: <http://bcn.cl/291sr>.

13. El reciente llamado a pública subasta para el otorgamiento de LTP Clase B en la pesquería de la merluza común, se realizó conforme a lo señalado en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.657²⁴. De esta forma, la fracción industrial de la cuota global será subastada en tres años consecutivos, a razón de un 5% anual²⁵. Las LTP Clase A de merluza común decrecerán en el mismo coeficiente de participación que se licite de las LTP Clase B, con el límite de hasta 15% de su coeficiente de participación²⁶.
14. Con respecto a la evolución de la cuota global de pesca de merluza común, se observa una drástica reducción desde el año 2013 al 2014 (pasando de 40 mil a 19 mil toneladas), producto de una situación biológica crítica²⁷, sin embargo, se ha recuperado lentamente en años posteriores (cerca de 30 mil toneladas en 2019), conforme se grafica en la siguiente tabla.

Tabla N°1: Cuotas Pesquería Merluza Común 2011-2018

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Cuota*	46.560	44.500	39.345	18.610	22.542	22.570	24.600	24.600	29.760
Var. anual (%)		-4,4%	-11,6%	-52,7%	21,1%	0,1%	9,0%	0,0%	21,0%
Fracción Industrial	30.264	28.925	23.640	11.166	13.521	13.542	14.760	14.760	17.856
%FI/CR	65%	65%	60%	60%	60%	60%	60%	60%	60%

*Corresponde a la cuota global de captura menos las deducciones por investigación e imprevistos.
Fuente: Elaboración propia con base en Informe DAS N° 21-2018 Subpesca, página 9 y Res. Ex. 456 de Subpesca de 16 de noviembre de 2018.

B. Cadena productiva

15. La merluza común es una especie demersal que se distribuye en la costa de Chile desde Antofagasta hasta el Canal Cheap, entre los 50 y 500 metros de profundidad.

²⁴ Artículo tercero: Si al cabo de tres años de determinados los puntos biológicos de referencia de las pesquerías a que se refiere el artículo segundo transitorio de la presente ley, no se ha cumplido con la condición establecida en el inciso primero del artículo 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, se realizará, por unidad de pesquería, la pública subasta del 15% de la fracción industrial de la cuota global en tres años consecutivos, a razón de 5% anual. En el caso de las pesquerías colapsadas, estas subastas procederán cuando de conformidad con la determinación de los puntos biológicos de referencia se haya alcanzado el estado de sobreexplotación.

²⁵ Aquello equivale a un 3% de la cuota global anual, considerando el fraccionamiento inicial de la cuota entre el sector artesanal e industrial, conforme a lo señalado en el párrafo 9 supra.

²⁶ Artículo 27 inciso 3° LGPA.

²⁷ Para mayor detalle sobre el estado del recurso, véase: <http://www.subpesca.cl/portal/616/w3-article-832.html>.

Sin embargo, la mayor parte de la biomasa se encuentra entre las regiones de Coquimbo y Valdivia, a profundidades menores a 400 metros²⁸⁻²⁹.

16. En la cadena productiva de la merluza común, conforme identificó esta Fiscalía, se pueden distinguir tres etapas, correspondientes a los segmentos de: (i) extracción; (ii) procesamiento (en el caso de merluza congelada); y (iii) comercialización de productos finales (a distribuidores nacionales, clientes finales y/o exportadores).

a. Etapa de extracción

17. Conforme fue explicado, la actividad de extracción de pesca es realizada por pescadores artesanales y armadores industriales, en base al fraccionamiento de la cuota global entre ambos sectores³⁰.
18. Los pescadores artesanales inscritos en esta pesquería extraen el recurso entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos (pudiendo solamente pescar en la región en la cual se encuentran registrados), pero concentrándose principalmente en las regiones de Valparaíso, Maule y Biobío³¹. Durante el año 2018, operaron en total 827 botes y 95 lanchas artesanales dentro de las regiones donde se extrae el recurso.
19. La extracción es realizada en su mayoría por embarcaciones artesanales de un tamaño inferior a 12 metros de eslora³². Este tipo de pescadores enfoca sus ventas principalmente al mercado nacional, en forma directa a través del formato fresco-

²⁸ Plan de Manejo de la pesquería de la Merluza Común, Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, 2016, página 9. Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-93150_documento.pdf.

²⁹ A nivel geográfico, la unidad de pesquería de esta especie hidrobiológica está definida en el área marítima comprendida entre el límite norte de la Región de Coquimbo y el paralelo 41°28,6' de latitud sur, hasta el límite Oeste correspondiente a la línea imaginaria trazada a una distancia de 60 millas marinas. *Ibíd.*, página 10.

³⁰ Ver párrafo 9 supra.

³¹ Informe Técnico DAS N° 21-2018, Antecedentes para la Elaboración de las Bases Administrativas para la Subasta de Licencias Transables de Pesca, Clase B en la Pesquería de Merluza común (*Merluccius gayi*) entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41°28,6' L.S., Departamento de Análisis Sectorial, División de Desarrollo Pesquero, Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, noviembre de 2018, página 15. Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-102383_IT_DAS_N21.pdf.

Más del 90% de los botes y lanchas con operación en Merluza común en el año 2017 corresponden a embarcaciones registradas en el registro pesquero artesanal de dichas regiones. Mismo porcentaje representan los desembarques de los pescadores artesanales de estas regiones con respecto al total nacional.

³² Cerca del 89% de las embarcaciones artesanales inscritas en la pesquería corresponden a botes de eslora menor a 12 metros. *Ibíd.*, página 15.

enfriado³³, por lo que no tienen presencia en las etapas de procesamiento y de comercialización a distribuidores y exportadores.

20. Por su parte, los armadores industriales inscritos en esta pesquería corresponden a titulares de LTP Clase A, caracterizados por utilizar embarcaciones de mayor tamaño, pudiendo operar libremente entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos, siempre más allá de las 5 millas marinas de reserva para la pesca artesanal. Al año 2018, existían 22 titulares de LTP Clase A de merluza común, de los cuales sólo 7 realizaron desembarques efectivos de la cuota³⁴, y uno de ellos, PacificBlu, concentró más del 78% del total de los desembarques correspondientes a este tipo de licencia³⁵.

21. Conforme a las diligencias realizadas por esta Fiscalía, se observa que los titulares de LTP Clase A se encuentran, en general, integrados verticalmente, teniendo presencia en los segmentos de procesamiento y comercialización de productos finales, ya sea de forma directa o a través de empresas relacionadas³⁶.

22. También son parte del sector industrial, a partir de este año, aquellos adjudicatarios de la Subasta que es objeto del presente proceso. Sin embargo, y como se detallará más adelante en este aporte de antecedentes, todos los adjudicatarios ya tenían con anterioridad, LTP Clase A de merluza común.

23. Una forma de medir la importancia relativa de los actores dedicados a la extracción de merluza común es a través de los coeficientes de la cuota global que poseen, ya sea asociados a la titularidad de las LTP Clase A y Clase B³⁷, así como aquellas fracciones destinadas a los pescadores artesanales a nivel regional³⁸.

³³ *Ibíd.*, página 10.

³⁴ Conforme a lo señalado en tomas de declaración de las Consultantes, aquellos que no realizan desembarques efectivos pueden corresponder a dos grupos: i) industriales que venden, arriendan o ceden su cuota a otros extractores, industriales o artesanales; y ii) empresas pesqueras que extraen recursos hidrobiológicos cuya fauna acompañante incluye a la merluza común, por lo que requieren de cuota de merluza, pero no la desembarcan efectivamente.

³⁵ *Op. cit.*, Nota N° 31, páginas 9 y 15.

³⁶ Informado en toma de declaración de PacificBlu, de fecha 8 de enero de 2019.

³⁷ Se utilizan los coeficientes generados luego de adjudicados los porcentajes asociados a la primera subasta de merluza común, objeto de la Consulta, lo que constituye una mejor medición de las participaciones de mercado.

³⁸ Las cuales son distribuidas a nivel regional a través del Régimen Artesanal de Extracción ("RAE"). El RAE consiste en la asignación de la fracción artesanal de la cuota global de captura en una determinada región, ya sea por área o flota, tamaño de las embarcaciones, caleta, organizaciones de pescadores artesanales o individualmente. Véase artículo 55 I LGPA.

24. En términos de tamaño, y en cuanto a la cuota global de merluza común correspondiente, PacificBlu posee un 40,4%, mientras que la empresa Landes un 4,5%. Las demás empresas que detentan cuotas corresponden principalmente a pequeños industriales que operan en la Región de Valparaíso, armadores industriales dedicados a la extracción de crustáceos en la zona norte³⁹ y empresas no activas (que no han extraído la cuota en los últimos años, pero sí han podido realizar transferencias y cesiones de la misma)⁴⁰. Lo que queda de la cuota global corresponde a los pescadores artesanales de cada región, conforme se muestra a continuación.

Tabla N° 2: Cuotas de pesca de merluza común 2019.

Empresa	Tipo de Actor / Región	Porcentaje Cuota Total
Pacificblu SpA	Industrial, Bio Bío	40,40%
Artesanales Región Valparaíso	Artesanal	13,10%
Artesanales Región Ñuble - Biobío	Artesanal	12,30%
Artesanales Región Maule	Artesanal	11,20%
Otros Industriales	Industrial	4,80%
Landes S.A.	Industrial, Bio Bío	4,50%
Enfemar Ltda. Soc. Pesq.	Pequeño Industrial, Valparaíso	4,00%
Gonzalez Silva Marcelino	Pequeño Industrial, Valparaíso	1,70%
Artesanales Región Coquimbo	Artesanal	1,70%
Antonio Cruz Cordova Nakouzi Ltda.	Pequeño Industrial, Valparaíso	1,60%
Artesanales Región O'Higgins	Artesanal	1,50%
Bracpesca	Crustacero Zona Norte	1,10%
Genmar Ltda. Soc. Pesq.	Pequeño Industrial, Valparaíso	1,00%
Leucoton Ltda. Soc. Pesq.	Pequeño Industrial, Valparaíso	1,00%
Artesanales Región Araucanía	Artesanal	0,10%
Artesanales Los Ríos - Los Lagos	Artesanal	0,10%
TOTAL		100%

Fuente: Elaboración Propia con información de Res. Exentas N° 4549, 0032 y 4610 de Subpesca.

Nota: La fracción de industriales corresponde a la cuota LTP Clase A + cuota LTP Clase B multiplicada por la fracción industrial de la cuota global (60%). La fracción de artesanales corresponde a la cuota regional multiplicada por la fracción artesanal de la cuota global.

³⁹ El artículo 3° letra f) de la LGPA establece que para la extracción de ciertas especies los pescadores, industriales o artesanales, deben contar con pequeñas fracciones de cuotas en las denominadas "faunas acompañantes" de cada especie, siempre con el objeto de resguardar la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos. Ver, por ejemplo, Decreto Exento N° 31 de 17 de enero de 2018 de Subpesca que "Establece porcentajes de desembarque de especies como fauna acompañante, año 2018". http://www.subpesca.cl/portal/615/articulos-99521_documento.pdf.

⁴⁰ Op. cit., Nota N° 31, página 21.

b. Etapa de procesamiento

25. La etapa de procesamiento consiste en el congelamiento y/o enfriamiento del pescado en plantas de proceso propiedad de industriales que también están presentes en la etapa de extracción. Según datos de Subpesca, del total de producción de estas plantas en 2017, el 50% de las toneladas correspondió a la línea de proceso o formato “fresco refrigerado” y el 50% al de “congelado”⁴¹.
26. El sector artesanal, por su parte, comercializa directamente sus productos en el formato fresco-enfriado, sin tratar la pesca en plantas de proceso.
27. De acuerdo con datos publicados por Subpesca, existen 37 plantas de procesamiento de merluza en el territorio nacional, ubicadas entre las regiones de Valparaíso y Los Lagos, incluida la Región Metropolitana⁴². En términos de rendimiento productivo, destaca la región del Biobío, concentrando el 98,7% de la producción nacional⁴³. En dicha región, además, se encuentra la empresa consultante PacificBlu, que lleva a cabo más del 76% de la producción, a través de plantas procesadoras de su propiedad y de empresas relacionadas⁴⁴.

c. Etapa de comercialización

28. La comercialización consiste en la venta de productos finales de merluza común, los cuales son en su totalidad destinados al consumo humano. Puede dividirse entre las ventas locales y las exportaciones. Las ventas locales, ya sea a distribuidores mayoristas o a consumidores finales, pueden dividirse en aquellas que realiza el sector artesanal, que se vende en su totalidad en formato fresco-enfriado (cerca de 7.700 toneladas en 2017); y aquellas que realiza el sector industrial, que se vende en formato fresco-enfriado y en formato congelado (cerca de 6.500 toneladas en 2017, de las cuales cerca del 70% fue comercializado en el formato fresco-enfriado)⁴⁵.

⁴¹ Ibid., página 11.

⁴² Ibid., página 10.

⁴³ Ibid., página 10.

⁴⁴ Ibid., página 17.

⁴⁵ La estimación de las toneladas vendidas en Chile en formato congelado corresponde a la diferencia entre las toneladas producidas en formato congelado y aquellas exportadas en el mismo formato en el año 2017. Op. cit., Nota N° 31, página 11.

29. Por su parte, las exportaciones corresponden exclusivamente a producto congelado. En 2017 se exportó un volumen total de 2.460 toneladas, siendo el destino más importante Estados Unidos⁴⁶. De acuerdo con información de Subpesca, existen tres empresas que exportan merluza común en Chile, concentrando una de ellas el 94% de las exportaciones⁴⁷.

C. Pesca ilegal

30. La pesca ilegal es un término amplio que engloba una gran variedad de actividades pesqueras, afectando a todos los tipos y dimensiones de la pesca, ocurriendo tanto en alta mar como en zonas bajo jurisdicción nacional⁴⁸.

31. Si bien la pesca ilegal es un problema transversal a toda pesquería, ésta ha sido indicada como la principal dificultad en el caso de la pesquería de la merluza común. En efecto, en su primer Plan de Manejo del año 2016⁴⁹, se manifestó la preocupación por los altos niveles de pesca ilegal de merluza, señalando que ello se explicaría por las bajas cuotas anuales de captura, la falta de diversificación productiva y un sobredimensionamiento de la flota artesanal, provocando que el programa anual de control y fiscalización sea insuficiente⁵⁰.

32. Las Consultantes señalan que la pesca ilegal de merluza común es llevada a cabo principalmente por el sector artesanal, en atención a que no debe cumplir con ciertas obligaciones regulatorias a las que sí está sometido el sector industrial (y que dificultarían la ejecución de esta práctica para este último⁵¹).

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., página 6. Con información de Aduanas y Sernapesca.

⁴⁸ En términos generales, puede tomar alguna de las siguientes formas: i) pesca realizada por buques nacionales o extranjeros en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste o contraviniendo su legislación (pesca ilegal); ii) pesca que no ha sido declarada, o ha sido declarada de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención con la legislación nacional (pesca no declarada); y iii) pesca realizada en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación (pesca no reglamentada). Véase en: <http://www.fao.org/iuu-fishing/background/what-is-iuu-fishing/es/>.

⁴⁹ Mientras que otros problemas que pueden considerarse como relacionados también ocupan lugares de importancia, a saber: falta de fiscalización, determinación del estado del recurso y bajos precios de venta. Op. cit., Nota N° 28, página 6.

⁵⁰ Ibid., página 12.

⁵¹ Op. cit., Nota N° 2, foja 47.

33. Según declaraciones de Subpesca, la pesca ilegal por parte del sector artesanal estaría focalizada en las regiones de O'Higgins y del Maule, particularmente en esta última⁵².
34. Siendo una actividad ilícita, la medición de la magnitud del problema de la pesca ilegal es difícil de determinar. Sin embargo, diversos estudios han presentado metodologías para estimarla, obteniendo como principales conclusiones (i) que la forma más común de realizar pesca ilegal es a través del sub-reporte de desembarques; (ii) que la captura real estimada es mucho mayor a los desembarques informados, siendo la primera hasta tres o cuatro veces mayor que la segunda; y (iii) que la actividad ilícita es ejecutada de forma transversal por actores industriales y artesanales, aun cuando en los últimos años ha tomado mayor relevancia aquella asociada al sector artesanal⁵³.
35. Así, estos estudios llevan a concluir que la pesca ilegal es un problema de una magnitud significativa en la pesquería de la merluza común, que amenaza la

⁵² Toma de declaración de funcionarios de Subpesca, de fecha 10 de enero de 2019.

⁵³ El Centro Desarrollo y Pesca Sustentable, estimó una cuota mínima del sub-reporte en la pesquería de merluza común, a través de la determinación de los desembarques mínimos necesarios para cubrir costos corrientes y viajes de pesca de los pescadores artesanales debidamente inscritos en el RPA. Según sus cálculos, en las regiones de O'Higgins, del Maule y Biobío, en el año 2015 habría existido un sub-reporte de mínimo 26 mil toneladas de merluza común, 70% de las cuales se concentraría en la Región del Maule.

Disponible en: http://cedepesca.net/wp-content/uploads/2016/11/2016-09_CeDePesca_Estimacion-de-la-cota-minima-de-subreporte-artesanal-merluza-comun-Chile-2.pdf.

La Universidad de Concepción, en un estudio encargado por el Fondo de Investigación Pesquera, estimó niveles de captura "corregidos" de merluza común para el periodo comprendido entre los años 1980 y 2015. El estudio concluye que la pesca ilegal ha sido una práctica presente durante todo el periodo evaluado y transversal en el sentido de ser efectuada por el sector artesanal e industrial. Así, entre 1980 y 2015, la flota artesanal de merluza común capturó en promedio 3,1 veces el desembarque informado para este amplio periodo, mientras que en el sector industrial la captura real se estimó en 1,6 veces el desembarque informado. Sin embargo, en los últimos años de análisis (2013-2015) el sector artesanal habría aumentado la práctica de la pesca ilegal, al mismo tiempo que se habría reducido en el industrial. Las estimaciones de la investigación muestran que, entre 2013 y 2016, los artesanales capturaron alrededor de 4,2 veces la cuota asignada, mientras que el sector industrial lo hizo 1,3.

Disponible en: http://www.subpesca.cl/fipa/613/articles-92101_informe_final.pdf.

Por su parte, el Instituto de Fomento Pesquero ("IFOP") realizó un informe donde estima los desembarques efectivos de ciertas caletas de distintas regiones que considera representativas, y los compara con los desembarques oficiales. Conforme a ello, en 2017 los desembarques reales habrían tenido una magnitud tres veces superior a la de los desembarques oficiales. Según el mismo informe, este nivel de diferencia se ha mantenido prácticamente invariable en los últimos tres años, y muestra grandes diferencias entre las caletas analizadas. Por ejemplo, la caleta de Curanipe (Región del Maule) habría tenido en 2017 un nivel de desembarques reales 8 veces superior a lo oficialmente reportado, lo que reafirma el argumento de que la pesca ilegal se concentra en esta zona del país. Disponible en: https://www.dropbox.com/s/zj8o8egwhmpa13s/Inf_Final_SDAP_2017_Sec%20II_Centro%20Sur-agosto.pdf.

Finalmente, otros artículos tenidos a la vista tienen estimaciones sobre el nivel de pesca ilegal en la merluza común, situándose siempre en niveles significativos, como el 30%-40% de las cuotas globales de captura; o las 39 mil toneladas (cerca del 200% de la cuota de captura global de la pesquería para el año en que se realizó el análisis). Véase en "Los derechos de pesca en Chile: asimetrías entre armadores artesanales e industriales" 2017 – de CAPES Chile y "Estimación de la Pesca INN en la pesquería de merluza común" 2017, de la WWF Chile, respectivamente.

sustentabilidad del recurso y, por ende, pone en riesgo la viabilidad futura de toda actividad económica asociada al recurso.

III. ANÁLISIS DE LA CONSULTA

36. Habiendo analizado someramente el mercado y reconocido la relevancia y magnitud del problema de la pesca ilegal en esta pesquería, se procede a exponer brevemente algunas consideraciones generales sobre el examen de este asunto en sede de libre competencia, para luego analizar la razonabilidad del argumento esgrimido por las Consultantes.
37. Desde el punto de vista de la libre competencia la existencia de asimetrías normativas entre agentes económicos que tienen diferentes características no representa necesariamente un problema, incluso muchas veces son necesarias para incentivar la competencia en una industria, con un trato regulatorio diferente para los entrantes respecto de los incumbentes, por ejemplo⁵⁴. Lo importante es que dichas asimetrías no impidan o limiten la competencia.
38. Si las asimetrías normativas provienen de la ley y generan efectos anticompetitivos en algún mercado, el procedimiento de consulta no es el medio más adecuado para resolverlas, sino el solicitar su revisión a través de un Expediente de Recomendación Normativa. Aquello en base al principio de legalidad que rige a los órganos públicos de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Constitución, el cual no puede ser contrariado por éstos aun a pretexto de la disconformidad de la normativa con la libre competencia⁵⁵.
39. Por otro lado, si las asimetrías normativas provienen del diseño de las bases de licitación, y se considera que éstas generan riesgos y/o efectos anticompetitivos, el procedimiento de consulta es apropiado para su revisión. En este caso el análisis debe dirigirse a determinar que dichas asimetrías generan efectos exclusorios o afectan el resultado de la licitación y/o del mercado.

⁵⁴ Causa Rol C N° 275-14 H. TDLC, Sentencia N° 154/2016, considerando cuadragésimo quinto, página 38. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_154_2016.pdf.

⁵⁵ Causa N° 1855-2009, Resolución N° 18987 Corte Suprema, Tercera Sala (Constitucional) de 15 de junio de 2009. Considerando Octavo. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2015/10/Sentencia_81_Corte_Suprema.pdf.

Causa Rol C N° 256-13 H. TDLC, Sentencia N° 138/2014 TDLC. Considerando cuadragésimo tercero. Pág. 30. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_138_2014.pdf.

40. Ahora bien, el diseño de las bases de licitación⁵⁶⁻⁵⁷ puede ser analizado con el objeto de determinar si contiene requisitos o restricciones que impidan o limiten la libre competencia⁵⁸, lo que, en cualquier caso, debe ser ponderado con los objetivos de la política pública sectorial que razonablemente podrían justificar ciertas restricciones⁵⁹.
41. En el caso particular de la Subasta objeto del presente proceso no contencioso, las Consultantes señalan que la posible infracción al DL 211 se produce debido a que Subpesca omite incluir ciertas medidas para evitar las distorsiones causadas por la pesca ilegal. En base a ello, solicitan incluir condiciones adicionales en las bases de la Subasta, tendientes a prevenir la ambivalencia normativa y asimetrías regulatorias y de cumplimiento existentes.
42. En línea con lo anterior, se examinó el impacto que tendría la eventual inclusión de las medidas regulatorias solicitadas en el problema anticompetitivo identificado por las Consultantes, esto es, la alteración del proceso competitivo en la licitación por el riesgo de aumento de la pesca ilegal. Para ello se tomaron como base consideraciones económicas sobre los derechos de pesca, el análisis de un posible cambio de incentivos de los pescadores artesanales frente a la Subasta y los resultados de la misma, junto con la relevancia cuantitativa de la Subasta en la actividad económica supuestamente afectada.
43. Al respecto, esta Fiscalía concluye que el problema de la pesca ilegal no es inherente a la Subasta o su diseño, sino a la fiscalización de la actividad, lo que puede o no ser resuelto por la vía de disminuir las asimetrías regulatorias entre el

⁵⁶ Causa Rol C N° 256-13 H. TDLC, Sentencia N° 138/2014 TDLC. Considerando Duodécimo: *Que, salvo casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L N° 211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio*”.

⁵⁷ Resolución del TDLC de fecha 29 de enero de 2019, que se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda de OHL en contra de CAPJ. Cuarto: *”Que, por consiguiente, la cuestión sometida a conocimiento en estos autos dice relación con conductas que se habrían realizado durante la etapa de selección y adjudicación de la Licitación. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que, salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional, tal como se dispuso en la Sentencia N° 138/2014.”*

⁵⁸ Op. cit., Nota N° 56, considerando décimo tercero.

⁵⁹ *Ibíd.*, considerando decimoséptimo: *”Que la mantención de estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso el diseño de bases de licitación en general se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases;”*.

sector artesanal e industrial. Por lo tanto, implementar las medidas propuestas por las Consultantes no alteraría el riesgo de un aumento de la pesca ilegal en la pesquería de la merluza común.

A. Consideraciones de competencia sobre los derechos de pesca

44. La lógica de la fijación de cuotas de pesca y de derechos de pesca asociados a éstas, es que propendan a la sustentabilidad de los recursos y, desde el punto de vista de la libre competencia, que aseguren la asignación eficiente de estos derechos⁶⁰.
45. Es así como esta Fiscalía ha sostenido que el atributo esencial para lograr este objetivo es la *transferibilidad* de los derechos de pesca, independientemente de la forma en que se realice su asignación inicial. Por lo tanto, el hecho de que las LTP sean transferibles, divisibles y de larga duración, propiciaría la existencia de un mercado secundario de derechos de extracción, lo que favorecería la entrada de nuevos actores y al mismo tiempo una explotación sustentable de los recursos⁶¹.
46. Para lograr aquello, es necesario contar con un sistema de registro y fiscalización eficiente que consiga disuadir los incentivos de los actores a exceder la cuota de extracción permitida, pues de lo contrario no se alcanzaría el equilibrio eficiente y, adicionalmente, se pondría en riesgo la sustentabilidad del recurso⁶². En pocas palabras, la sobreexplotación del recurso disminuye el valor de la cuota.
47. En definitiva, la existencia un mercado secundario de derechos de pesca competitivo le resta importancia a la forma en que se asignen inicialmente los derechos de pesca, por lo que las condiciones de las subastas o licitaciones de cuota no tienen una incidencia preponderante en la dinámica del mercado.
48. Sin perjuicio de ello, ante la decisión legislativa de realizar subastas LTP Clase B, esta Fiscalía considera relevante mantener resguardos en cuanto al diseño de sus bases, favoreciendo la concurrencia de los oferentes, disminuyendo barreras a la

⁶⁰ Proposición N° 12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros” Rol ERN 12-18, de fecha 27 de enero de 2011, página 54.

⁶¹ Informe de la FNE al H. TDLC dentro del marco del ERN N° 12-2010, página 35.

⁶² Op. cit., Nota N° 60, página 57.

entrada y desincentivando la colusión entre los participantes, con el objeto de resguardar el proceso competitivo.

49. En resumen, desde el punto de vista de libre competencia, los aspectos más relevantes a resguardar en lo que respecta a derechos de pesca son la fijación de cuotas globales en base a criterios técnicos, la promoción de un mercado secundario de cuotas individuales y divisibles, y la implementación de sistemas eficaces de fiscalización.

B. Relevancia de la Subasta para la actividad de extracción

50. Dentro del análisis de la incidencia de las medidas solicitadas por las Consultantes, corresponde, en primer lugar, examinar cuál es la relevancia de la Subasta particular realizada dentro de la actividad de extracción de la merluza común, lo cual puede ser medido por el porcentaje de la cuota global de captura subastado.
51. El porcentaje subastado corresponde al 5% de la fracción industrial de la cuota global de pesca de esta especie y, considerando que la fracción industrial de la cuota global de pesca en la pesquería de la merluza común es de un 60%, entonces el porcentaje subastado corresponde solamente a un 3% de la cuota global.
52. Sin perjuicio de ello, se debe considerar que aún se deben realizar dos procedimientos licitatorios públicos⁶³, para cada uno de los cuales se subastará el mismo porcentaje. En total, en el plazo de 3 años, se subastará el 15% de la fracción industrial, que es equivalente a un 9% de la cuota global de merluza común.
53. En cualquier caso, la Subasta objeto del presente informe junto a los dos procesos licitatorios pendientes, recaen sobre un porcentaje acotado de la cuota global de extracción que, desde un punto de vista meramente de libre competencia, difícilmente pueden generar por sí mismos, cambios relevantes y/o incentivos inadecuados en el mercado, más aún si lo comparamos con las altísimas estimaciones de pesca ilegal de merluza.

⁶³ Conforme a lo señalado el artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.657.

C. Asimetrías regulatorias

54. Parte del argumento sostenido por las Consultantes para solicitar la intervención del H. Tribunal descansa en la existencia de asimetrías regulatorias entre el sector artesanal e industrial que, al no ser abordadas por las bases de la Subasta, aumentan el riesgo de la pesca ilegal.
55. Esta Fiscalía procedió a analizar algunas de las asimetrías regulatorias señaladas⁶⁴, en consideración a que éstas podrían ser relevantes a la hora de evaluar un cambio de los incentivos que enfrentan los pescadores artesanales de cara a la Subasta, conforme a lo que se expondrá en la sección siguiente.
56. En relación al deber de información de desembarques, cabe señalar que el primero aplica tanto a pescadores artesanales como a industriales conforme a la ley⁶⁵.
57. Respecto de la certificación de desembarques⁶⁶, y ante la duda sobre la procedencia de esta obligación a armadores artesanales cesionarios de toneladas de una LTP Clase B, para embarcaciones de una eslora inferior a 12 metros⁶⁷, Subpesca señaló que el armador artesanal deberá siempre certificar sus capturas de acuerdo a lo señalado en el artículo 64 E, lo cual corresponde a una exigencia expresa del artículo 55 T de la Ley de Pesca con independencia de la eslora de la embarcación cesionaria⁶⁸.
58. En cuanto al uso de posicionamiento satelital (“GPS”), éste es obligatorio para las naves pesqueras industriales, embarcaciones artesanales con una eslora total igual o superior a 15 metros y ciertas embarcaciones artesanales con eslora igual o superior a 12 metros e inferior a 15⁶⁹. Por lo tanto, las embarcaciones artesanales de eslora inferior a 15 metros, que son las más utilizadas en la extracción de merluza común, no tienen la obligación de utilizar GPS.

⁶⁴ Las asimetrías regulatorias señaladas se producen por las diferencias en la obligación de certificar los desembarques, utilizar un sistema de posicionamiento satelital, registro de imágenes, presencia de observadores científicos y sanciones por no informar capturas o no certificar los desembarques. Op. cit., Nota N° 2, fojas 47-48.

⁶⁵ Artículo 63 LGPA.

⁶⁶ La certificación de desembarques por una autoridad acreditada por Sernapesca, es obligatoria para los titulares de cualquier instrumento que autorice la extracción de la fracción industrial de la cuota global o de las autorizaciones de pesca, así como los armadores artesanales de embarcaciones de una eslora igual o superior a 12 metros. Artículo 64 E LGPA.

⁶⁷ Op. cit. Nota N° 36.

⁶⁸ En respuesta de Subpesca a Of. Ord. N° 0163 FNE, de fecha 18 de enero de 2019.

⁶⁹ Artículo 64 B LGPA.

1570

59. Sobre la implementación de este sistema, Subpesca señala que, desde su creación, ha sido pensado como una forma de fiscalizar que las embarcaciones industriales no ingresen a la zona de reserva geográfica para la actividad artesanal (5 millas marinas). Por otro lado, existen costos asociados a la compra del GPS, esfuerzo que pareció más adecuado exigir al sector industrial, no al artesanal⁷⁰.
60. Sin perjuicio de ello, las bases de la Subasta señalan dentro de las obligaciones del adjudicatario el que *“Las naves o embarcaciones con las que se hagan efectivas las Licencias Transables de Pesca Clase B, deberán tener instalado a bordo y mantener en funcionamiento un dispositivo de posicionamiento automático en el mar, según lo dispuesto en el artículo 64 B de la Ley General de Pesca y Acuicultura”*⁷¹.
61. Para mayor claridad en cuanto a la procedencia de esta obligación, esta Fiscalía ofició a Subpesca, consultándole el caso de armadores artesanales cesionarios de toneladas de una LTP Clase B, conforme al procedimiento señalado en el artículo 55 T de la Ley de Pesca⁷²⁻⁷³. Este artículo señala la posibilidad de que un titular de LTP ceda total o parcialmente las toneladas de su licencia a un armador artesanal, siempre que éste se encuentre inscrito en la pesquería respectiva.
62. En su respuesta al oficio de esta Fiscalía, Subpesca señaló que el armador artesanal cesionario no deberá necesariamente cumplir con la obligación de usar posicionamiento satelital, lo que dependerá de la eslora de la embarcación. Lo anterior atendido a que el artículo 55 T referido no menciona el cumplimiento de dicha obligación⁷⁴.
63. En definitiva, sería correcto señalar que existe una diferencia regulatoria conforme a la Ley de Pesca que permite a los armadores artesanales extraer recursos asociados a una LTP Clase B bajo el régimen artesanal, sin la obligación de uso de

⁷⁰ Toma de declaración de funcionarios de Subpesca, de fecha 11 de enero de 2019.

⁷¹ Op. cit., Nota N° 1, páginas 9 y 10.

⁷² Este artículo señala que “en el caso que un titular de licencia transable de pesca ceda, total o parcialmente, las toneladas que represente su licencia transable de pesca, en un año calendario, a uno o más armadores artesanales inscritos en la pesquería respectiva, éste deberá inscribirse en el registro a que hace referencia el artículo 29 de esta ley y podrá extraer las toneladas cedidas dentro de la región correspondiente a su respectiva inscripción en el Registro Artesanal, dando cumplimiento a la exigencia de certificación de las capturas al momento de desembarque de conformidad con el artículo 64 F.

⁷³ Subpesca señala que este armador puede extraer las toneladas que le ha cedido el titular de la LTP, dentro de las 5 millas reservadas a la pesca artesanal, siempre que lo haga dentro del año calendario, en la región donde se encuentra inscrito en el Registro Pesquero Artesanal a cargo de Sernapesca, y cumpliendo las demás exigencias del artículo 55 T de la Ley de Pesca. Op. cit., Nota N° 69.

⁷⁴ *Ibíd.*

GPS. Sin embargo, esto no genera como consecuencia directa un riesgo de aumento de la pesca ilegal producto de la Subasta, tal como se explicará a continuación.

D. Posible aumento del riesgo de pesca ilegal

64. El principal argumento de la Consulta para solicitar al H. Tribunal la imposición de condiciones adicionales en las bases de la Subasta, es el riesgo del aumento de la práctica de la pesca ilegal llevada a cabo por pescadores artesanales.
65. De acuerdo a las Consultantes, aquello se produce por la posibilidad que tienen los armadores artesanales de acceder a la fracción industrial de la cuota con posterioridad a la Subasta, lo que es posible a través de dos formas: (i) adquiriendo una LTP Clase B de su titular, y (ii) como cesionario de toneladas de LTP Clase B conforme al artículo 55 T de la Ley de Pesca. Lo anterior permitiría que comerciantes sin interés en ser actores de la industria, es decir, con fines meramente especulativos, puedan adjudicarse LTP Clase B para luego dividirla en pequeñas cantidades, ya sea en forma de licencias o de toneladas, para luego reasignarlas, ya sea vía arriendo de titularidad o cesión, a un gran grupo de pescadores artesanales, lo que haría que la pesca ilegal sea realizada por un número aún mayor de pescadores artesanales con respecto a los que actualmente la llevan a cabo.
66. En opinión de esta Fiscalía, este argumento es poco razonable si se tiene en cuenta que no hay un cambio de los incentivos que tendrían los pescadores artesanales producto de la Subasta, debido a que quienes ejercen la pesca ilegal no tienen interés ni requieren adjudicarse una LTP Clase B para la realización de esta actividad ilícita.
67. En efecto, cabe recordar que las LTP Clase A también son transferibles y las toneladas que éstas representan también pueden ser objeto de cesión conforme al procedimiento explicitado en el artículo 55 T de la Ley de Pesca. Esto significa que el riesgo identificado por las Consultantes ha existido a lo largo de los años en que el sistema de las licencias ha estado vigente, pudiendo los armadores artesanales ofrecer precios "supra-competitivos" para comprar alguna LTP Clase A y posteriormente hacer uso del artículo 55 T para ceder las toneladas asociadas, ya

sea a sí mismo o a otros pescadores, para explotarlas conforme el régimen artesanal.

68. Existiendo cerca de 25 titulares de LTP Clase A de merluza común, es poco probable que ninguno de ellos estuviera dispuesto a traspasar dicha licencia ante el ofrecimiento de un precio muy elevado. De hecho, como se señaló previamente, sólo 7 de las 25 empresas titulares de LTP Clase A registraron desembarques efectivos de merluza común en el año 2017⁷⁵.
69. En último término, esta Fiscalía examinó si los riesgos identificados por las Consultantes se verificaron en los resultados de la Subasta. Según consta en el acta de apertura de las ofertas económicas⁷⁶, participaron un total 12 empresas, de las cuales 6 corresponden a Empresas de Menor Tamaño (EMT)⁷⁷ que presentaron ofertas para los lotes reservados a éstas. Las empresas adjudicatarias, por su parte, correspondieron a 6 empresas distintas: 3 se adjudicaron lotes reservados a EMT y 3 se adjudicaron lotes sin restricción de oferente.
70. La Tabla N° 3 a continuación muestra las empresas que se adjudicaron algún lote en la Subasta, el número de lotes adjudicados y el porcentaje agregado de cuota que representan dichos lotes.

Tabla N°3: Adjudicatarios Subasta LTP Clase B Merluza Común.

Empresa	Tipo Lotes*	Numero Lotes	% Cuota Agregado
Pesquera Antonio Cruz Córdova Nakouzi E.I.R.L.	EMT	11	10%
Sociedad Pesquera Enfemar Limitada	EMT	11	10%
Bracpesca S.A.	EMT	15	30%
Antartic Seafood S.A.	TO	5	17%
Rubio y Mauad Limitada	TO	3	23%
Pesquera Quintero S.A.	TO	1	10%
TOTAL		46	100%

*EMT = Empresas de Menor Tamaño; TO = Todo Oferente.

Fuente: Elaboración Propia con base en bases de subasta y acta de apertura

⁷⁵ Ver párrafo 20 supra.

⁷⁶ Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-102383_ACTA_APER_REP_2392_2018.pdf.

⁷⁷ De acuerdo con la definición de empresa de menor tamaño de la Ley N° 20.416, Ministerio Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, publicada el 3 de febrero de 2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1uz9c>.

119

71. Conforme a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, ninguna de las empresas que se adjudicaron lotes en la Subasta corresponde a empresas que no tengan interés directo en la extracción del recurso por cuenta propia⁷⁸. Adicionalmente, todas estas empresas ya detentaban una cuota de merluza común asociada a LTP Clase A, en el año 2017⁷⁹.
72. En definitiva, en el caso particular de la Subasta analizada no se observa que las bases en sí mismas, conforme a sus propios términos, hayan modificado los incentivos de los pescadores artesanales, haciéndolos más propensos, beneficiando o favoreciendo a aquellos actores que se dedican, en todo o en parte, a la pesca ilegal.

IV. CONCLUSIONES

73. Las Consultantes sostienen que las bases de la subasta del 5% de la fracción industrial de merluza común (equivalente a un 3% de la cuota global) llevada a cabo por Subpesca, podrían representar una infracción a la libre competencia, al no tomar en cuenta y por tanto no regular, en las mismas bases de dicha subasta, la problemática de la pesca ilegal en esta pesquería.
74. Al respecto, sería efectiva la existencia y relevancia del problema de la pesca ilegal de este recurso, conforme se señala en diversos estudios.
75. En lo que respecta al análisis de competencia propiamente tal, la existencia de asimetrías normativas no es por sí mismo un problema, pues lo importante es que éstas no impidan o limiten la competencia.
76. En el caso particular de la Subasta, esta Fiscalía analizó los argumentos de forma y fondo presentados por las Consultantes, examinando el impacto que tendría en el problema de la pesca legal la eventual inclusión de las medidas regulatorias

⁷⁸ En efecto, las empresas "Pesquera Antonio Cruz Córdova E.I.R.L." y "Sociedad Pesquera Enfemar Ltda." corresponden a pesqueras del sector industrial que operan en la Región de Valparaíso extrayendo merluza y comercializándola directamente. Por su parte, las compañías "Bracpesca S.A.", "Antartic Seafood S.A.", "Rubio y Mauad Ltda" y "Pesquera Quintero S.A." operan en la zona norte en la extracción de crustáceos (camarón nailon, langostinos amarillo y colorado), que conforme a la ley requieren de una porción pequeña de cuota de merluza común para operar, ya que constituye fauna acompañante.

⁷⁹ Véase: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-99309.html>.

solicitadas, en las bases de la Subasta, desde el punto de vista de la libre competencia:

- a. En primer lugar, la cuota de pesca subastada corresponde a un 3% de la cuota global de merluza común y, si se consideran las dos subastas que restan por realizar, aumentaría a un 9%. En cualquier caso, desde un punto de vista meramente de libre competencia, corresponde a una porción acotada de la cuota global de extracción.
- b. Esta Fiscalía sostiene que las condiciones de las subastas o licitaciones de cuota no tienen una incidencia preponderante en la dinámica del mercado; sí la tienen condiciones, como la fijación de cuotas globales en base a criterios técnicos, la promoción de un mercado secundario de cuotas y la implementación de sistemas eficaces de fiscalización.
- c. En cuanto a la asimetría normativa señalada, según respuesta a oficio por parte de Subpesca, se pudo constatar que los armadores artesanales que hicieron uso de la cuota asociada a una LTP Clase B deben obligatoriamente certificar todos sus desembarques, con independencia de la eslora de su embarcación, pues así lo señala la Ley de Pesca. Esto no aplica para el resto de las exigencias propias del régimen industrial, como el uso de sistema de posicionamiento satelital, entre otros.
- d. Los mecanismos que las Consultantes señalan como posibles causas de un aumento del riesgo de la pesca ilegal no son inherentes a la Subasta o sus condiciones, sino que han estado y siguen estando presentes en la Ley de Pesca con independencia del diseño de las bases.
- e. En cualquier caso, los riesgos identificados en la Consulta no se materializaron en los resultados de la Subasta, pues todos los adjudicatarios correspondieron a empresas que ya poseen LTP Clase A, y que operan actualmente en el mercado.

77. De aquello, esta Fiscalía concluye que el problema de la pesca ilegal no es inherente a la Subasta o a sus condiciones, sino a la fiscalización de la actividad. Por lo tanto,

las medidas propuestas por las Consultantes no alterarían el riesgo de un aumento de la pesca ilegal en la pesquería de la merluza común.

78. Finalmente, esta Fiscalía debe reiterar la importancia que tiene la existencia de un plan de fiscalización eficaz que logre su objetivo de limitar el esfuerzo pesquero de los actores de esta industria a lo que la normativa vigente les permite capturar. De lo contrario, la asignación eficiente de las cuotas no podrá ser alcanzada, amenazándose la sustentabilidad del recurso y, por ende, poniendo en riesgo la viabilidad futura de toda actividad económica asociada al recurso.

POR TANTO,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y por aportados antecedentes al proceso.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

SEGUNDO OTROSÍ: Por este acto, vengo en acompañar documentos que componen parte del Expediente de Investigación Rol N° 2522-18 FNE:

1. Of. Ord. N° 0163 FNE de fecha 18 de enero de 2019. ✓
2. Respuesta de Subpesca, (D.J.) Ord. N° 214 de fecha 13 de febrero de 2019. ✓

Solicito tener por acompañados los documentos presentados, con citación.

TERCER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal, tener presente que mi personería para representar a la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, se sigue de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 18.834 que "aprueba Estatuto Administrativo", lo dispuesto en Decreto N° 158, de 11 de diciembre de 2018, que da cuenta de mi nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional, copia simple la cual se encuentra registrada en la Secretaría de este H. Tribunal.

CUARTO OTROSÍ: Solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial, con domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a las abogadas habilitadas para el ejercicio de la profesión Julie Massmann Wyneken y Amanda Garrido Urrutia, y al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, Alejandro Domic Seguch, todos de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente conmigo y con todos los apoderados de esta causa.


13.039.666-6


15.381.240-3


17.031.112-4


0.981.721-2