

ANT.: Investigación en contra de Subpesca por posibles restricciones a la libre competencia en la industria salmonera. Rol N° 2529-19 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 13 de abril de 2022.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de los resultados de la investigación indicada en el Antecedente (“**Investigación**”), recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 7 de enero de 2019, esta Fiscalía recibió la denuncia de un particular en contra de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (“**Subpesca**”) por haber efectuado una serie de modificaciones a la normativa que rige la actividad de acuicultura que serían contrarias a la libre competencia.
2. Señala que, a través de ciertos actos administrativos y modificaciones a la normativa sectorial, se habrían erigido barreras para el crecimiento de la industria, así como para la entrada de nuevos competidores¹. Lo anterior iría en beneficio de algunos productores y en desmedro de otros², discriminando así entre competidores, todo lo cual carecería de la debida justificación.
3. En particular, la denuncia cuestiona las modificaciones realizadas a los regímenes productivos conocidos como de Densidad de Cultivo y de Porcentaje de Reducción de Siembra Individual (“**PRSI**”), contenidos en el Decreto Supremo N° 319 de 2001, que aprueba el “Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas” (“**RESA**”) ³, del Ministerio de Economía, Fomento, y Reconstrucción, hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (“**MINECON**”).
4. Dichos cambios se materializaron a través i) de la Resolución Exenta N° 3224 de 2018, de Subpesca (“**Resolución 3224**”) ⁴, que modificó resoluciones anteriores del organismo, estableciendo nuevos puntajes para el elemento productivo considerado para clasificar a las agrupaciones de concesiones y un nuevo nivel de bioseguridad, más restrictivo en cuanto a la densidad de cultivo permitida; y ii) del Decreto Supremo N° 64 de 2019, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (“**DS 64**”) ⁵,

¹ Denuncia de fecha 07 de enero de 2019, correlativo de ingreso N° 00067-19.

² Ídem.

³ Disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-83903.html>.

⁴ Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/615/articles-101668_documento.pdf.

⁵ Cabe destacar que, a la fecha de la denuncia aún eran propuestas para modificar la regulación. Mediante el Decreto Supremo N° 64 de 2019, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, tales propuestas

que modificó el RESA, en lo concerniente al PRSI, eliminando ciertos requisitos para optar por el régimen y permitiendo el crecimiento de los productores que puedan demostrar un buen desempeño sanitario, de acuerdo con las variables señaladas en la regulación respectiva.

5. En términos generales, los regímenes productivos tienen por objeto fijar el número máximo de salmónidos que pueden ingresar en un centro de cultivo y la densidad a la que pueden permanecer los peces en cada una de las estructuras de cultivo de las concesiones de acuicultura, conocidas como balsas jaula⁶, considerando para dichos efectos diferentes factores de índole sanitaria, ambiental y productiva.
6. Con fecha 4 de febrero de 2019, esta Fiscalía decidió instruir investigación conforme con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 39 del Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”)⁷ con la finalidad de analizar la justificación de los actos de autoridad cuestionados y evaluar su aptitud de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en la industria salmonera.
7. El presente informe se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se describe el marco jurídico aplicable a la actividad de acuicultura, centrándose en aquellos instrumentos relevantes, a propósito de la normativa cuestionada en la denuncia. Luego, se describen las modificaciones a la normativa cuestionada para posteriormente pasar a reseñar las particularidades de la industria salmonera junto con las condiciones de entrada al mercado. Por último, se presenta el análisis de la denuncia efectuado por esta División, dando cuenta de los principales efectos de los cambios implementados y ponderándolos con los objetivos de política pública que persiguieron las autoridades que los dictaron.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE

8. La acuicultura se encuentra regulada principalmente en La Ley General de Pesca y Acuicultura (“**LGPA**”), contenida en el Decreto Supremo N°430 de 1991, del MINECON⁸. Entre otros, crea las concesiones de acuicultura, que permiten a sus titulares la producción de recursos hidrobiológicos al interior de áreas calificadas por la autoridad como apropiadas para el ejercicio de dicha actividad, con las limitaciones expresamente establecidas en la ley y sus reglamentos.
9. En particular, las concesiones de acuicultura se rigen por el Reglamento de Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura⁹, que define dicha concesión como un *“acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona, natural o jurídica, los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años*

fueron incorporadas al RESA. Esta modificación está disponible en: <http://www.sernapesca.cl/sites/default/files/ds.64-2019.pdf>.

⁶ *“Una balsa-jaula consiste, básicamente, en una estructura rígida, o semirrígida de variados diseños, formas, y tamaños, la cual se encuentra flotando fuertemente adherida al fondo marino mediante un sistema de fondeo, contando con una red-jaula que permite conservar a los peces en su interior y una red llamada lopera para aislarlos de los depredadores”*. Véase, Mauricio Inostroza, “Proyecto de sistema de fondeo para centros de cultivos de salmónes”, Cybertesis UACH, 2008, p 8. [disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/bmfci.58t/doc/bmfci.58t.pdf>]

⁷ Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973.

⁸ Se entiende por “acuicultura” el cultivo de organismos acuáticos tanto en zonas costeras como del interior que implica intervenciones en el proceso de cría para aumentar la producción. Véase la página web de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (“**FAO**”) dedicada a la acuicultura [disponible en: <https://www.fao.org/aquaculture/es/>].

⁹ Contenido en el Decreto Supremo N° 290 de 1993, del MINECON (“**DS 290**”).

*renovables, sobre determinados bienes nacionales, para que realice en ellos actividades de acuicultura*¹⁰⁻¹¹.

10. Asimismo, se rigen por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura¹², el que establece las medidas de protección del medio ambiente para que los establecimientos de acuicultura, como las concesiones, “operen en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y marítimos”.
11. Adicionalmente, a esta actividad económica le son aplicables las disposiciones del RESA, dictado en cumplimiento del artículo 86 de la LGPA, que ordena a la autoridad adoptar “medidas de protección y control para evitar la introducción de enfermedades de alto riesgo, aislar su presencia en caso de que éstas ocurran, evitar su propagación y propender a su erradicación, determinando las patologías que se clasifican de alto riesgo”, con el objetivo de proteger el patrimonio sanitario del país.
12. En particular, dentro de las medidas de protección y control que el RESA contempla, cabe destacar aquellas presentes en el título XIV del reglamento, denominado “Del establecimiento de las densidades de cultivo para las agrupaciones de concesiones de salmónidos”, puesto que la normativa cuestionada en la denuncia concierne a medidas descritas en este apartado, a saber, los regímenes productivos de los salmónidos denominados como de “densidad de cultivo” y “porcentaje de reducción de siembra individual”.
13. Conforme con lo ya indicado, estas medidas permiten a Subpesca fijar el número máximo de peces o recursos hidrobiológicos, en este caso, salmónidos, que pueden ingresar en un centro de cultivo o concesión de acuicultura determinados. Mientras el régimen de densidad de cultivo efectúa lo anterior de manera *indirecta*, el PRSI determina dicho número *directamente*¹³.
14. A continuación, se detallan los aspectos principales de las dos medidas indicadas, refiriéndonos en primer lugar al régimen de densidad de cultivo y luego al PRSI.

II.1 RÉGIMEN DE DENSIDAD DE CULTIVO

15. El artículo 86 bis de la LGPA ordena a Subpesca que fije, mediante resoluciones, las densidades de cultivo por especie o grupo de especies para las agrupaciones de concesiones que existen en el país, de conformidad con el procedimiento descrito en la disposición legal citada y con lo mencionado en el título XIV del RESA¹⁴.
16. Esta medida de densidad recae sobre las denominadas agrupaciones de concesiones de acuicultura, comúnmente conocidas como “barrios”, las que

¹⁰ Art. 1, N° 3, inciso primero, DS 290.

¹¹ Son conocidos como centros de cultivo y otorgan la propiedad a su titular sobre el bien incorporal constituido por el derecho de uso y goce exclusivo de un bien nacional de uso público o de un bien fiscal, tales como sectores de playa o mar. Fuentes Olmos, Jessica. Evolución del régimen ambiental de la acuicultura en Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42, pp.441-477. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100013&lng=es&nrm=iso]

¹² Decreto Supremo N° 320 de 2001 del MINECON, dictado en cumplimiento del artículo 87 de la LGPA.

¹³ Respuesta de SalmonChile A.G. al Oficio Ord. N° 1518, de fecha 7 de septiembre de 2020.

¹⁴ La regulación del régimen de densidad de cultivo para las agrupaciones de concesiones se concentra en las siguientes disposiciones: (i) Artículo 86 bis, LGPA; (ii) Título XIV del RESA; (iii) Resolución Exenta N° 1503 de 2013 y sus diversas modificaciones, entre ellas la Resolución 3224, todas de SUBPESCA.

corresponden a “un conjunto de concesiones de acuicultura que se encuentran dentro un área apta para el ejercicio de la acuicultura en un sector que presenta características de inocuidad, epidemiológicas, oceanográficas, operativas o geográficas que justifican su manejo sanitario coordinado [...]”¹⁵. Actualmente, existen cerca de 116 barrios situados en las regiones de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena¹⁶.

17. De acuerdo con la regulación vigente, la densidad de cultivo corresponde a la “biomasa de peces existente por área utilizada con estructuras de cultivo, al término de la etapa de engorda del ciclo productivo”¹⁷. De este modo, a través de dicha medida, Subpesca debe fijar el número máximo de peces que pueden ingresar en cada una de las balsas jaulas de los centros de cultivo (kg de peces/m³ de agua) integrantes de la agrupación de concesiones o barrio¹⁸.
18. Para lo anterior, Subpesca clasifica semestralmente a las agrupaciones de concesiones, midiendo el comportamiento de todos los centros de cultivo del barrio. Dicha clasificación, denominada clasificación de bioseguridad, se efectúa en base a la evaluación de tres elementos, a saber, el ambiental, sanitario y productivo¹⁹, conforme con lo dispuesto por el RESA y a una serie de resoluciones de Subpesca que la complementan²⁰.
19. A partir de tal información, Subpesca determina la clasificación de bioseguridad común para la agrupación en base a los tramos y ponderaciones de los elementos antes mencionados²¹ y la comunica a los titulares de los centros de cultivo del barrio

¹⁵ Art. 2, N° 52, LGPA.

¹⁶ Al respecto, véase la Resolución Exenta N° 2782, del 13 de octubre de 2021, de Subpesca, que establece las agrupaciones de concesiones de salmónidos en las regiones de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena. En dicha resolución, es posible consultar la región, el número de la agrupación, el código de la concesión (“centro de cultivo”) y los titulares de las concesiones de salmónidos.

¹⁷ Art. 86 bis, LGPA.

¹⁸ Dado que la concesión comprende una superficie delimitada, al fijar la densidad de cultivo se precisa también el número máximo de ejemplares que se pueden sembrar, puesto que llegará un punto en el que un productor no podrá instalar más balsas jaulas.

¹⁹ En el título XIV del RESA, el artículo 58 Ñ define que “la clasificación de las agrupaciones se efectuará considerando los siguientes elementos:

- a) Ambiental: INFAs de los centros de cultivo integrantes de la agrupación, cuyos resultados den cuenta de una condición aeróbica.
- b) Sanitario: pérdidas de la agrupación, entendiendo por tales la diferencia, expresada en porcentaje, entre el número total de ejemplares ingresados al inicio del período productivo en los centros de cultivo integrantes de la agrupación y la suma de las cosechas efectivas y proyectadas (...)
- c) Productivo: Comparación entre la proyección de siembra de la agrupación para el período productivo siguiente y la siembra efectiva en el período productivo anterior (...)

El elemento ambiental se determina de acuerdo con los resultados de los informes ambientales (“INFAs”) de los centros de cultivo, los que permiten conocer la capacidad de los cuerpos de agua, de conformidad con el nivel de oxígeno presente en el centro. Cuando las INFAs dan cuenta de una condición anaeróbica, se indica que hay una ausencia de oxígeno, mientras que, si la condición es aeróbica, hay presencia de oxígeno disuelto en el agua. A mayor presencia de informes que den cuenta de condiciones anaeróbicas, se estima que el comportamiento del centro es peor, obteniendo un menor puntaje en este ítem.

El elemento sanitario se pondera en relación con la cantidad de “pérdidas” agregadas de los centros de cultivo, esto es, por los niveles de mortandad o fuga de ejemplares salmónidos durante el período productivo, estimándose que mientras más alto sea el porcentaje de pérdida de ejemplares, peor fue el comportamiento sanitario de la agrupación.

El elemento productivo mide la intención de siembra de los operadores en comparación con lo producido en el período productivo anterior. Así, se calcula la diferencia entre lo que se proyecta sembrar y lo sembrado, estimándose un peor comportamiento si la diferencia es positiva, o sea, si hay un crecimiento en la producción.

Sin perjuicio de lo anterior, también se considera un componente individual. Véase lo dispuesto por el artículo 24 A del RESA.

²⁰ Aquellas corresponden a la resolución N° 1503 de 2013 de Subpesca, modificada por las resoluciones: (i) N° 1353 de 2016 (ii) N° 1662 de 2016 (iii) N° 3035 de 2016 y (iv) 3224 de 2018, todas de Subpesca.

²¹ En específico, la ponderación opera otorgándose un porcentaje de relevancia al puntaje de evaluación de cada elemento, correspondiéndole un 35% al elemento productivo, 10% al elemento ambiental y un 55% al elemento sanitario. Sin embargo, debe notarse que en el caso de los puntajes de los elementos sanitario y ambiental estos varían de 0 a 100, mientras que en el caso del elemento productivo se otorga un

de que se trate. Dicha clasificación comprende, en el escalón más bajo, el nivel “Baja 4” y, en el nivel más alto, la clasificación de bioseguridad “Alta”, según se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Tramos de la clasificación de bioseguridad

Puntaje de Riesgo	Nivel de Bioseguridad	Resultados densidad	Densidad jaulas ACS
> 90	Alta	-	Salar: 17 kg/m ³
			Trucha: 12 kg/m ³
			Coho: 12 kg/m ³
> 80 – 90	Media	Baja 10%	Salar: 15 kg/m ³
			Trucha: 11 kg/m ³
			Coho: 11 kg/m ³
> 70 – 80	Baja 1	Baja 20%	Salar: 13 kg/m ³
			Trucha: 10 kg/m ³
			Coho: 10 kg/m ³
> 60 – 70	Baja 2	Baja 30%	Salar: 11 kg/m ³
			Trucha: 8 kg/m ³
			Coho: 8 kg/m ³
> 50 – 60	Baja 3	Baja 50%	Salar: 8 kg/m ³
			Trucha: 6 kg/m ³
			Coho: 6 kg/m ³
< 50	Baja 4	Baja 75%	Salar: 4 kg/m ³
			Trucha: 3 kg/m ³
			Coho: 3 kg/m ³

Fuente: Resolución Exenta N° 3224-2018, Subpesca.

20. Como se puede apreciar en la tabla, la evaluación del comportamiento de la agrupación, considerando las ponderaciones de los elementos ambiental, sanitario y productivo, otorga un puntaje de riesgo que determinará el nivel de bioseguridad en el que quedará clasificado el barrio de que se trate y, por ende, la densidad a la que podrán producir. Mientras mejor sea el nivel de bioseguridad del barrio, mayor será la densidad permitida por la autoridad sectorial.
21. Una vez clasificada la agrupación conforme con este procedimiento, Subpesca notifica a cada uno de los centros integrantes del barrio la densidad a la que podrán producir junto con el número máximo de ejemplares que podrán ingresar en las estructuras de cultivo o balsas jaula de cada centro en el período productivo siguiente, dependiendo de la especie del salmónido a sembrar en el centro respectivo.

II.2. PORCENTAJE DE REDUCCIÓN DE SIEMBRA INDIVIDUAL

22. Al igual que el régimen de densidad de cultivo, el PRSI obedece al mandato legal del artículo 86 bis de la LGPA²², dado que es una fórmula de cálculo distinta y alternativa para establecer la densidad de los centros de cultivo²³. Acogerse al PRSI es estrictamente voluntario²⁴ y se encuentra únicamente disponible para los que

puntaje negativo si la proyección de siembra supera el 103% de lo sembrado en el período anterior (-40 si la proyección está entre el 103% y el 106%, y -100 si la proyección es superior al 106%).

²² El PRSI se encuentra regulado en el (i) Título XIV del RESA, artículos 58 J y 59 a 64; (ii) Resolución Exenta N° 1353 de 2016; y (iii) Resolución N° 904 de 2020, de Subpesca.

²³ Respuesta a Oficio Ord. N° 1417, de fecha 17 de julio de 2019.

²⁴ En estricto rigor, esta medida está contemplada como una excepción a la aplicación de la densidad de cultivo por barrio. Artículo 59 RESA.

revisan la calidad de titulares de los centros de cultivo o aquellos arrendatarios expresamente autorizados por el titular para estos efectos²⁵.

23. Dicho PRSI permite producir a la máxima densidad de cultivo permitida por la regulación²⁶, siempre que el titular de los centros de cultivo someta a todas sus concesiones de acuicultura, que correspondan al mismo semestre de fijación de la densidad de cultivo²⁷, a un programa de manejo individual que contempla 2 etapas diferentes.
24. Cuando un titular opta por primera vez al PRSI, o bien cuando suscribe la medida sin haber estado sujeta a ella en el período productivo anterior, entra en lo que se denomina como “Etapa 1”. En esta se consideran solamente 2 variables para efectos de determinar en qué porcentaje se deberá reducir la siembra: i) las pérdidas de salmónidos en los centros de cultivo de un mismo titular; y ii) los indicadores sanitarios de los centros de cultivo del mismo titular, asociados a una enfermedad o infección sometida a un programa específico de control, que se vean deteriorados en la medida en que aumentan los niveles de biomasa.
25. En la Etapa 1, la densidad autorizada será entonces la máxima posible²⁸, a condición de que el titular de la concesión reduzca su siembra para el primer período, desde que se acoge a este sistema, en comparación con su período anterior²⁹. Las variables utilizadas y la condición de reducir la siembra se ven reflejadas en la siguiente tabla:

Tabla N° 2: Etapa 1 PRSI

Primer Indicador Sanitario	Etapa 1				
	Tramo de pérdidas				
	0-10%	10,1-14%	14,1-20%	20,1-25%	> a 25%
PPJT ≤ 50% periodo productivo	-3%	-6%	-9%	-12%	-18%
PPJT > 50% periodo productivo	-6%	-9%	-12%	-15%	-21%

PPJT = Promedio porcentual de jaulas tratadas por inmersión con productos farmacológicos para el control de caligidosis

Fuente: Resolución Exenta N° 904 de 2020, de Subpesca.

26. Según la tabla anterior, en la primera etapa, el porcentaje de reducción de siembra puede ir desde un -3% hasta un -18%, dependiendo del puntaje que obtengan los centros de cultivo de un mismo titular, en base a las variables mencionadas.
27. Posteriormente, transcurrido un periodo productivo desde que se adoptó la medida, y se hubiese operado efectivamente con ella en dicho periodo, los centros de cultivo

²⁵ En tal sentido se pronunció la Contraloría General de la República. Dictamen disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/000922N20/html>. Asimismo, esta División, pudo corroborar que existen arrendatarios con tal derecho: Toma de declaración Caleta Bay, de fecha 22 de junio de 2020.

²⁶Al efecto, rigen las densidades de la resolución N° 1449 de 2009, del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“Sernapesca”).

²⁷ Comúnmente se denomina macrozona temporal.

²⁸ Densidad máxima posible, pero con la reducción solicitada por Subpesca incluida.

²⁹ Cabe mencionar, que si se opta por el PRSI se deja de aplicar la medida de densidad sobre los centros de cultivo del titular. En consecuencia, dichos centros no quedan sometidos a la densidad de cultivo fijada para tal agrupación, por lo que es posible que en una misma agrupación convivan centros de cultivo sujetos a la medida de densidad de cultivo y otros bajo la PRSI.

del titular pasan a la “Etapa 2”. En esta etapa, se vuelven a evaluar las variables antedichas, pero se incorpora una tercera variable que corresponde a un indicador de consumo de antibióticos para la producción de especies salmónidas en un período productivo³⁰, según se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla N° 3: Etapa 2, PRSI.

Primer Indicador Sanitario	Etapa 2					Indicador de consumo de antibióticos (ICA)
	Tramo de pérdidas					
	0-10%	10,1-14%	14,1-20%	20,1-25%	> a 25%	
PPJT ≤ 50% período productivo	3%	1%	-3%	-6%	-13%	300,1 a 600 gramos de antibiótico por tonelada producida
PPJT > 50% período productivo	1%	0%	-5%	-9%	-16%	
PPJT ≤ 50% período productivo	6%	3%	-2%	-5%	-10%	150,1 a 300 gramos de antibiótico por tonelada producida
PPJT > 50% período productivo	3%	1%	-4%	-8%	-12%	
PPJT ≤ 50% período productivo	9%	4%	-1%	-4%	-7%	0 a 150 gramos de antibiótico por tonelada producida
PPJT > 50% período productivo	4%	2%	-3%	-6%	-9%	

* Cuando el indicador de consumo de antibiótico (ICA) sea > a 600 gramos de antibiótico por tonelada producida, corresponderá aplicar la tabla indicada en la Etapa 1.

Fuente: Resolución Exenta N° 904 de 2020, de Subpesca.

28. Como es posible apreciar, además de la incorporación de la variable concerniente al consumo de antibióticos, se incluye la posibilidad de aumentar la producción en relación con el período anterior siempre que los centros de cultivo tengan un desempeño sanitario favorable. Una vez que se evalúan las variables mencionadas en las etapas respectivas, Subpesca calcula el porcentaje en que deberá reducirse -o podrá aumentarse- la siembra, fijando así el número máximo de ejemplares que se podrá ingresar en los centros de cultivo del titular. Dicho crecimiento va desde un 1% hasta un 9%, constituyendo uno de los principales incentivos para que un titular opte por el PRSI en vez de la medida de “densidad de cultivo”.
29. Finalmente, cabe tener presente que contar con un historial productivo reciente es requisito para poder optar por el PRSI, en atención a que el porcentaje de reducción se calcula sobre la producción del período inmediatamente anterior³¹⁻³².

³⁰ Las fórmulas específicas para calcular y ponderar estos elementos están previstas, al igual que para la medida de densidad, en una resolución de Subpesca, en este caso, es la Resolución Exenta N° 904 de 2020. A modo ejemplar, cabe mencionar que actualmente, el indicador sanitario corresponde al porcentaje de jaulas tratadas por inmersión con productos farmacológicos para el control de la caligidosis, coloquialmente conocido como piojo del salmón.

³¹ En consecuencia, el crecimiento en términos reales depende de la diferencia entre el porcentaje de reducción de la etapa 1 y el porcentaje de crecimiento de la etapa 2.

³² Cada período productivo abarca entre 21 a 24 meses. Toma de declaración Subpesca de fecha 11 de enero de 2019.

30. Realizadas, las precisiones anteriores sobre el marco jurídico aplicable, es posible dar cuenta de las modificaciones objetadas en la denuncia para evaluar si crean o no restricciones injustificadas a la libre competencia. Estas corresponden a la Resolución 3224, relativa al régimen de densidad de cultivo, y a las modificaciones contenidas en el DS 64 concernientes al PRSI.

III. OBJETO DE LA DENUNCIA: LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 3224 DE SUBPESCA Y EL DECRETO SUPREMO N° 64 DEL MINECON

31. Con fecha 7 de septiembre de 2018, Subpesca dictó la Resolución 3224, por medio de la cual modificó los puntajes asociados al elemento productivo que se utiliza para clasificar a las agrupaciones de concesiones y así fijar la densidad correspondiente. En particular, Subpesca modificó los puntajes del elemento productivo de forma tal que se restringieron las proyecciones de siembra que impliquen crecimientos de producción respecto del periodo productivo anterior, lo que se tradujo en que, a mayor producción proyectada, se otorga un menor puntaje³³.
32. Adicionalmente, la Resolución 3224 creó una nueva clasificación: el nivel de bioseguridad denominado “Baja 4” (ver Tabla N° 1) que establece la densidad más baja, por especie, que reconoce la regulación para la producción de salmónidos³⁴. Ambas modificaciones tendrían por finalidad el resguardo del patrimonio sanitario para el desarrollo sustentable de la actividad de acuicultura atendido el riesgo sanitario y ambiental que implica el crecimiento del número de peces a ser sembrados en las agrupaciones de concesiones³⁵.
33. Por otra parte, el DS 64 de 2019, del MINECON, materializó una serie de modificaciones al RESA relativas al PRSI que, al momento de la presentación de la denuncia, no se habían concretado. En particular, se eliminó una restricción para optar por el régimen de PRSI, consistente en excluir de la medida a los titulares de los centros de cultivo que tuviesen pérdidas promedio superiores al 20%³⁶.
34. Además, se incorporó la posibilidad de aumentar la producción en la descrita “Etapa 2”, en un modelo de crecimiento asociado al desempeño sanitario y al consumo de antibióticos, indicando que *“aquellos centros de cultivo de un mismo titular que hayan obtenido pérdidas iguales o inferiores al 14%, podrán aumentar el número de peces a sembrar en el período siguiente, de acuerdo a los indicadores y en los porcentajes que establezca la resolución a que se refiere el artículo 60, la que en ningún caso podrá considerar más de un 9%³⁷.”*
35. La denuncia califica que estas modificaciones relativas a la densidad de cultivo y al PRSI erigieron barreras para el crecimiento de los actores existentes y barreras de entrada a nuevos competidores de la industria salmonera. Ello en atención a que los productores o entrantes que no pueden optar por el PRSI (por ejemplo, por no contar con un historial productivo), sólo podrían crecer en el mercado bajo condiciones económicamente inviables, dada la estricta ponderación del elemento

³³ Cabe destacar que previo a esta resolución, Subpesca había aumentado la ponderación del elemento productivo y, consecuentemente, disminuido proporcionalmente la ponderación del elemento sanitario. Al respecto véase, la Resolución Exenta N° 1503 de 2013 y su modificación a través de la Resolución Exenta N° 1353 de 2016, ambas de Subpesca.

³⁴ Por tal motivo, Subpesca lo denomina un nivel de bioseguridad deficiente.

³⁵ Véanse los considerandos de la Resolución 3224, que dan cuenta de los fundamentos de la modificación.

³⁶ Si bien no es el objeto de la denuncia ni de la investigación, a través del DS 64, también se incorporó el indicador de consumo de antibióticos para la evaluación del comportamiento del titular que optar por el PRSI.

³⁷ Al respecto, véase el DS 64 y el artículo 60 y 61 del RESA.

productivo que los llevaría a quedar clasificados en el nivel de bioseguridad “Baja 4”.

36. En otras palabras, la denuncia señala que dichos actores actuales o potenciales, de decidir aumentar su producción, quedarían clasificados dentro de un nivel que exige operar los centros de cultivo a una densidad de siembra baja, lo que implica invertir en una gran cantidad de balsas jaula para así poder acomodar la siembra. Dicha inversión no sería proporcional a la cantidad de producción que podría aumentar si no que, por el contrario, sería mayor, considerando que la densidad permitida disminuye.
37. Esta situación contrastaría con lo que ocurre con productores que sí pueden optar por el PRSI, los que podrían crecer hasta en un 9% operando a la máxima densidad posible si presentan un buen desempeño sanitario superada la Etapa 1, conforme se describió *supra*, a partir del segundo período productivo luego de haberse acogido a dicha medida.
38. A continuación, se describe la industria salmonera a nivel nacional, en la que inciden las modificaciones cuestionadas, para evaluar, en concreto, los efectos de la regulación mencionada.

IV. INDUSTRIA SALMONERA

39. El ciclo productivo de los salmones de cultivo se compone de seis etapas o procesos: (i) genética³⁸; (ii) cultivo de agua dulce³⁹; (iii) cultivo en agua de mar o engorda⁴⁰; (iv) cosecha⁴¹; (v) procesamiento⁴²; y (vi) comercialización⁴³. Salvo la primera y la última etapa, la mayoría de los principales actores de la industria participan en las cuatro etapas restantes del ciclo productivo referido⁴⁴.
40. Por otro lado, existen tres especies de salmónidos que son actualmente cultivados en Chile: (i) salmón del atlántico o salar; (ii) salmón *coho* o plateado; y (iii) trucha arcoíris. En 2019, el 71% de las cosechas de salmónidos correspondieron a salmón del atlántico, mientras que el salmón *coho* y la trucha arcoíris representaron un 21% y un 8% de las cosechas, respectivamente⁴⁵.
41. Para efectos de este Informe, esta División considera innecesario adoptar una posición respecto a cualquier definición precisa de mercado relevante que pueda existir respecto a una eventual segmentación por especie o por formato de

³⁸ La etapa “genética” consiste en la fecundación artificial luego del desove de las hembras reproductoras con el objetivo de mejorar la calidad de los peces, mediante mayor resistencia a las enfermedades y aumentar el rendimiento.

³⁹ La etapa “cultivo en agua dulce” consiste en el crecimiento de los peces en piscinas de agua dulce bajo condiciones controladas, hasta que alcancen el tamaño adecuado (*smolts*) para introducirlos en el agua de mar.

⁴⁰ La etapa “cultivo en agua de mar” o “engorda” consiste en el crecimiento de los peces en jaulas en agua de mar, donde le alimenta hasta que alcancen un tamaño apto para su cosecha. Es la etapa más amplia en términos de plazo, demorando entre 9 y 19 meses, dependiendo de la especie.

⁴¹ La etapa “cosecha” consiste en la extracción de los peces del agua dulce y traslado de estos a las plantas de procesamiento.

⁴² La etapa “procesamiento” consiste en los diferentes procesos de transformación que se les aplican a los peces ya cosechados antes de comercialización, como lo son el eviscerado, fileteado, despielado, despinado, porcionado y envasado del salmón, para luego almacenarlo, ya sea fresco o congelado.

⁴³ La etapa “comercialización” consiste en la venta, ya sea a nivel local o vía exportación, del producto final de salmón, en cualquier de sus formatos.

⁴⁴ Informe de aprobación de la FNE recaído en la Operación de Concentración de “Adquisición de negocio de salmón atlántico de Salmones Friosur S.A. y otros, por parte de Exportadora Los Fiordos Limitada. Rol F146-2018.” de fecha 28 de septiembre de 2018, p. 4-5. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/10/inap1_F146_2018.pdf

⁴⁵ Respuesta de Subpesca a Oficio Ord. N° 0811, de fecha 17 de julio de 2019.

comercialización y nivel de procesamiento, por cuanto ello no modifica las conclusiones derivadas del presente análisis.

42. Esta postura es, además, consistente con la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”), que ha señalado que *“en casos como el presente, en los que la conducta anticompetitiva imputada deriva de un acto de autoridad y no de una posición de dominio de la cual supuestamente se ha abusado, no se requiere definir de manera precisa y concreta el mercado relevante a través de las metodologías tradicionales que se utilizan para efectuar inferencias acerca del poder de mercado de un determinado agente económico, por medio de la identificación, en términos de producto y área geográfica, del ámbito de actividad de las fuerzas competitivas centrales al caso concreto”*⁴⁶.
43. En consecuencia, para el análisis de la denuncia, este Informe considerará toda la industria nacional⁴⁷ de producción y comercialización de salmónidos para consumo humano, independiente de las posibles segmentaciones que podrían existir.
44. En relación con dicha industria, cabe destacar que los salmónidos producidos en Chile son mayoritariamente exportados para su consumo en el exterior⁴⁸. En efecto, cerca del 95% de la producción es exportada⁴⁹, siendo los mercados de Estados Unidos, Japón, Brasil, Rusia y China, los principales países de destino, representando el 81% de las exportaciones totales de salmónes del año 2020⁵⁰.
45. Ello implica que las empresas con actividades en Chile deben competir con compañías de diversos países que también se dedican a la producción de salmónidos, tales como Noruega y Canadá⁵¹, lo que ejerce una fuerte presión competitiva sobre la industria nacional. En la misma línea, es posible afirmar que el precio de los salmónidos es fijado a nivel internacional, lo que limita fuertemente la posibilidad de que exista cualquier ejercicio de poder de mercado y/o potenciales abusos sobre los consumidores locales.
46. Dada esta característica particular de esta industria, una dimensión habitualmente utilizada para la medición de la importancia relativa de los productores nacionales en la industria son las exportaciones totales de cada empresa.
47. Al respecto, para los años 2019 y 2020, los actores en la industria local más relevantes fueron las siguientes empresas: AquaChile, Australis Seafoods, Multiexport Foods, Cermaq, Marine Harvest, Salmónes Camanchaca, Salmónes Austral y Blumar. En conjunto, estas compañías representan aproximadamente el

⁴⁶ Sentencia H. TDLC N° 177/2021, demanda de Sociedad Nacional de Pesca F.G. y otros en contra de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, considerando trigésimo, en el cual se cita la Sentencia N° 138/2014.

⁴⁷ Si bien el análisis de mercado incluido en este Informe -así como también en otras investigaciones de esta Fiscalía- se circunscribe a las empresas con producción local, es relevante acotar que el mercado de la comercialización de salmónidos tiene carácter internacional, por lo que una caracterización más precisa del mismo debería incluir, al menos, a aquellos agentes localizados en el extranjero que compiten con los locales en la venta de estos productos.

⁴⁸ Según lo declarado por actores de la industria, la proporción de la producción de las salmoneras que es consumida localmente variaría por empresa, pero en todo caso no superaría el 5% de la producción en términos promedio. En efecto, si se utilizan los datos de consumo de salmónidos per cápita del país (ver <<https://www.salmonexpert.cl/article/chilenos-registran-su-mayor-consumo-de-salmon-per-capita/>> y se comparan con los datos de cosechas totales informados por Sernapesca, la proporción de la producción consumida localmente en los años 2019 y 2020 fue de 6,6% y 6,5% respectivamente.

⁴⁹ Así fue también señalado por actores de la industria en toma de Declaración de Australis Seafoods de fecha 26 de febrero de 2019, Invermar de fecha 29 de enero de 2019, y Multiexport de fecha 5 de marzo de 2019.

⁵⁰ Véanse las estadísticas del Consejo del Salmón, basadas en datos de Sernapesca, disponible en: <https://www.consejodelsalmon.cl/informacion-de-la-industria/principales-datos-de-la-industria/>

⁵¹ Según datos de la FAO de 2018, Chile es el segundo productor de salmónidos a nivel global con un 26% de las cosechas de 2018. En primer lugar, se encuentra Noruega con un 37%. El resto de los productores se ubican en Europa (16%), Asia (12%) y América (7%)

66% de las exportaciones totales de salmónidos de ese periodo. Por otra parte, el índice de concentración Herfindahl-Hirschman (“HHI”), considerando las exportaciones totales de ambos años, es de 951.

Cuadro N°1: Participaciones de mercado en la industria salmonera nacional, medida en exportaciones totales (USD\$).

EMPRESA	2019	2020	2019-2020
AQUA CHILE	21,0%	20,4%	20,7%
AUSTRALIS	7,3%	9,1%	8,1%
MULTIFOODS	8,5%	7,5%	8,0%
CERMAQ CHILE	9,1%	6,8%	8,0%
CAMANCHACA	5,8%	6,6%	6,2%
MOWI CHILE	6,3%	5,1%	5,7%
BLUMAR	4,1%	4,9%	4,5%
SALMONES AUSTRAL	4,8%	4,4%	4,6%
GM TORNAGALEONES	3,7%	3,9%	3,8%
VENTISQUEROS	3,3%	3,5%	3,4%
SALMONES ANTARTICA	4,0%	3,3%	3,7%
CALETA BAY	1,8%	3,1%	2,4%
INVERMAR	2,8%	3,1%	2,9%
YADRAN	3,0%	2,9%	3,0%
SALMONES AYSÉN	2,8%	2,9%	2,9%
OTROS	11,6%	12,4%	12,0%
TOTAL	100,0%	100,0%	100,0%
HHI	965	942	951

Fuente: Elaboración propia con datos de IndexSalmon.

48. Dichos niveles de participación y de concentración en la industria salmonera local son similares a los que se podrían observar si se consideran otros indicadores, tales como el nivel de cosechas o la capacidad de cultivo de las compañías productoras. Los resultados son similares si se acota geográficamente la industria a las regiones de Los Lagos y de Aysén⁵²⁻⁵³. En efecto, si se toman en cuenta las capacidades de cultivo reportadas por las empresas situadas en dichas regiones para el año 2018, el índice de concentración HHI alcanzaría los 942 puntos.
49. De acuerdo con estos niveles de concentración, la industria local puede clasificarse como no concentrada, de acuerdo con parámetros estándar de libre competencia⁵⁴. Sin perjuicio de lo anterior, es relevante mencionar que en los últimos años se han producido una serie de fusiones en la industria que han generado, en su conjunto⁵⁵,

⁵² Ver detalle de dichas participaciones de mercado en Anexo confidencial N°1.

⁵³ Se consideran empresas de estas dos regiones debido a que las modificaciones normativas denunciadas tienen como ámbito geográfico estas dos regiones, no así la Región de Magallanes, en cuyo caso se ejecutó una planificación distinta, en la, al menos por ahora, no se tienen riesgos sanitarios y ambientales de la misma magnitud a las de las otras dos regiones. En cualquier caso, los niveles de concentración observados si se consideración las producciones de centros de cultivo de la Región de Magallanes no tendría variación significativa.

⁵⁴ Por ejemplo, la Comisión Europea establece como “improbable” la detección de problemas de competencia horizontal en un mercado que después de una de la consolidación de una operación de concentración tenga un HHI inferior a 1000 (ver “Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=ES)). Similar criterio tenía esta Fiscalía para el tratamiento de este tipo de operaciones -actualmente se utilizan otros indicadores más enfocados en los efectos en precio al consumidor- en su “Guía para el análisis de Operaciones de Concentración” de junio de 2012, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/Guia-Fusiones.pdf>).

⁵⁵ Ver, por ejemplo, operaciones de concentración de empresas Salmones Friosur S.A. y Exportadora Los Fiordos Ltda., empresas Agrosuper S.A. y AquaChile S.A.

una tendencia gradual hacia la concentración, lo que podría afectar esta afirmación a futuro.

50. Finalmente, cabe destacar que la industria chilena ha ido en crecimiento. Las cosechas totales desde Chile han ido aumentando gradualmente desde el año 2016⁵⁶. De esta manera, las toneladas totales cosechadas pasaron de 727 mil toneladas en 2016, a 1.043 toneladas en 2020, con un aumento promedio anual del 10,8%⁵⁷.
51. En suma, es posible concluir que la industria salmonera nacional es principalmente exportadora y presenta bajos niveles de concentración. Adicionalmente, se observa que dicha industria ha ido en crecimiento y que se encuentra inserta en un mercado mundial de producción y comercialización de salmónidos, todo lo cual debe considerarse para efectos del análisis de las modificaciones normativas controvertidas en la denuncia.

V. CONDICIONES DE ENTRADA

52. Respecto de las condiciones de entrada a la industria salmonera, cabe mencionar que existe una importante barrera legal, toda vez que para la producción de salmónidos se requiere contar con una concesión de acuicultura. Prácticamente desde el año 2010 a la fecha, la posibilidad de que se soliciten nuevas concesiones de acuicultura se encuentra suspendida, no siendo una vía plausible de entrada a la industria.
53. En efecto, según los antecedentes recabados por esta División, hasta el año 2020 estaba vigente la medida de carácter legal conocida como “moratoria salmonera”, que suspendía e impedía el otorgamiento de nuevas concesiones en la Región de Los Lagos y en la Región de Aysén. La medida surgió como consecuencia de la crisis provocada por el brote y la propagación de la anemia infecciosa del salmón, conocida como virus “ISA” (“ISA” o “virus ISA”), ocurrida entre los años 2007 y 2009. Fue implementada a través de la Ley N° 20.434, del año 2010, y luego prorrogada mediante sucesivas leyes⁵⁸ hasta abril del año 2020. En la región de Magallanes y la Antártica Chile, rigió una moratoria similar, pero sólo hasta el año 2015⁵⁹.
54. Una vez las moratorias legales perdieron su vigencia, Subpesca dictó tres resoluciones⁶⁰ aplicables a las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes, respectivamente, las que se encuentran vigentes y que tienen un efecto práctico similar a las extintas moratorias de carácter legal, puesto que impiden que se soliciten nuevas concesiones de acuicultura, en atención a que no habría espacios disponibles apropiados para el ejercicio de la acuicultura.
55. Por lo tanto, a la fecha de este Informe, no es posible la entrada de nuevos actores, o la expansión de incumbentes mediante la obtención de una nueva concesión de

⁵⁶ Año en el que se produjo una caída de más de 150 mil toneladas cosechadas en comparación con el año 2015, según estadísticas del Consejo del Salmón, basadas en datos de Sernapesca, disponibles en: <https://www.consejodelsalmon.cl/informacion-de-la-industria/principales-datos-de-la-industria/>.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ley N° 20.583 y Ley N° 20.285.

⁵⁹ Artículo 4°, Ley N° 20.434.

⁶⁰ Resolución exenta N° 903-2020, [disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-107329.html>]; Resolución exenta N° 902-2020, [disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-107328.html>], ambas de fecha 31 de marzo de 2020 y; Resolución exenta N° 3264-2016, de fecha 28 de octubre de 2016, [disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-94968.html>], todas dictadas por Subpesca.

acuicultura en prácticamente la totalidad del territorio en el que se desarrolla esta actividad.

56. Con todo, atendido que los derechos del titular de una concesión de acuicultura son susceptibles de negocio jurídico⁶¹, existe un mercado secundario en el que se pueden transferir, arrendar o ceder derechos sobre las concesiones de acuicultura, lo que constituye la única posibilidad de entrada o de expansión en la industria⁶².
57. Al respecto, esta División constató que, en algunos casos, la entrada a través del mercado secundario, especialmente a través del arrendamiento de una concesión de acuicultura, puede presentar ciertas desventajas que permiten calificarla como una alternativa deficitaria frente al otorgamiento o adquisición de una concesión que permita adquirir la calidad de titular de esta.
58. En efecto, y como se indicó en la sección relativa al PRSI, sólo los titulares y aquellos arrendatarios expresamente autorizados por el titular de los centros de cultivo, pueden optar por este régimen productivo como alternativa a la densidad de cultivo por agrupación de concesiones. Dicha opción incide en los costos de los actores de la industria, pues acogerse a la medida de PRSI suele significar operar las concesiones con menores costos, dado que se permite funcionar a la máxima densidad que permite la regulación, siempre que se reduzca en un porcentaje la producción.
59. Adicionalmente, los arrendatarios enfrentan la limitación derivada del historial productivo de la concesión, por cuanto este historial está asociado a la concesión de acuicultura y no al arrendatario que opera la concesión⁶³. De este modo, una vez termina el contrato de arrendamiento, los arrendatarios pierden su historial productivo para efectos de la regulación.
60. En definitiva, considerando las restricciones observadas para la entrada a esta industria, atendido que no se otorgan nuevas concesiones por no haber espacios disponibles, podemos concluir que existen importantes limitaciones para una entrada oportuna, probable y suficiente de nuevos actores a la industria nacional, que no son consecuencia de las modificaciones normativas objeto de la denuncia. En consecuencia, cualquier análisis de los efectos en la competencia de dichas modificaciones debe tener presente la existencia de estas limitaciones preexistentes.

VI. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

61. Previo a entrar al fondo de la denuncia, corresponde referirse a la forma en que esta División considera razonable evaluar las actuaciones estatales en relación con las normas de la libre competencia⁶⁴, dado que las modificaciones controvertidas, esto es, la Resolución 3224 junto con el PRSI y las modificaciones realizadas a través del DS 64, constituyen actos que emanan de órganos de la Administración del Estado, en la especie, de Subpesca y del MINECON.

⁶¹ Artículo 1, N° 3, inciso segundo, DS 290.

⁶² El artículo 81 de la LGPA permite la existencia de este mercado secundario de concesiones de acuicultura. Tal disposición señala que las concesiones y autorizaciones de acuicultura serán transferibles y en general susceptibles de negocio jurídico.

⁶³ Respuesta de SalmonChile A.G. al Oficio Ord. N° 1518, de fecha 7 de septiembre de 2020.

⁶⁴ Sentencia H. TDLC N° 138/2014.

62. Al respecto, cabe señalar que la Excm. Corte Suprema y el H. TDLC⁶⁵ han afirmado en reiteradas ocasiones⁶⁶ que los organismos públicos están sujetos al derecho de la competencia. Por ejemplo, la Excm. Corte Suprema ha establecido que “[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” (Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del H. TDLC N° 100/2010).
63. Luego, establecido que los órganos de la Administración del Estado están sujetos a las disposiciones del DL 211, corresponde delinear los criterios aplicables para el análisis competitivo de los actos que emanan de ellos en el ejercicio de sus atribuciones legales. Sobre el particular, esta División considera que, para tales efectos, deben ponderarse los intereses de política pública perseguidos por los actos y/o la normativa de la autoridad o regulador sectorial con la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción al DL 211⁶⁷.
64. En el presente caso, lo expuesto se tradujo en realizar un balance entre, por un lado, las restricciones a la competencia que producirían en la industria salmonera las modificaciones contenidas en la Resolución 3224 y en el DS 64 y, por otro lado, las justificaciones de las medidas implementadas atendidos los propósitos de política pública perseguidos por Subpesca y el MINECON al dictar los diversos actos administrativos cuestionados.
65. Como se ha venido señalando, la denuncia no hace referencia a conductas anticompetitivas específicas, sino que aduce la existencia de ciertos aspectos en la regulación de la industria salmonera que constituirían importantes barreras a la entrada de nuevos actores o restricciones al crecimiento de algunos incumbentes. Estas distorsiones causadas por las modificaciones cuestionadas generarían, conforme se señala en la denuncia, beneficios a los productores históricos y a los actores más grandes de la industria, en detrimento de los más pequeños o de aquellos interesados en ingresar al mercado.
66. De esta manera, la denuncia sostiene que, dentro de los diferentes niveles de densidad de cultivo que son determinados por Subpesca para cada barrio, existirían algunos de ellos, el nivel Baja 3, y, especialmente, el nivel Baja 4, en los cuales la operación de un centro de cultivo de salmónidos sería económicamente inviable, debido a que los costos asociados a la operación serían mayores a los ingresos previstos por la comercialización de los salmónidos.
67. En efecto, puede observarse que el nivel de densidad de cultivo por barrio o nivel de bioseguridad “Baja 4” representa un aumento de los costos medios para los productores de salmónidos que puede ser calificado como significativo. En dicho nivel de bioseguridad, los productores pueden sembrar a una densidad de 4 kg/m³ en el caso del salmón salar y 3 kg/m³ en el caso de la trucha y el salmón *coho*, lo que representa una densidad 4 veces menor a la permitida en el nivel de

⁶⁵ En tal sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en la Sentencia Rol N° 6100/200. Asimismo, el H. TDLC ha señalado consistentemente, en causas contenciosas y no contenciosas que los organismos públicos están sujetos a la libre competencia. Así, por ejemplo: Sentencia N° 177/2021; Resolución N° 61/2019; Sentencia N° 138/2014; Sentencia N° 121/2012, entre otras.

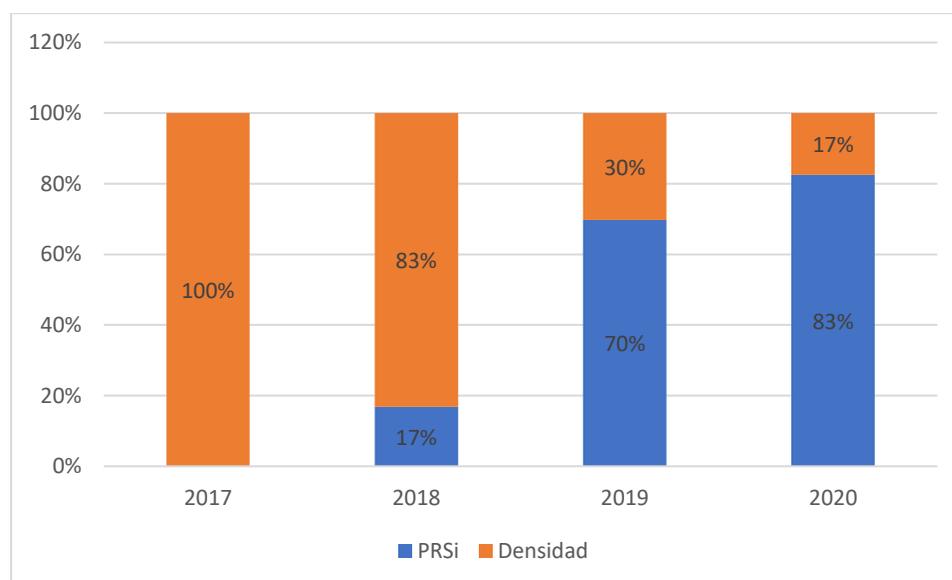
⁶⁶ Principalmente en casos donde lo que se impugna es el diseño de bases de licitaciones públicas.

⁶⁷ El H. TDLC se ha pronunciado en este mismo sentido, por ejemplo, en Sentencia N° 177/2021, considerando 6°; y Sentencia N° 138/2014, considerando 14°.

bioseguridad “Alta” (17 kg/m³ salar y 12 kg/m³ trucha y *coho*), la máxima permitida y a la que se puede acceder de acogerse al PRSI.

68. Así las cosas, es al menos teóricamente plausible que ciertos productores vean aumentados sus costos de un periodo productivo a otro, debido a que la fijación de niveles de densidad más bajos los obligaría a instalar un número superior de balsas jaulas en su concesión si desean mantener la producción del periodo anterior. Lo dicho se traduciría en un aumento de los costos fijos de producción y en una mantención o disminución de los ingresos esperados por su producción futura de salmón, derivando en una esperable disminución de los márgenes del negocio.
69. Asimismo, es posible deducir que el régimen de densidad de cultivo es menos atractivo si se observa la evolución de la elección de los regímenes productivos que han hecho los diferentes productores para sus centros de cultivo a partir del momento en que se implementó el último nivel del régimen de densidad de cultivo por agrupación (Baja 4) y se dispuso la opción del PRSI como alternativa. En general, tal como se demuestra en el Gráfico N°1 siguiente, se identifica una clara tendencia a preferir este último régimen por sobre el de densidad de cultivo, aun cuando -como indica su nombre- el PRSI implica una disminución efectiva en la siembra de salmónes, al menos por un período, con respecto al periodo inmediatamente anterior (ver Tablas N° 2 y N° 3).
70. Según datos de Subpesca, la proporción de los centros de cultivo en operación de las regiones de los Lagos y de Aysén que optaron por acogerse al PRSI fue del 17% durante el 2018, primer año en que se permitió a los productores acogerse a dicho régimen. Al año 2020, el 83% de cultivos en operación en las regiones de los Lagos y de Aysén decidieron acogerse al PRSI, como se aprecia en el Gráfico N°1.

Gráfico N°1: Proporción de Regímenes de Densidad en Centros de Cultivo de las regiones de los Lagos y de Aysén.



Fuente: Elaboración propia con información de Subpesca.

71. De esta forma, es evidente que la respuesta de los actores de la industria nacional a las últimas modificaciones regulatorias fue, en su gran mayoría, la de optar por el PRSI en desmedro del régimen de densidad de cultivo.
72. Ahora bien, como se ha venido señalando, la mera aplicación de modificaciones o la implementación de regulaciones por parte de la autoridad que puedan restringir

a ciertos actores de una determinada industria no es por sí misma reprochable en sede de libre competencia, en especial cuando estas modificaciones persiguen intereses de política pública legítimos como aquellos que busca cumplir esta Fiscalía en el ejercicio de sus atribuciones legales conforme al DL 211.

73. En atención a lo anterior, se analiza a continuación la gravedad o magnitud de la restricción denunciada, identificando al conjunto de actores que podrían verse perjudicados por estas modificaciones normativas, así como también el mecanismo específico por el cual se verían perjudicados. Luego, se determina si el eventual perjuicio sufrido por estos actores puede traducirse en una afectación del proceso competitivo del mercado.
74. Con respecto al primer punto enunciado, esta División pudo determinar que las modificaciones controvertidas, especialmente la Resolución 3224, podrían restringir temporalmente la capacidad competitiva de aquellos productores que no pueden optar por el PRSI⁶⁸, es decir, de actores que poseen su futura producción sembrada en concesiones arrendadas a otros titulares y que no han obtenido autorización del titular para acogerse al régimen PRSI o que, por alguna razón, no tienen historial productivo del período inmediatamente anterior⁶⁹.
75. Esta afectación viene dada por la imposibilidad de optar por el PRSI, pues uno de los requisitos para ello es estar en posesión de un “historial productivo”, vale decir, haber cosechado en un determinado centro de cultivo en el periodo inmediatamente anterior, para así poder reducir producción en el periodo siguiente.
76. De acuerdo con la normativa, el historial productivo le pertenecería a la concesión, es decir, a su titular y no a su arrendatario. Por ende, los arrendatarios se ven incentivados a recurrir alguna de las siguientes opciones: (i) renegociar el arriendo de dicha concesión para obtener la autorización del titular para optar por el régimen de PRSI⁷⁰, lo que podría tener aparejado un costo adicional; o (ii) adquirir una concesión en desuso o utilizar una propia que esté en esa condición, teniendo que operar, al menos en el primer periodo productivo, con costos medios mayores⁷¹.
77. Ambas opciones pueden dejar, en mayor o menor medida, en desventaja al productor que arrienda en comparación con aquellos que operan en concesiones en calidad de titulares. Atendida la duración de un período productivo, se estima que esta situación afectaría al arrendatario por al menos 1,5 a 2 años.
78. De este modo, podemos concluir que, para las dos clases de productores descritos que se podrían ver afectados, la normativa y sus modificaciones tienen el potencial de dejarlos en una situación de desventaja en comparación con sus competidores, sin existir necesariamente por parte de estos un comportamiento individual deficiente en los aspectos sanitarios y/o ambientales.

⁶⁸ En tomas de declaración, diferentes productores de las regiones de Los Lagos y Aysén manifestaron observaciones sobre últimas modificaciones introducidas por Subpesca a los regímenes de densidad de cultivo, indicando que estas afectaban su capacidad de competir en el mercado, pues les impedían aumentar su producción y aumentaban sus costos al punto de obligarlos a producir a pérdida durante, al menos, un ciclo productivo completo (entre 1 y 2 años).

⁶⁹ En general, también se pueden ver afectados los productores que hayan tenido capacidad ociosa al momento en que se implementó la regulación, pues aumentar su producción al máximo que permite su concesión será más costoso si se compara con lo que habrían tenido que desembolsar antes de las nuevas restricciones. Lo anterior sería efectivo para cualquier régimen al que se encuentre sujeto el productor. En efecto, en el régimen de densidad se restringe a través de la ponderación del elemento productivo y en el PRSI mediante la reducción que implica su adopción. En cualquier caso, de los antecedentes recabados durante la investigación, no fue posible identificar actores que cumplan con este perfil.

⁷⁰ Dictamen N° 922-20 de la Contraloría General de la República.

⁷¹ Toma de declaración Caleta Bay de fecha 22 de junio de 2020.

79. No obstante lo anterior, esta División observa que solamente una pequeña fracción de la producción total estaría, eventualmente, siendo afectada. Las mayores alteraciones que podrían provocarse producto de los aspectos normativos denunciados afectarían a aquellos productores que poseen producción sembrada en centros de cultivos de concesiones arrendadas, los cuales, según datos reportados por Subpesca, representarían menos del 10% de las concesiones de las regiones de Los Lagos y Aysén⁷².
80. Por lo tanto, si bien es efectivo que se producen diferencias temporales en los costos de producción entre aquellos productores que operan como titulares y los que operan como arrendatarios de concesiones, estas afectan sólo a un porcentaje menor de los productores de salmónes, los que, según se mencionó *supra*, participan en una industria nacional desconcentrada e inserta en un mercado internacional de producción y comercialización de salmónidos, por lo que dichas distorsiones no tienen la capacidad de afectar en forma significativa la intensidad y dinámica competitiva del mercado en su conjunto y, por ende, de distorsionar el proceso competitivo⁷³.
81. A mayor abundamiento, tal y como se indicó en la sección IV. *supra*, el mercado del salmón es de carácter mundial, teniendo los productores chilenos una participación de aproximadamente un 25%⁷⁴, lo que no les permitiría, por ejemplo, aumentar el precio de este producto de forma sostenida, significativa y rentable. Además, debe considerarse que el salmón, prácticamente en su totalidad, es un producto de exportación. En efecto, menos del 5% de la producción total de salmónidos se comercializa en Chile. De esta forma, las eventuales distorsiones que podrían causar las modificaciones cuestionadas serían menos graves que si fueran aplicadas en un mercado concentrado, oligopólico o que no enfrente presión competitiva.
82. En el mismo orden de ideas, se observa que, contrario a lo que se podría esperar de la imposición de restricciones a la producción atendidas las modificaciones cuestionadas, esto es, que se produjera una caída de la producción local agregada total de salmónidos, la cosecha total de esta especie en Chile ha aumentado con una variación anual promedio de 10% en los últimos 4 años, pasando de 855 mil toneladas a 1.043 toneladas en 2020⁷⁵, lo que reafirma que el efecto sobre la producción total sería bastante acotado.
83. Por último, debe tenerse presente que la restricción no sería infranqueable, ya que parte o la totalidad de los productores afectados pueden ya haber obtenido, o estar en condiciones de obtener, la autorización del titular correspondiente para poder optar por el PRSI. En el mismo sentido, se observó que la totalidad de estos productores eventualmente afectados por la normativa son titulares de concesiones

⁷² Este cálculo corresponde a una estimación basada en la información reportada por Subpesca consistente en la nómina de concesiones y sus respectivos titulares. En particular, se observó que para el universo de concesiones activas en un determinado periodo en dichas regiones, sólo el 9,7% de las concesiones reportaron un operador distinto al titular de dicha concesión. Es relevante acotar que esto no considera las concesiones ubicadas en la Región de Magallanes, las cuales no están afectas por estas modificaciones normativas, pero que sí contribuyen crecientemente a la producción nacional de salmónidos.

⁷³ A mayor abundamiento, en el caso de las concesiones arrendadas que no tienen autorización del titular, este último siempre está facultado para hacer uso del historial productivo de una determinada concesión y, por lo tanto, permitir al arrendatario continuar su operación mediante el régimen de densidad o de PRSI, o hacerlo por su propia cuenta. De esta forma, no existiría un riesgo significativo de que la producción total de la industria se vea afectada más allá de las limitaciones propias buscadas por las modificaciones normativas llevadas a cabo por la autoridad sectorial. En la misma línea, ver, por ejemplo, Proposición Normativa N°12 del H. TDLC, disponible en: <https://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Proposicion_12_2011.pdf>.

⁷⁴ 26% de las cosechas de salmónidos globales a 2018, según estadísticas del Consejo del Salmón, basadas en datos de FAO, disponible en: [<https://www.consejodelsalmon.cl/informacion-de-la-industria/principales-datos-de-la-industria/>]

⁷⁵ Ibid.

en descanso o desuso a las que podrían recurrir en caso de que los titulares de las concesiones que arriendan no renueven o renegocien su arriendo en términos desfavorables para el arrendatario⁷⁶.

84. Ahora bien, y sin perjuicio de las consideraciones anteriores, esta División exploró los intereses de la política pública que la autoridad sectorial tuvo a la vista al momento de dictar las modificaciones controvertidas, con el objetivo de evaluar si los cambios implementados tenían o no una justificación razonable dentro de dicho marco de análisis.
85. En tal sentido, durante la etapa de admisibilidad de la denuncia, Subpesca señaló que las modificaciones cuestionadas tuvieron por finalidad resguardar el patrimonio sanitario para el desarrollo sustentable de la actividad de acuicultura⁷⁷. En línea con ello, las medidas adoptadas por Subpesca estarían encaminadas a reducir la producción por parte de los centros de cultivo, cuestión necesaria para prevenir el hacinamiento en las estructuras de cultivo donde ingresan los salmones, para así evitar la aparición de enfermedades y asegurar que las condiciones ambientales no se vean afectadas en el largo plazo⁷⁸.
86. En efecto, tanto el régimen de densidad de cultivo como la medida alternativa y voluntaria de PRSI se justifican en atención al objetivo general de la LGPA⁷⁹ mediante la aplicación de un enfoque precautorio, por cuanto ataca un factor de riesgo, reconocido empíricamente como causante de la aparición y diseminación de enfermedades en los salmones, lo que puede tener catastróficas consecuencias como la historia de la industria enseña⁸⁰.
87. Sin ir más lejos, el origen de la regulación de la densidad de cultivo se encuentra en la crisis sanitaria, ambiental y económica, provocada por la anemia infecciosa del salmón "ISA" ocurrida el año 2007 en el sur del país, cuya rápida diseminación se produjo, entre otras causas, por las altas densidades de cultivo⁸¹ que se observaban en las concesiones de la época.
88. Producto de lo anterior, el año 2010 se publicó la Ley N° 20.434 que incorporó el artículo 86 bis de la LGPA, ya citado reiteradamente, respecto del cual se explicitó en la Historia de la Ley que su fundamento era el control de enfermedades, ya que *"mientras más peces (volumen) exista por balsas jaulas, más se estresan, creando condiciones favorables para que se enfermen o aparezcan brotes epidémicos"*⁸².
89. En consecuencia, tanto la Resolución 3224 como el PRSI y sus modificaciones no se apartan de los objetivos de política pública expresados por el legislador, puesto que precisamente buscan controlar un factor de riesgo para la industria salmonera mediante la disminución del número máximo de peces a ingresar en los centros de

⁷⁶ Respuesta de Subpesca a Oficio Ord. N° 1157, de fecha 26 de junio de 2020.

⁷⁷ Toma de declaración Subpesca de fecha 11 de enero de 2019.

⁷⁸ Respuesta de Subpesca a Oficio Ord. N° 0811, de fecha 17 de julio de 2019.

⁷⁹ Artículo 1° B, LGPA. El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos.

⁸⁰ Al respecto, puede consultarse la literatura especializada en la materia. Por ejemplo, véase: [disponible en: https://www.globalseafood.org/wp-content/uploads/2015/02/GAA_ISA-Report.pdf]

⁸¹ A. Carreño, Impactos del virus ISA en Chile, 2010 [disponible en https://www.terram.cl/download/recursos_naturales/salmonicultura/adce_-_ analisis_de_coyuntura_economica/ADCE-55-Impactos-del-virus-ISA-en-Chile.pdf]. En el mismo sentido, véase "The Recovery of the Chilean Salmon Industry. The ISA crisis and its consequences and lessons, 2012. [disponible en: https://www.globalseafood.org/wp-content/uploads/2015/02/GAA_ISA-Report.pdf]

⁸² Historia de la Ley N° 20.434, p.53 [disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4810/HLD_4810_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf]

cultivo, lo que naturalmente implicará un aumento general de costos para los productores.

90. Por todo lo anteriormente indicado, se recomienda al señor Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de la presente Investigación.

VII. CONCLUSIONES

91. De acuerdo con los antecedentes recabados durante la Investigación y que se tuvieron a la vista para elaborar el presente Informe, no es posible afirmar que los actos de Subpesca y del MINECON tengan la capacidad de afectar la dinámica competitiva de la industria.
92. En efecto, el universo de productores afectados, las condiciones de entrada y las características estructurales del mercado, junto con las justificaciones de política pública tenidas a la vista por las autoridades sectoriales pertinentes, son factores que tornan improbable que las modificaciones controvertidas generen riesgos significativos para la libre competencia que ameriten continuar con la Investigación.
93. Por consiguiente, atendido lo expuesto en este Informe y considerando que el mandato legal de esta Fiscalía se traduce en defender el proceso competitivo y no a competidores particulares⁸³, se recomienda al señor Fiscal, salvo su mejor parecer, archivar la Investigación.
94. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una nueva investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten, y del derecho del denunciante de interponer acciones ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o en la sede que estime pertinente.

Saluda atentamente a usted,

GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

ECG

⁸³ Al respecto, véase: Sentencia N° 138/2014, del H. TDLC, considerando decimonoveno; Epic Games, Inc. v. Apple Inc. - No. 4:20-cv-05640-YGR, 2021 U.S. Dist. LEXIS 172303 (N.D. Cal. Sep. 10, 2021); Brown Shoe v. US, 370 US 294 (1962)