

Santiago, treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

A. Demanda relativa al diseño de Bases de la Subasta de la Cuota de Licencias Transables de Pesca Clase B Pesquería Sardina Común V – X Región.

1. El 14 de noviembre de 2018, a fojas 23, la Sociedad Nacional de Pesca F.G. (“Sonapesca”) actuando por sí y en representación de Camanchaca Pesca Sur S.A. y Blumar S.A. dedujo demanda en contra de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (“Subpesca”) y le acusan de haber infringido el artículo 3º y 4º del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) en el diseño de las Bases de la Subasta de la Cuota de Licencias Transables de Pesca Clase B Pesquería Sardina Común V – X Región, contenidas en la Resolución Exenta N° 3162 de 19 de noviembre de 2015, publicadas el 23 de noviembre de 2015 (“las Bases de Sardina”). En específico, indican que la infracción radicaría en que en las Bases de Sardina se *reservó en forma ilegal, arbitraria y de manera totalmente anticompetitiva, un 40% de la cuota de los recursos a licitar en dicha licitación exclusivamente para Empresas de Menor Tamaño (“EMT”)*, con lo cual la Subpesca habría creado una barrera artificial de entrada al mercado de la licitación. Dicha demanda fue corregida a fojas 64, en virtud de lo ordenado por el Tribunal a fojas 63. Sonapesca fundamenta su acusación en las siguientes consideraciones:

1.1 En primer lugar y como antecedentes preliminares, indica que la actividad pesquera en Chile contempla la existencia de derechos pesqueros, entre los cuales destacan las denominadas Licencias Transables de Pesca (“LTP”) las que fueron introducidas por la Ley N° 20.657 o Ley General de Pesca y Acuicultura (“LGPA”). Estos derechos consisten en *autorizaciones cedibles y divisibles que permiten a su titular realizar actividades extractivas, sobre una determinada cuota de un recurso pesquero, con unas artes de pesca determinadas, en un área específica y, todo ello, por una duración definida*. Dentro de estas licencias es posible distinguir aquellas clase A y aquellas clase B. Las primeras provienen de las autorizaciones pesqueras anteriores y recaen en pesquerías de plena explotación; tienen duración de 20 años, renovable; y están afectas al pago de un impuesto específico. Las LTP Clase B, objeto de la presente demanda, son aquellas que resultan de un proceso de pública subasta o licitación, regulado en el artículo 27 de la Ley de Pesca; tienen un plazo de duración de 20 años no renovables y sus titulares no están afectos al pago de un impuesto específico, sin perjuicio de tener que pagar el precio al cual se adjudicaron la licencia en la subasta respectiva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.2 Luego, expone que las LTP fueron el resultado de un proceso regulatorio en el cual este Tribunal participó a través de la Proposición N° 12, dictada el año 2011. Agrega que, en dicha Proposición, el Tribunal recomendó que los derechos de pesca tuvieran duración indefinida o fuesen de larga duración, con la posibilidad de ser transados en un mercado con mínimos costos de transacción. Indica que, en específico, el Tribunal señaló que *“para mejorar la transferibilidad de las cuotas individuales este Tribunal estima que se requiere, al menos, que no se establezcan restricciones respecto de quienes estarán habilitados para ser titulares de cuotas (...)”* (párrafo 166).

1.3 En relación con la regulación de las LTP clase B, expone que ésta se encuentra contenida en el artículo 27 de la LGPA. Al respecto, señala que dicha norma dispone que, cuando se alcanzan determinados niveles de rendimiento en una pesquería específica, se debe licitar hasta el 15% de la correspondiente cuota industrial. Los derechos allí licitados corresponden a las LTP Clase B y, en consecuencia, las LTP Clase A decrecen en el coeficiente de participación que se licita. Indica también que el artículo 27 de la LGPA establece que un Reglamento deberá fijar los procedimientos de las subastas *y el establecimiento de los cortes de los derechos a subastar que permita un adecuado acceso a la actividad pesquera extractiva de que se trate incluyendo a las empresas pequeñas y medianas de conformidad con la definición de la ley N° 20.416 (...)*. La demandante concluye de esta norma que el legislador le encomendó a la administración velar porque todos los potenciales interesados, incluyendo empresas pequeñas y medianas, puedan participar de las subastas.

1.4 El reglamento que regula las subastas que se menciona en el párrafo anterior, fue dictado por medio de Decreto Supremo N° 103 de 22 de julio de 2015, publicado el 21 de octubre del mismo año (“Reglamento 103”). En relación con él, Sonapesca señala que, junto con fijar las condiciones generales de las licitaciones de LTP Clase B, dispone que en las bases administrativas de cada subasta *“se deberá reservar una cantidad de lotes para adjudicarse exclusivamente entre empresas que califiquen como pequeñas y medianas de conformidad con la Ley N° 20.416”* (artículo 5°). Agregan que, en concordancia con dicha norma, el artículo 4° excluye de la participación en estos “lotes reservados” a todas las demás empresas que no califiquen como pequeña o mediana de conformidad con la legislación citada. Por último, la demandante indica que la restricción establecida en el Reglamento 103 *“afectará la competencia de la licitación según la medida de la exclusión, decisión que recae en Subpesca”*.

1.5 Sonapesca sostiene que la restricción indicada en el párrafo anterior no se ajusta con lo mandatado por el legislador, quien buscó la participación de todos los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interesados. Al respecto, exponen que el Mensaje Presidencial de la LGPA es claro en señalar que el objetivo buscado fue garantizar a las EMT su participación en las subastas a través de cortes o lotes apropiados. De esta forma, arguyen que lo que se buscaba no era garantizar a las EMT una cuota de la licitación a través de un lote reservado sino el establecimiento de lotes lo suficientemente pequeños para que estas empresas puedan participar competitivamente. Agrega que durante la discusión parlamentaria de la LGPA se presentaron indicaciones para reservar en forma exclusiva un 10% de las cuotas subastadas a las EMT, indicaciones que fueron rechazadas o declaradas inadmisibles. Concluye de lo anterior que el artículo 27 de la LGPA mandató a la administración para que *velara para que todos los potenciales interesados, sin exclusión e incluyendo a las Empresas de Menor Tamaño, puedan participar en forma competitiva en las subastas, proscribiendo la exclusión de determinados interesados.*

1.6 A su vez, agregan que Subpesca ha actuado de forma arbitraria, *obrando de manera radicalmente distinta en un caso sustancialmente idéntico.* Argumentan que, en efecto, el Reglamento de los Permisos Extraordinarios de Pesca o “PEP”, contenido en el Decreto Supremo N° 117/2015, con el mismo mandato legal que regula las subastas de las LTP Clase B, dispone que las bases administrativas deben contener al menos dos lotes no superiores al 1% del total a licitar, sin contemplar reserva de lotes exclusivos para EMT. Con esta disposición se buscaría que los armadores medianos y pequeños puedan participar competitivamente de la licitación, en armonía con el D.L. N° 211.

1.7 Luego, Sonapesca sostiene que es la propia Administración la que debe modificar el Reglamento 103 en aquello que resulta arbitrario y se aleja del D.L. N° 211, pero afirma que, mientras lo anterior no ocurra, es un cuerpo normativo que debe cumplirse al momento de diseñar las Bases de Licitación de LTP Clase B. Agrega que, de todas formas, al diseñar las bases de licitación Subpesca no debe solo someterse a lo señalado en el Reglamento 103 sino que también a la legislación vigente, incluyendo el derecho que regula la libre competencia. En efecto, indica que Subpesca tiene el *deber jurídico de adecuar su actuación y su marco de discrecionalidad a las exigencias de la Libre Competencia.*

1.8 La demandante arguye que, a pesar de lo anterior, Subpesca afectó la libre competencia a través del diseño de las Bases de Sardina, al reservar un 40% de los derechos a licitar a las EMT, excluyendo de dicho porcentaje a todos quienes no cumplieran con dicha calidad. Para graficar el detalle de la exclusión que alega, indica que los derechos a licitar se dividieron en 52 lotes y se reservaron los primeros 30 en forma exclusiva a las EMT, los que representaban el 40% del total de las toneladas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitadas. Los 22 lotes restantes, representativos del 60% de las toneladas licitadas, se ofrecieron a todo interesado.

1.9 La demandante agrega que sus representadas ofrecieron en la licitación un precio competitivo por los lotes libre oferente y que su oferta económica fue *muy superior* al precio promedio al que se adjudicaron los lotes reservados a EMT. En este sentido señala que los lotes reservados a EMT se adjudicaron a un precio promedio de 2,1 UTM, mientras que los lotes ofrecidos a todo oferente se adjudicaron a un precio promedio de 3,1 UTM, aproximadamente.

1.10 En cuanto a quiénes se extiende la exclusión que acusa, Sonapesca indica que califican como EMT aquellas entidades que, durante el año calendario anterior a la licitación —el 2014—tuvieron ingresos inferiores a las UF 100.000, circunstancia que se acredita a través de una copia notarial de las declaraciones de IVA (Impuesto al Valor Agregado) efectuadas al Servicio de Impuestos Internos para el año calendario específico. En razón de lo anterior, arguye que esta restricción no beneficiaría a los pequeños armadores que carecen de personalidad jurídica y, en consecuencia, de declaraciones de IVA. Agrega que tampoco operaría para tripulantes de pesca que quieran emprender, por la misma razón antes indicada. Añade que esta restricción es absoluta y afecta tanto a empresas incumbentes como a potenciales entrantes que no cumplan con la calidad de EMT. Concluye de todo esto que el diseño de las Bases de Sardina impidió el ingreso de un competidor efectivo, *esto es de un actor o agente económico con las capacidades económicas y técnicas para poder desafiar posiciones competitivas de los incumbentes* (página 25 de la demanda). Señala que prueba de lo anterior es que a la licitación de la sardina no ingresó ningún nuevo actor.

1.11 Sonapesca agrega que los lotes reservados a EMT no dicen relación con ningún beneficio para el sector artesanal, ya que los derechos licitados corresponden a una parte de la cuota industrial que solo pueden ser explotados dando cumplimiento a las normas que regulan el sector industrial.

1.12 Indica que la exclusión opera entonces a favor de empresas o personas que no tienen interés en participar de la actividad extractiva, operando como especuladores o rentistas. Fundamenta que, en razón de ello, muchos los adjudicatarios de estos lotes reservados cedieron la totalidad de las licencias pocos meses después de la subasta o bien las entregaron en arriendo. Lo anterior solo aumenta los costos de la actividad, disminuyendo las eficiencias productivas.

1.13 En cuanto al mercado relevante en el que incide la conducta acusada, Sonapesca señala que, atendido que la restricción se encuentra en el diseño y texto de las Bases de Sardina, ella afecta la competencia en la licitación y, por ende, *la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia debe analizarse en el mercado de la licitación misma. Al respecto, afirma que los derechos licitados a través de las Bases de Sardina son esenciales para desarrollar la actividad extractiva industrial de la sardina y que dichos derechos no son replicables por otros derechos.

1.14 Agrega que por medio de las Bases de Sardina se licitó el 100% de las LTP Clase B existentes en los próximos 20 años, ya que los derechos licitados corresponden al porcentaje máximo de la cuota industrial de la sardina común susceptible de ser licitada. Indica que las LTP Clase A no son sustitutas de las LTP Clase B, atendido que presentan importantes diferencias: (i) las LTP Clase A son esencialmente renovables, mientras que las LTP Clase B no pueden ser renovadas; (ii) las LTP Clase A pagan un impuesto específico, mientras que las LTP Clase B pagan el precio al cual fueron adjudicadas, en anualidades, durante el tiempo de su vigencia, el que *puede ser varias veces superiores al de las LTP A de la misma pesquería*; y (iii) las LTP Clase A autorizan a extraer el recurso o fauna objetivo (en este caso la sardina común), determinando también la fauna acompañante que puede extraerse en virtud de lo señalado en el artículo 32 de la LGPA; mientras que las LTP Clase B solo autorizan a extraer la fauna objetivo sin determinar cuál es su fauna acompañante, sin perjuicio de que esta cuestión puede ser determinada por la Subpesca.

1.15 En cuanto a los efectos en la competencia, Sonapesca indica que el diseño de las Bases de Sardina ha creado una importante barrera de entrada al mercado de la licitación, atendido que se excluyó a los que no califican de EMT del 40% de la licitación. Ejemplifica la barrera anterior señalando que los lotes sin restricción de oferente se adjudicaron a un precio 50% mayor al que se adjudicaron las licencias en los lotes reservados a EMT. Expone que esta barrera de entrada afectó la asignación eficiente de los derechos, ya que los lotes reservados a EMT *no fueron asignados a quienes más los valoran, sino que en quienes se vieron beneficiados por una exclusión arbitraria* (página 35 de la demanda). Agrega que la exclusión realizada por Subpesca produce una diferenciación arbitraria y anticompetitiva en el costo de las LTP Clase B que se extenderá por el plazo de 20 años. Fundamenta lo anterior en que *quienes se adjudican LTP Clase B reservadas para EMT no solo gozan de una posición aventajada en la licitación, sino que adquieren derechos que le otorgan una ventaja competitiva arbitraria e injustificada respecto de todas las demás personas que participen de la actividad extractiva*. Por último, indica que las conductas que acusa aumentan los costos de operación que se reflejan en mayores precios a los consumidores y en una pérdida fiscal.

1.16 Añade a lo anterior que los efectos anticompetitivos de las conductas acusadas no se subsanan con la transferencia de las LTP Clase B, atendido que los efectos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la distorsión durarán toda la vigencia de la licencia y que la reasignación de licencias tiene altos costos de transacción –afecta la determinación del impuesto específico que grava las LTP Clase A y el pago de patente de las naves asociadas a la licencia, además de la existencia de asimetrías de información y falta de transparencia—, lo que genera importantes ineficiencias asignativas.

1.17 En razón de todo lo anterior, Sonapesca solicita que el Tribunal:

- 1) Declare que Subpesca ha infringido el D.L. N° 211, al haber dispuesto reservar un 40% de los derechos a subastar sólo a Empresas de Menor Tamaño, en las Bases de Sardina;
- 2) Imponga las máximas multas que resulten aplicables o las que determine conforme al mérito del proceso, de conformidad con el artículo 26 del D.L. N° 211;
- 3) Disponga como medida preventiva, correctiva y prohibitiva, que en las futuras licitaciones de LTP Clase B realizadas conforme al artículo 27 de la LGPA, la Subpesca sólo pueda reservar lotes exclusivos para Empresas de Menor Tamaño en no más del porcentaje que este Tribunal determine, conforme al mérito del proceso y los criterios de libre competencia que resulten aplicables; y
- 4) Todo lo anterior con expresa condena en costas.

B. Demanda relativa al diseño de Bases de la Subasta de la Cuota de Licencias Transables de Pesca Clase B Pesquería Jurel XV–II, III–IV, V–IX, XIV–X Regiones.

2. El 14 de noviembre de 2018, a fojas 175, Sonapesca, actuando por sí y en representación de Camanchaca Pesca Sur S.A. y Blumar S.A. dedujo demanda en contra de la Subpesca, acusándole de haber infringido el artículo 3° y 4° del D.L. N° 211 en el diseño de las Bases de la Subasta de la Cuota Licencias Transables de Pesca Clase B Pesquería Jurel XV – II, III – IV, V – IX, XIV – X Regiones, contenidas en la Resolución Exenta N° 3944 de 27 de noviembre de 2017, publicadas el 29 de noviembre de 2017 (“Bases de Jurel”). En específico, indican que la infracción radicaría en que en las Bases de Jurel se *reservó en forma ilegal, arbitraria y de manera totalmente anticompetitiva, un 60% de la cuota de los recursos a licitar en dicha licitación exclusivamente para Empresas de Menor Tamaño* (“EMT”), con lo cual la Subpesca habría creado una barrera artificial de entrada al mercado de la licitación. Dicha demanda fue corregida a fojas 217, en virtud de lo ordenado por el Tribunal a fojas 216. Esta demanda fue ingresada bajo el Rol C N° 365-18 y se acumuló a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presente causa mediante resolución de 12 de marzo de 2019, que rola a fojas 133. Sonapesca fundamenta su acusación en las siguientes consideraciones:

2.1. Al igual que en la demanda de las Bases de Sardina, Sonapesca comienza indicando la regulación de las LTP y sus principales características, agregando el rol que, a su juicio, tuvo el Tribunal a través de la Proposición N° 12/2011. Luego, describe la regulación de las subastas de LTP clase B, exponiendo los problemas competitivos que generaría el Reglamento 103, también descrito anteriormente.

2.2. En relación con las Bases de Jurel, Sonapesca sostiene, al igual que en la demanda descrita anteriormente, que la demandada infringió los artículos 3° y 4° del D.L. N° 211 al excluir en un 60% del total de derechos a licitar a todo aquel que no tenga la calidad de EMT. Para explicar la forma en la que se habría concretado la acusación realizada, Sonapesca indica que la pesquería del jurel se encuentra dividida en cuatro macrozonas distintas, existiendo una subasta para cada macrozona. Luego, agrega que sus representadas ofrecieron un precio competitivo en la licitación por los lotes ofrecidos a todos los interesados y que su oferta económica fue en *gran medida superior al precio promedio* al que se adjudicaron los lotes reservados a EMT.

2.3. Luego, al igual que en la demanda contra las Bases de la Sardina, Sonapesca señala quiénes califican como EMT y fundamenta, en los mismos términos, por qué el diseño de las bases sería exclusorio, concluyendo que el mismo carece de lógica competitiva y afecta incluso a nuevos entrantes. Ejemplifica lo anterior con una respuesta dada por Subpesca en el marco de las rondas de preguntas y respuestas realizadas durante la licitación. En ella, un pequeño armador artesanal pregunta si puede postular a los lotes reservados a EMT pese a no tener declaraciones de IVA del año anterior, por ser una empresa nueva. La Subpesca responde indicando que para postular a esos lotes debe necesariamente acreditar ventas por el año tributario anterior. Agrega como prueba de la exclusión efectuada por las Bases del Jurel que a esa licitación no ingresó ningún nuevo actor.

2.4. En cuanto al mercado relevante en el que incide la conducta acusada, Sonapesca señala que, atendido que la restricción se encuentra en el diseño y texto de las Bases del Jurel, *la competencia debe analizarse en el mercado de la licitación misma*. Añade que los derechos licitados a través de las Bases del Jurel son esenciales para desarrollar la actividad extractiva industrial de jurel, y que éstos no son replicables por otros derechos. En efecto, al igual que en la demanda contra el diseño de las Bases de la Sardina, Sonapesca indica que por medio de las Bases del Jurel se licitó el 100% de las LTP Clase B existentes en los próximos 20 años, ya que los derechos licitados corresponden al porcentaje máximo de la cuota industrial del jurel

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

susceptible de ser licitada. Indica que las LTP Clase A no son sustitutos de las LTP Clase B, atendida las mismas razones presentadas en la demanda descrita en el título anterior.

2.5. En cuanto a los efectos en la competencia, Sonapesca reitera los mismos argumentos indicados en la demanda contra el diseño de las Bases de la Sardina, indicando que el diseño de las Bases del Jurel ha creado una importante barrera de entrada al mercado de la licitación, atendido que se excluyó a los que no califican de EMT del 60% de la licitación. Ejemplifica la barrera anterior señalando que los lotes sin restricción de oferente se adjudicaron a un precio 40% mayor al que se adjudicaron las licencias en los lotes reservados a EMT.

2.6. En razón de todo lo anterior, Sonapesca solicita que el Tribunal:

- 1) Declare que Subpesca ha infringido el D.L. N° 211, al haber dispuesto reservar un 60% de los derechos a subastar sólo a Empresas de Menor Tamaño, en las Bases del Jurel;
- 2) Imponga las máximas multas que resulten aplicables o las que determine conforme al mérito del proceso, de conformidad con el artículo 26 del D.L. N° 211;
- 3) Disponga como medida preventiva, correctiva y prohibitiva, que en las futuras licitaciones de LTP Clase B realizadas conforme al artículo 27 de la LGPA, la Subpesca sólo pueda reservar lotes exclusivos para Empresas de Menor Tamaño en no más del porcentaje que este Tribunal determine, conforme al mérito del proceso y los criterios de libre competencia que resulten aplicables; y,
- 4) Todo lo anterior con expresa condena en costas.

C. Demanda relativa al diseño de Bases de de las subastas de: (i) Congrio Dorado en su unidad de pesquería entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (ii) Congrio Dorado en su unidad de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (iii) Merluza del Sur en su unidad de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (iv) Merluza del Sur en su unidad de pesquería entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (v) Merluza Común en su unidad de pesquería entre Coquimbo al paralelo 41° 28,6' L.S; y (vi) Anchoqueta en su unidad de pesquería comprendida entre las regiones de Arica y Parinacota a Antofagasta

3. El 7 de diciembre de 2018, a fojas 424, la Sonapesca, actuando por sí y en representación de Camanchaca Pesca Sur S.A., Deris S.A., Alimentos Marinos S.A., Pesquera Isla Quihua S.A., Corpesca S.A., Pesquera Grimar S.A. y Pesquera Sur

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Austral S.A. dedujo demanda en contra de la Subpesca, acusándole haber infringido el artículo 3º y 4º del D.L. N° 211 en el diseño de las Bases de las subastas de: (i) Congrio Dorado en su unidad de pesquería entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (ii) Congrio Dorado en su unidad de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (iii) Merluza del Sur en su unidad de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (iv) Merluza del Sur en su unidad de pesquería entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (v) Merluza Común en su unidad de pesquería entre Coquimbo al paralelo 41° 28,6' L.S; y (vi) Anchoqueta en su unidad de pesquería comprendida entre las regiones de Arica y Parinacota a Antofagasta, contenidas respectivamente en las Resoluciones Exentas N° 4145, 4146, 4148, 4149, 4150 y 4151, todas de 28 de noviembre de 2018 (en adelante, las “Bases de Congrio, Merluza y Anchoqueta”). En específico indica que la infracción radicaría en que en las Bases de Congrio, Merluza y Anchoqueta se *reservó en forma ilegal, arbitraria y de manera totalmente anticompetitiva, entre un 50% y un 60% de la cuota de los recursos a licitar exclusivamente para Empresas de Menor Tamaño (“EMT”)*, con lo cual la Subpesca habría creado una barrera artificial de entrada al mercado de la licitación. Esta demanda fue corregida a fojas 478, en virtud de lo ordenado por el Tribunal a fojas 477, y fue ingresada bajo el Rol C N° 366-18, acumulándose a la presente causa mediante resolución de 12 de marzo de 2019, que rola a fojas 133. Sonapesca fundamenta su acusación en las siguientes consideraciones:

3.1. Al igual que en las demandas descritas en los puntos 1 y 2, Sonapesca comienza indicando la regulación de las LTP y sus principales características, agregando el rol que tuvo el Tribunal a través de la Proposición N° 12/2011. Luego, describe la regulación de las subastas de LTP clase B, exponiendo los problemas competitivos que generaría el Reglamento 103, también descrito anteriormente.

3.2. En relación con el diseño de las bases acusadas en esta demanda, Sonapesca sostiene, al igual que en las otras demandas, que la Subpesca infringió los artículos 3º y 4º del D.L. N° 211 al excluir a todo aquel que no tenga la calidad de EMT en un 50% del total de derechos a licitar en las bases de la unidad de pesquería de congrio dorado y merluza común; y en un 60% del total de derechos a licitar en las bases de la unidad de pesquería de merluza del sur y anchoqueta. Luego, al igual que en las demandas descritas en los puntos 1 y 2, Sonapesca señala quiénes califican como EMT y fundamenta en los mismos términos por qué el diseño de las bases sería exclusorio, concluyendo que el mismo carece de lógica competitiva y afecta incluso a nuevos entrantes.

3.3. Al respecto, señala que las Bases de Congrio, Merluza y Anchoqueta, *desincentivan el ingreso de un competidor efectivo, esto es, de un actor o agente*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

económico con las capacidades económicas y técnicas para poder desafiar posiciones competitivas de los incumbentes. Agrega que el diseño de las bases que acusa impide que un nuevo entrante no EMT pueda participar para adjudicarse una parte de los derechos a licitar que le permita alcanzar una escala mínima eficiente para competir en el mercado. Indica que lo anterior es confirmado por los informes técnicos que sustentan el diseño de las Bases de Congrio, Merluza y Anchoveta, los cuales solo consideraron como eventuales participantes de la licitación a empresas incumbentes. En efecto, en dichos informes técnicos se asimilan las EMT con el sector artesanal, *de tal modo que la reserva exclusiva para las EMT es un porcentaje equivalente al porcentaje de la cuota artesanal, beneficiando sin justificación únicamente a dicho sector.* La demandante sostiene que este razonamiento de la autoridad constituye una infracción al artículo 4° del D.L. N° 211, porque reserva *a modo de monopolio* la mitad o más de cada licitación a un grupo específico de interesados. Agrega que el razonamiento es errado porque las LTP Clase B son, por definición, derechos industriales, además de que muchos pescadores artesanales no califican como EMT.

3.4. Sonapesca indica que, como consecuencia de lo indicado en el párrafo anterior, los lotes disponibles a todo oferente no tienen una entidad suficiente para ser explotados por un nuevo entrante en forma eficiente, desincentivando el ingreso de nuevos actores a la actividad extractiva y disminuyendo la competencia potencial en el mercado afectado. Fundamenta lo anterior en el hecho que las toneladas disponibles para todo oferente son *muchísimo menor a las capturas anuales de cualquier embarcación industrial y muchas veces toda la fracción libre oferente se captura por una sola embarcación en un solo viaje de pesca.*

3.5. En cuanto al mercado relevante en el que incide la conducta acusada, Sonapesca señala que, atendido que la restricción se encuentra en el diseño y texto de las Bases de Congrio, Merluza y Anchoveta, los mercados relevantes afectados dicen relación con la competencia en cada una de las licitaciones, por lo que el análisis debe realizarse *en el mercado de la licitación misma* (página 35 de la demanda). Añade que los derechos licitados a través de las Bases de de Congrio, Merluza y Anchoveta son esenciales para desarrollar la actividad extractiva industrial de las distintas pesquerías objeto de las licitaciones acusadas, y que éstos no son replicables por otros derechos. En efecto, al igual que en las demandas descritas en los párrafos 1 y 2 anteriores, Sonapesca indica que las LTP Clase A no son sustitutas de las LTP Clase B, atendida las mismas razones presentadas en las demandas descritas en los títulos anteriores.

3.6. En cuanto a los efectos en la competencia, Sonapesca indica que, de materializarse las licitaciones en los términos establecidos en las Bases de Congrio,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Merluza y Anchoqueta, se excluirá a sus representadas del 50% o 60%, según sea el caso, de los derechos licitados, adjudicándose los lotes reservados a EMT a precios sustancialmente inferiores. Agrega que la exclusión que acusa se erige como una barrera de entrada que impedirá una asignación eficiente de los derechos licitados y que las toneladas dejadas para libre oferente desincentivan el ingreso de nuevos entrantes al mercado. Por último, reitera los efectos a la competencia descritos en las demandas señaladas en los títulos anteriores.

3.7. En razón de todo lo anterior, Sonapesca solicita que el Tribunal:

- 1) Declare que Subpesca ha infringido el D.L. N° 211, al haber dispuesto: (i) reservar un 50% de los derechos a subastar solo a EMT en las bases de la subasta de la cuota LTP Clase B de lo recusos Congrio Dorado y Merluza Común, en las unidades de pesquería indicadas; y (ii) reservar un 60% de los derechos a subastar solo a EMT en las bases de la subasta de la cuota LTP Clase B de lo recusos Merluza Austral y Anchoqueta, en las unidades de pesquería indicadas;
- 2) Imponga las máximas multas que resulten aplicables o las que determine conforme al mérito del proceso, de conformidad con el artículo 26 del D.L. N° 211;
- 3) Disponga como medida preventiva, correctiva y prohibitiva, que en las futuras licitaciones de LTP Clase B realizadas conforme al artículo 27 de la LGPA, la Subpesca sólo podrá reservar lotes exclusivos para Empresas de Menor Tamaño en no más del porcentaje que este Tribunal determine, conforme al mérito del proceso y los criterios de libre competencia que resulten aplicables; y
- 4) Todo lo anterior con expresa condena en costas.

D. Contestaciones de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura

4. A fojas 68 y 221, ambas de 18 de enero de 2019; y a fojas 490, de 29 de enero de 2019, la Subpesca contestó las demandas de autos, solicitando su expreso rechazo, con costas, atendido los siguientes fundamentos:

4.1. De conformidad con lo estipulado en el artículo 27 de la LGPA, el legislador facultó a la Subpesca a subastar hasta un 15% de las LTP clase A de una determinada unidad de pesquería, si se da la situación descrita en esa norma, creándose con ella las LTP clase B de dicha unidad de pesquería. La demandada argumenta que el objetivo perseguido con ello por el legislador fue *“abrir la concentración del mercado de los grandes conglomerados económicos, a quienes se les otorgó derechos de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pesca, cuya duración es de 20 años, renovables y que no pagaron un aporte económico de entrada por los mismos”.

4.2. Expone que la demanda estaría precluida porque las bases de licitación que objeta ya no existirían y el procedimiento, por tanto, carecería de objeto. Argumenta que, salvo en los casos de las “bases tipo”, las bases de una determinada licitación están destinadas a reglamentar dicha licitación, por lo que “*solo tienen vigencia material, personal y temporal*” respecto de la licitación que regulan. Al respecto, señala que una licitación pública es un proceso administrativo especial y que las bases de licitación son una parte inmanente de dicho procedimiento, sin que tengan existencia autónoma. A su vez, indica que dicho procedimiento concluye con la adjudicación del bien licitado, momento en el cual las bases de licitación que lo iniciaron pierden vigencia normativa, precluyendo cualquier acción contra ellas.

4.3. Señala que la acción presentada por la demandante solo podría influir en una futura licitación pública de Subpesca y que, de acogerse, no podría modificar las bases de licitación que se impugnan ni dejar sin efecto adjudicaciones ya realizadas ni transacciones celebradas en el mercado secundario. En subsidio a ello indica, que no pueden afectarse los derechos adquiridos de terceros que no son parte en este proceso atendido el efecto relativo de la sentencia. En este sentido afirma que no es posible, a partir de este procedimiento, limitar o afectar los derechos adquiridos por las adjudicatarias de las LTP Clase B licitadas en los procesos cuyas bases se impugnan. Sostener lo contrario implicaría, de acuerdo con lo que señala Subpesca, desconocer principios procesales básicos y garantías constitucionales.

4.4. Luego, la demandada hace referencia al proceso de licitación regulado por las bases impugnadas indicando que el número máximo de lotes a licitar debe promover la competencia y representar adecuadamente las expectativas de los distintos intereses. Agrega que la LGPA establece como principio rector del proceso el acceso de las EMT, por lo que las Bases deben asegurar las condiciones necesarias para la participación de nuevos entrantes, debiendo reservarse lotes de adjudicación exclusiva para micro, pequeñas y medianas empresas.

4.5. Al respecto, argumenta que en las subastas de sardina común y jurel hubo alta convocatoria, especialmente de EMT, lo cual sería un indicio de que el diseño de la subasta no inhibió la participación de cualquier tipo de oferente. Añade que en todos los casos hubo adjudicación completa y los precios promedio de adjudicación fueron entre 20 y 38 veces el precio mínimo fijado por ley, lo cual sería indicio de precios de adjudicación competitivos. Indica que los adjudicatarios EMT fueron actores nuevos en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el mercado y que los adjudicatarios del lote libre oferente poseían previamente titularidad de licencias clase A y ninguna era una EMT.

4.6. En lo que respecta a la facultad de Subpesca de reservar lotes exclusivos a EMT, expone que la misma se encuentra justificada porque el acceso de estas empresas al mercado solo se puede resguardar estableciendo una exclusividad de lotes. De otro modo no tendrían acceso a la actividad pesquera extractiva pues no podrían ofertar por lotes donde participan grandes conglomerados industriales, los que elevarían sus ofertas a cifras inalcanzables para las EMT. En ese sentido se habría pronunciado la Corte de Apelaciones de Valparaíso en un fallo confirmado por la Excma. Corte Suprema respecto de un recurso de protección en contra de bases de licitación del jurel. Añade que en la fijación de dichos lotes Subpesca tiene discrecionalidad, lo que habría sido confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción en un fallo ratificado por la Excma. Corte Suprema.

4.7. En cuanto a las bases de licitación específicas impugnadas en autos, Subpesca señala que los porcentajes fijados para los lotes de EMT responden a criterios técnicos y objetivos. Al respecto, señala que el Reglamento 103 establece que la cuota a subastar debe incluir al menos tres lotes y que ningún actor puede adjudicarse más del 40% del total a subastar. De esta forma, los parámetros utilizados por Subpesca para determinar tanto el número de lotes como la distribución para EMT y todo oferente, obedecieron a criterios técnicos y objetivos, respaldados con informes realizados al efecto.

4.8. En lo que respecta al mercado relevante, Subpesca expone que la demandante no se pronuncia expresamente acerca de cuál sería éste en cada caso. Sin perjuicio de ello, indica que la demanda es sumamente acotada respecto de este punto, motivo por el cual expresa que las características del mercado y su estructura dependen de la escala local y comercial de la actividad económica específica objeto de la licitación.

4.9. Así, la industria de la sardina común estaría conformada, además, por otros recursos pelágicos, entre los que se destacan el jurel y la anchoveta, conformando con ellos la industria de pelágicos en la zona V a X regiones. Agrega que la unidad de pesquería V-X región se encontraría conformada por armadores industriales y artesanales, plantas de proceso y comercializadoras, con un universo potencial de PYMES (sic) oferentes de 547, de conformidad con el Informe Técnico DAS N° 58/2015. Respecto de los armadores industriales, afirma que ellos suelen estar integrados verticalmente y poseen derechos sobre el 22% de la cuota global del recurso de las cuotas de sardina común, mientras que los armadores artesanales cuentan con el 78% de las cuotas de dicho recurso. Por último, expone que los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

armadores artesanales no se encuentran integrados verticalmente; sus ventas las realizan a las plantas de procesos; y añade que el 80% de la cuota artesanal de sardina común se concentra en la VIII región, donde también se concentra la capacidad productora de harina de pescado (13 de las 17 plantas de proceso en la macrozona).

4.10. En cuanto a la industria del jurel, unidades de pesquería XV-II, III-IV, V-IX y XIV-X región, expone que el número potencial de participantes es 700 empresas, de las cuales el 70% es EMT. Lo anterior, de acuerdo con el Informe Técnico DAS N° 22/2017. Señala que los armadores industriales poseen el 89% de la cuota global del recurso y que en las unidades XV-II y III-IV la concentración de los permisos es alta, con índices HHI de 7.048 y 3.505, respectivamente. En cuanto a los armadores artesanales, expone que éstos poseen el 9,3% de la cuota del recurso, no se encuentran integrados verticalmente y las ventas las realizan al sector de plantas de proceso, el cual se encuentra concentrado en cada unidad de pesquería.

4.11. En lo que respecta a la industria del congrio dorado, unidades de pesquería de paralelo 41°28,6' LS al 47° LS y 47° LS al 57° LS, indica que el número de los armadores industriales se ha mantenido estable en torno a seis participantes y que ésta sería una industria concentrada de conformidad con los índices HHI que muestra en las unidades norte y sur de la pesquería (valores de 6.768 y 4.845, respectivamente). Señala que el número de posibles interesados en participar de esta subasta sería de 237 oferentes aproximados, donde alrededor de un 80% serían EMT y un 20% todo oferente. En relación con barreras a la entrada, agrega que es una industria altamente concentrada en donde los costos de implementación e inversión ya fueron absorbidos por parte de los actuales actores. En este sentido, esta pesquería es muy atractiva para quienes ya absorbieron los costos y actualmente operan en el sector.

4.12. Respecto a la merluza del sur, unidades de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' al 47° L.S. y 47° L.S. al 57°, se señala que la fracción industrial de la cuota global representa un 40% del total, mientras que la fracción artesanal representa el 60% restante de las cuotas. Agrega que, si se analiza la titularidad de LPT Clase A, se concluye que los titulares que conforman la PDA (*sic*) (congrío dorado, merluza del sur, merluza de 3 aletas y merluza de cola) son los mismos (HHI = 4.828) y con dos empresas titulares del 98% de los permisos.

4.13. En cuanto a la merluza común, unidad de pesquería entre Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S., la demandada señala que la fracción industrial representa el 60% de la cuota remanente total, dónde existen 22 tenedores de LTP Clase A,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existiendo una alta concentración en los permisos ($HHI = 6.215$) y dónde uno de los tenedores de cuota alcanza el 78% de la titularidad. Asimismo, los armadores artesanales poseen el 40% de la cuota objetivo del recurso y no se encuentran integrados verticalmente. Agrega que la actividad artesanal relacionada a esta pesquería tiene una alta importancia para el consumo humano directo, ya que la merluza común es uno de los principales recursos perqueros consumidos por la población nacional.

4.14. Finalmente, en relación con la pesca de anchoveta, unidad de pesquería comprendida entre las regiones de Arica y Parinacota, y Antofagasta, la demandada señala que el principal proveedor es el sector industrial con cerca del 85% de la cuota total de captura de anchoveta y 70% del desembarque total de anchoveta (esta diferencia se debe a los traspasos que realiza el sector industrial al artesanal). Agrega que la cuota artesanal de anchoveta es del 15% del total. Respecto a los armadores industriales tenedores de LTP Clase A, indica que, si bien hay tres armadores en esta categoría, uno de ellos posee cerca del 80% de la cuota industrial de anchoveta, mientras que la empresa que le sigue tiene casi el 20% restante. Además, esto implica que las empresas que operan actualmente presentan bajos costos de producción respecto a nuevos entrantes a esta pesquería.

4.15. En cuanto a las barreras de entrada al mercado, indica que éstas operan a favor de las empresas demandantes y serían de tipo legales (licencias, patentes, normativas), estructurales (costos hundidos, economías de escala, ámbito y red, integraciones verticales, entre otros) y estratégicas.

4.16. Subpesca argumenta que ellos no son un agente económico que compra, vende, produce o distribuye, ya que su función es simplemente asignar recursos hidrobiológicos, sin perjuicio de que su actividad tenga repercusiones en la industria. Atendido lo anterior, afirman que no tienen poder de mercado. De este modo, señala que los actos de órganos de la Administración del Estado no deberían ser analizados del mismo modo que los abusos unilaterales de posición dominante, sino que se debe identificar los eventuales efectos anticompetitivos de la política pública y analizar si existen medidas alternativas que logren esas finalidades con menos restricciones. Si las restricciones son justificadas y necesarias, y existe proporcionalidad entre beneficios y efectos anticompetitivos, o estos son prudencialmente mitigados, no cabe calificar la conducta como anticompetitiva. En este sentido, agregan que la limitación del derecho de la competencia en las políticas públicas es la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, lo que sería superado ampliamente en las bases impugnadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.17. Concluye que el diseño de las bases impugnadas no generan riesgos para la libre competencia ni daños anticompetitivos. En subsidio, arguye que los objetivos de política pública perseguidos justifican eventuales restricciones a la competencia, existiendo una debida proporcionalidad entre ambos principios. Argumenta que, en todo caso, es la pretensión de la demandante la que genera efectos anticompetitivos pues crea barreras de entrada a las EMT junto con generar un riesgo de pérdida de excedente del consumidor.

4.18. Por último, respecto de la petición subsidiaria efectuada por la demandante, señala que ésta sería improcedente porque desplazaría facultades legales y reglamentarias, propias de Subpesca, al Tribunal, a través de un procedimiento que no lo permite.

4.19. Atendido todo lo anterior, Subpesca solicita que se rechace la demanda, con costas.

E. Tercería de Servicios Industriales Lo Rojas Ltda.

5. A fojas 645, el 1° de febrero de 2019, Servicios Industriales Lo Rojas Ltda. (“Lo Rojas”) solicitó en autos ser considerado como tercero coadyuvante de Subpesca, atendido los siguientes fundamentos:

5.1. En primer lugar, Lo Rojas afirma ser una EMT que ha participado de licitaciones de LTP Clase B, entre ellas, la subasta impugnada del recurso anchoveta. Indica que en dicha subasta se adjudicó diversos lotes de aquellos reservados exclusivamente a EMT, por lo que es titular de LTP Clase B de anchoveta en su unidad de pesquería comprendida entre las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta.

5.2. En cuanto a las demandas de autos, señala que éstas son un medio utilizado por el sector industrial para mantener, perpetuar y consolidar una posición dominante en el mercado. Indica que el actuar de Subpesca se encuentra dentro del marco legal que le otorga la LGPA y el Reglamento 103, el que señala que el diseño de subastas debe comprender cortes o lotes apropiados a fin de garantizar que las pequeñas empresas puedan participar. Expone que, de no mediar esta reserva, las empresas de menor tamaño verían limitada e incluso excluida su participación en la actividad extractiva en beneficio de las grandes empresas del sector. Califica esta reserva como un mecanismo de discriminación positiva en favor de los sectores más vulnerables y de nuevos actores de la industria. Por último, agrega que el que se haya entregado una cuota a las pequeñas y medianas empresas generó una presión competitiva que elevó los precios de las licencias en pugna.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

F. Resolución que recibe la causa a prueba

6. A fojas 696, el 2 de abril de 2019, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 704 y estableció como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos:

- 1) Estructura, características y condiciones de competencia de los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2015 a la fecha.
- 2) Hechos y circunstancias que justificarían la reserva del porcentaje de la cuota de Licencias Transables de Pesca Clase B ("LTP B") a Empresas de Menor Tamaño ("EMT"), indicado en las bases de cada licitación impugnada en autos.
- 3) Efectos en la competencia de la reserva del porcentaje de la cuota de LTP B a EMT, indicado en las bases de cada licitación impugnada en autos.

G. Antecedentes Probatorios

7. Prueba documental acompañada por las partes:

7.1. Sonapesca: Información relativa a las bases de subasta que impugna en sus demandas, a saber: Decreto Supremo N° 103, de 22 de julio de 2015, del Ministerio de Economía Fomento y Turismo, que establece el Reglamento de Subasta de Licencias Transables de Pesca Clase; Resolución Exenta N° 3162 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, de 19 de noviembre de 2015, que aprueba las Bases de la Licitación de la Cuota Licencias Transables de Pesca Clase B Pesquería Sardina Común V - X Región; Acta de apertura de sobre 2 "Ofertas Económicas" y Sobre 3 "Desempates" de procedimiento de subasta de la cuota LTB Clase B Unidad Pesquería Sardina Común V-X Región, de 17 de diciembre de 2015. A fojas 1436, acompañó resoluciones exentas de adjudicación y de cesión, encontradas en el sistema online de "Registro de Licencias de Pesca".

7.2. Subpesca: A fojas 1427, acompañó copia de las ofertas económicas presentadas por cada uno de los oferentes por cada uno de los lotes en que hayan participado, de conformidad con lo exigido en el numeral 6 literal b) y 9 de las Bases, respecto de la subasta de la cuota LTB Clase B Unidad Pesquería Sardina Común V-X Región, cuyas bases se encuentran contenidas en la Resolución Exenta N° 3162, de 19 de noviembre de 2015; y copia del acta de aperturas de sobres de los antecedentes administrativos presentados en la Subasta por cada uno de los oferentes, respecto de la subasta de la cuota LTP Clase B Unidad Pesquería Jurel XIV a X Región, cuyas bases se encuentran contenidas en la Resolución Exenta N° 3914, de 27 de noviembre de 2017. A fojas 1568, acompañó diversos antecedentes relativos a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resoluciones que otorgaron las LTP Clase B de los recursos cuyas subastas son objeto de autos. A fojas 1580, acompañó diversos antecedentes relativos a las resoluciones e informes técnicos de las LTP Clase B 2019 y de los recursos cuyas subastas son objeto de autos. Por último a fojas 1700 acompañó información solicitada durante la audiencia de la vista de la causa.

8. Exhibiciones de documentos:

8.1. Sernapesca: acta de fojas 773, por solicitud de Sonapesca de fojas 748, exhibe: copia de la inscripción de personas naturales y jurídicas que indica en el Registro Nacional Pesquero Artesanal o Registro Artesanal, contemplado en el numeral 39 del art.2° de la Ley General de Pesca y Acuicultura; planillas, informes, minutas u otros documentos en donde consten los registros de desembarques anuales desde el año 2014 y hasta el año 2018, ambos inclusive, de todas y cada una de las naves industriales de las unidades de pesquerías que indica.

8.2. Subpesca: acta de fojas 777, por solicitud de Sonapesca de fojas 751, exhibe: para las pesquerías de (a) Jurel; (b) Sardina Común; (c) Anchoveta; (d) Congrio Dorado; (e) Merluza del Sur; y (f) Merluza y, según el caso, para cada una de sus respectivas unidades de pesquería, los siguientes documentos: (i) documentos donde consta el total pagado desde el año 2012 y hasta el año 2019 por los titulares de LTP Clase A por concepto del impuesto específico, contemplado en el art. 43 ter de la LGPA; (ii) documentos donde consta el valor por tonelada del impuesto específico contemplado en el art. 43 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura desde el año 2012 y hasta el año 2019; (iii) documentos donde consta el total pagado por titulares de LTP Clase B desde el año 2012 y hasta el año 2019 por precios de subastas de LTP Clase B; documentos en donde consta el total pagado la patente pesquera contemplada en art. 43 bis de la Ley General de Pesca y Acuicultura, desde el año 2012 y hasta la fecha. Acta de fojas 778, por solicitud de Sonapesca de fojas 753: exhibe diversos documentos respecto de las subastas objeto de autos. Esta exhibición fue luego complementada por audiencias cuyas actas rolan a fojas 1404 y 1550.

9. Prueba testimonial rendida por las partes.

9.1. Subpesca: Mauro Francisco Urbina Véliz, acta de fojas 988, transcripción acompañada a fojas 1077; Juan Antonio Mella Pozo, acta de fojas 999, transcripción acompañada a fojas 1077; y Julio Esteban Jorquera Guerrero, acta a fojas 1287, transcripción acompañada a fojas 1323.

9.2. Sonapesca: Andrés Fosk Belán, acta a fojas 1096, transcripción acompañada a fojas 1112; Mario Tapia Echeverría, acta a fojas 1101, transcripción acompañada a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 1128; y Andrés Daroch Coello, acta a fojas 1255, transcripción acompañada a fojas 1280.

9.3. Servicios Industriales Lo Rojas Ltda: Cristian Eduardo Castro Opazo, acta a fojas 1130, transcripción acompañada a fojas 1252; Alfredo Alejandro Irrarrázaval Cuevas, acta a fojas 1132, transcripción acompañada a fojas 1252; y Marcela Cheuquiente Alarcón, acta a fojas 1134, transcripción acompañada a fojas 1252; Informes.

10. Informes

10.1. Sonapesca: "Informe económico en el contexto de las causas C-364-2018, C-365-2018 y C-366-2018 del TDLC", elaborado por Jorge Fantuzzi Majlis. El informante compareció además a una audiencia especial cuya acta rola a fojas 1375 y cuya transcripción fue acompañada a fojas 1401. Informe en derecho "Proceso de Subastas de Licencias Transables de Pesca Clase B", elaborado por Tomás Menchaca Olivares.

11. Observaciones a la prueba. Acompañaron escritos de observaciones a la prueba Subpesca, a fojas 1597, y Sonapesca, a fojas 1629.

12. A fojas 1327, el 17 de agosto de 2020, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del 6 de julio de 2021, según consta del certificado que rola a fojas 1684.

Y CONSIDERANDO:

I. Resumen de la controversia

Primero: Que el 14 de noviembre de 2018, Sonapesca, actuando por sí y en representación de Camanchaca Pesquera del Sur S.A. y Blumar S.A., interpuso dos demandas en contra de Subpesca, una relativa a las bases de licitación definidas en la parte expositiva como "Bases Sardina" y la otra relativa a las bases de licitación definidas en la parte expositiva como "Bases Jurel". Posteriormente, el 7 de diciembre del mismo año, Sonapesca también actuando por sí pero esta vez en representación de Camanchaca Pesquera del Sur S.A., Deris S.A., Alimentos Marinos S.A., Pesquera Isla Quihua S.A., Corpesca S.A., Pesquera Grimar S.A. y Pesquera Sur Austral S.A., dedujo una nueva demanda en contra de Subpesca, esta vez relativa a las bases de licitación definidas como "Bases de Congrio, Merluza y Anchoveta". En razón de que se cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil ("CPC"), por resolución de 12 de marzo de 2019, que rola a fojas 133, se acumularon las tres demandas, atendido que la acción o acciones entabladas en dichos procesos emanaban directa e inmediatamente de unos mismos hechos, por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo que debían terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa;

Segundo: Que las demandas acumuladas imputan a Subpesca haber infringido los artículos 3° y 4° del DL N° 211 por haber reservado en forma ilegal, arbitraria y en contra de la libre competencia, determinadas cuotas de recursos marinos a licitar en subastas de cuotas de LTP Clase B a Empresas de Menor Tamaño (EMT, como se abrevió en la parte expositiva). En particular, aduce que, respecto de las “Bases de Sardina”, el actuar anticompetitivo de la demandada habría consistido en reservar a las EMT un 40% de la cuota de LTP Clase B Pesquería Sardina Común V-X Región. Por su parte, en el caso de las “Bases de Jurel”, la actuación contraria a la libre competencia de Subpesca habría consistido en reservar a las EMT un 60% de la cuota de LTP Clase B Pesquería Jurel XV-II, III-IV, V-IX, XIV-X Regiones. Luego, en el caso de las “Bases de Congrio, Merluza y Anchoqueta”, la actuación contraria a la libre competencia de Subpesca habría consistido en reservar a las EMT entre un 50% y un 60% de las cuotas de LTP Clase B de las unidades de pesquería señaladas en la parte expositiva;

Tercero: Que, en general, la demandante sostiene que la reserva de esos porcentajes de las cuotas de los recursos a licitar a favor de las EMT es (i) ilegal, porque se habrían vulnerado los fines y objetivos establecidos en la LGPA, en particular en su artículo 27; (ii) arbitraria, por cuanto la demandada habría obrado de manera radicalmente distinta en un caso idéntico; y (iii) totalmente anticompetitiva, por cuanto la restricción no se ajustaría a los fines de la LGPA, la que habría buscado la participación de todos los interesados en las respectivas licitaciones y que se establecieran lotes lo suficientemente pequeños para permitir la participación de EMT, pero no reservarles porcentajes de las cuotas a licitar. Agrega que esta decisión discrecional de la demandada no se ajusta al D.L. N° 211, marco jurídico que debe considerar al momento de adoptar este tipo de decisiones. En cuanto al mercado relevante, la demandante arguye que, en cada caso, este está determinado por la licitación misma, no siendo sustitutas las LTP Clase A de las Clase B, por las razones que se expresan en la demanda y que se analizarán en la sección del mercado relevante. Por último, refiere que se produjeron efectos contrarios a la libre competencia, ya que las EMT pagaron menores precios en estas subastas y, luego, la gran mayoría de ellas vendieron o cedieron estos derechos en el mercado secundario. Así, se habría producido un problema de eficiencia asignativa, toda vez que los recursos no fueron asignados a quienes más los valoraban;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuarto: Que Subpesca, al contestar las demandas, solicita su rechazo por varias razones. En primer lugar, indica que la demanda estaría precluida porque las bases de licitación no existirían, careciendo de objeto el proceso. Luego, aduce que lo resuelto en esta sentencia no podría afectar los derechos adquiridos de terceros que no son parte de este proceso, por el efecto relativo de las sentencias judiciales. Entrando derechamente a la acusación, la demandada sostiene que la LGPA establecería como uno de sus principios fundamentales el acceso de las EMT, de manera de promover la competencia, representar adecuadamente los distintos intereses y abrir la concentración de este mercado, controlado, según ella, por grandes grupos económicos. Añade que los porcentajes reservados de cada uno de los lotes para las EMT respondieron a criterios técnicos y objetivos, respaldados con informes técnicos emitidos para estos efectos. Sostiene, en definitiva, que su actuar es discrecional pero no así arbitrario, ya que ha buscado un equilibrio entre los objetivos de la política pública del sector pesquero con los principios de la libre competencia y que, por tanto, las restricciones a esta última están plenamente justificadas, máxime si en las bases se han asegurado condiciones mínimas de rivalidad, estándar que fue fijado por este Tribunal en la Sentencia N°138/2015;

Quinto: Que, por último, a fojas 645, Lo Rojas se hizo parte como tercero coadyuvante de Subpesca, argumentado que la demanda de autos debería ser rechazada porque el actuar de dicha Subsecretaría se encuentra dentro del marco legal que le otorga la LGPA y el Reglamento 103, y que los lotes reservados a EMT resultaron apropiados para garantizar que las pequeñas empresas puedan participar de la actividad extractiva, calificando esta reserva como un mecanismo de discriminación positiva en favor de los sectores más vulnerables y de nuevos actores de la industria;

Sexto: Que, como se puede apreciar, el objeto de esta litis consiste en determinar si un acto de autoridad, de Subpesca en este caso, relativo al diseño de bases de licitación que estableció lotes reservados a EMT, impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o tendió a ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211. En este sentido, según se ha señalado en otras ocasiones en que se impugna el diseño de bases de licitación pública, es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha infringido la normativa contenida en el D.L. N° 211. Así, al realizar el escrutinio de las bases de licitación, se debe dilucidar si Subpesca, a través de reserva de lotes a EMT, mantuvo las mínimas condiciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rivalidad. En concreto, como se ha señalado en esta sede, la mantención de estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso del diseño de bases de licitación, en general, se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente 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 (Sentencia 138/2014, considerando 17);

Séptimo: Que, a la luz de los criterios antes expuestos, la estructura que se utilizará para resolver el presente caso es la siguiente: (i) en primer lugar, se revisará el ámbito de competencia de este Tribunal para resolver acerca de actos que emanan de organismos de la administración del Estado; (ii) en segundo lugar, se analizará y resolverá la defensa de Subpesca en lo relativo a que las demandas de autos habrían precluido y carecen de objeto; (iii) luego, se analizará el marco jurídico aplicable; (iv) a continuación, se examinará el o los mercados relevantes en el que inciden las conductas imputadas por Sonapesca, incluidas sus condiciones de competencia; y (v) por último, se revisará si los actos impugnados infringieron la competencia;

II. Competencia del Tribunal sobre actuaciones de organismos de la Administración del Estado

Octavo: Que, previo a resolver las imputaciones específicas efectuadas por la demandante en este proceso, es necesario revisar el ámbito de competencia de este Tribunal para resolver acerca de actuaciones de organismos de la administración del Estado, como las que se imputan en estos autos (véase Sentencia N° 138/2014);

Noveno: Que la cuestión relativa a si los organismos públicos están sujetos al derecho de la competencia posee una respuesta afirmativa relativamente pacífica en nuestra jurisprudencia. Dicha sujeción ha sido establecida de manera consistente y conteste por este Tribunal y la Excma. Corte Suprema, quienes no sólo han interpretado el elemento subjetivo del artículo 3° del D.L. N° 211 (singularizado en la expresión “*el que*” del inciso primero) de una forma amplia y carente de excepciones, sino que además han 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 concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” (V. gr. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del TDLC N° 100/2010);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo: Que, en este orden de ideas, las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación son materia de escrutinio en esta sede, por cuanto existe en ese caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello. Así, las justificaciones de una eventual intervención de este Tribunal no son en este caso las tradicionales del derecho de la competencia relativas a potenciales infracciones por conductas coordinadas o unilaterales, sino las aplicables a actos de autoridad que pudieren infringir las normas del D.L. N° 211. En efecto, en casos como el de autos, es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma;

Undécimo: Que, por lo expuesto, el Estado tiene siempre la posibilidad, con posterioridad a que se le haya imputado una conducta supuestamente anticompetitiva, de justificar objetiva y razonablemente su elección por un determinado diseño, indicando cómo ha resguardado, en concreto, la rivalidad mínima en las condiciones de entrada al mercado. Esto no es más que un corolario del hecho que el diseño de bases de licitación es eminentemente un ámbito donde se expresa la política pública. A este respecto, se debe destacar que, la autoridad, entre una multiplicidad de opciones posibles, puede escoger cualquiera de ellas siempre que la elegida no constituya una infracción al D.L. N° 211;

Duodécimo: Que, de conformidad con lo analizado en los considerandos anteriores, este Tribunal es competente para conocer y pronunciarse sobre el diseño de bases licitación o subasta, en este caso, cuando éstas han sido elaboradas por un organismo de la administración del Estado, aun cuando los derechos ahí licitados o subastados hayan sido adjudicados, pudiendo aplicar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 26 del D.L. N° 211, en caso de acogerse la acción impetrada. Ello, sin perjuicio de que, conforme prescribe el artículo 3°, inciso primero, del mismo cuerpo normativo, pueden disponerse en este caso medidas preventivas, correctivas y prohibitivas;

III. Cuestión previa

Decimotercero: Que, habiéndose analizado el ámbito de competencia de este Tribunal, corresponde pronunciarse sobre la defensa de Subpesca relativa a que las demandas de autos carecen de objeto;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimocuarto: Que tal como fue establecido en la Sentencia N° 162/2018, toda acción que da origen a un proceso tiene tres elementos: los sujetos, el objeto o *petitum* y la causa de pedir. Los sujetos corresponden a la persona que deduce la acción – sujeto activo– y la persona contra quien se dirige la acción –sujeto pasivo–; el objeto corresponde al beneficio jurídico o tutela concreta que se espera sea acogida por el Tribunal en su sentencia; y la causa de pedir corresponde al fundamento inmediato del derecho deducido en juicio;

Decimoquinto: Que el objeto de las acciones deducidas por Sonapesca es la obtención de un pronunciamiento por parte de este Tribunal respecto de la conformidad de las bases de licitación impugnadas con las normas que regulan la libre competencia en los mercados;

Decimosexto: Que Subpesca argumenta que las bases de licitación impugnadas “*son esencialmente dependientes -en cuanto a su vigencia temporal, material y personal- al procedimiento administrativo específico que regulan*”; procedimientos que concluyeron con los actos de adjudicación respectivos. De esta forma, indica que una vez que el procedimiento administrativo finalizó, todos los actos que lo integran – incluidas las bases de licitación que le dan inicio– perdieron su vigencia “*y, por lo mismo, no pueden ser objeto de impugnación alguna*”;

Decimoséptimo: Que, al respecto, del texto del artículo 3° del D.L. N° 211, se desprende que es posible demandar en esta sede hechos, actos o contratos que puedan contravenir la libre competencia, sea que éstos se hayan ejecutado, materializado o agotado, o se estén ejecutando. Lo relevante, en el caso de que el acto haya sido ejecutado, materializado o sus efectos se hayan agotado, es que la acción se impetre dentro del plazo de prescripción establecido en el artículo 20 de la misma norma legal;

Decimoctavo: Que, a mayor abundamiento, los efectos de las bases de licitación impugnadas no se han agotado con la mera adjudicación de los derechos subastados. A modo de ejemplo, el artículo 15 de todas las bases de licitación impugnadas establece obligaciones de los adjudicatarios de las LTP Clase B que deben cumplirse una vez adjudicado los lotes y licencias respectivas, lo que sería una demostración de que los efectos de dichas bases de licitación no se terminan con el mero acto de adjudicación. En otras palabras, las bases de licitación impugnadas regulan no solo el procedimiento específico de selección de adjudicatarios de LTP Clase B de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

unidades de pesquería afectadas, sino que también los derechos y obligaciones que emanan para los adjudicatarios de dichas licencias;

Decimonoveno: Que en este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, la que ha señalado que “[l]as bases de licitación constituyen un cuerpo más o menos complejo de normas a las que deben ajustarse los licitantes y oferentes y que constituye a un mismo tiempo un acto administrativo, un cuerpo normativo y el contenido de un contrato: se trata, en definitiva, de un conjunto de disposiciones y cláusulas formuladas unilateralmente por el ente administrativo licitante, que especifican o formulan: (i) el o los objetos de las obligaciones que emanan del contrato (...) (ii) una relación jurídica: las pautas y deberes de comportamiento que regirán el contrato, los derechos y obligaciones de los oferentes y contratantes; y (iii) el procedimiento...” (Moraga Klenner, Claudio, “Contratación Administrativa”, Legal Publishing 2019, pg 349);

Vigésimo: Que los antecedentes expuestos en la consideración anterior y en los considerandos octavos y undécimo dan cuenta de que las bases de licitación impugnadas –el objeto de las acciones deducidas– no han perdido su vigencia para ser revisadas por este Tribunal en un procedimiento como el de autos, razón por la cual esta argumentación será rechazada;

IV. Marco jurídico aplicable

Vigésimo primero: Que la Ley General de Pesca y Acuicultura o LGPA se encuentra contenida en la ley N°18.892, cuya última modificación fue introducida por la ley N° 20.657. Dicha norma regula la actividad extractiva pesquera estableciendo, para el sector industrial, la existencia de derechos o licencias que habilitan a sus titulares a realizar dicha actividad sobre una determinada porción del recurso pesquero específico. Dentro de estas licencias, se distinguen las clase A (LTP Clase A) y las clase B (LTP clase B). Las primeras derivan de autorizaciones pesqueras anteriores, cuyo plazo de duración es de 20 años, renovable, y están afectas al pago de un impuesto. Las LTP Clase B, por su parte, son aquellas que resultan de un proceso de subasta pública o licitación, teniendo un plazo de duración de 20 años, no renovable;

Vigésimo segundo: Que, respecto de las LTP Clase A, el artículo 26 A de la LGPA establece el mecanismo que se utiliza para asignarlas. En este se señala que se otorgarán este tipo de licencias a los titulares de autorizaciones de pesca en aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación y se establezca una cuota global de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

captura, las que equivalen al coeficiente de participación de cada armador. Estos coeficientes pueden decrecer si se realiza una o más subastas de conformidad con el artículo 27 de la ley, en cuyo caso los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un 15% del coeficiente de participación original. Cabe señalar que, según dispone el inciso tercero del artículo 26 A de la LGPA, el coeficiente de participación original de cada armador titular de autorizaciones de pesca vigente para la unidad de pesquería de que se trate, fue determinado dividiendo las capturas de todas las naves autorizadas al armador, correspondientes a los 3 últimos años calendario anteriores a la declaración del régimen, por las capturas totales extraídas durante el mismo período, correspondientes a todos los armadores que contaban con autorización de pesca vigente a esa fecha;

Vigésimo tercero: Que, en relación con las LTP Clase B, éstas tienen su origen en el artículo 27 de la LGPA o en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.657, que crea las LTP. Respecto del artículo 27 de la LGPA, este establece que cuando una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura se encuentre en un nivel igual o superior al 90% de su rendimiento máximo sostenible —el que se define como el mayor nivel promedio de remoción por captura que se puede obtener de un stock en forma sostenible en el tiempo y bajo las condiciones ecológicas y ambientales predominantes—, se iniciará un proceso de pública subasta de la fracción industrial de la cuota global de la siguiente forma: (a) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 90% de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible; (b) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel del 95% de su punto biológico de su rendimiento máximo sostenible; y (c) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura una vez que la pesquería de que se trate se encuentre en un nivel de su punto biológico del rendimiento máximo sostenible. Y, el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.657 por su parte, establece que 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 dicha ley, no se ha cumplido con la condición establecida en el inciso primero del artículo 27 de la LGPA, 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;

Vigésimo cuarto: Que, así, según da cuenta la LGPA, las licencias subastadas en estos procesos dan origen a las LTP Clase B de modo tal que las LTP Clase A decrecen en el mismo coeficiente de participación que se licite de las LTP Clase B,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hasta un límite de 15% de su coeficiente de participación en cada unidad de pesquería;

Vigésimo quinto: Que, según las condiciones existentes en cada pesquería, en sus contestaciones Subpesca indicó que procedió a licitar: (i) el 15% de la fracción industrial de la cuota global de captura de la Sardina Común, unidad de pesquería comprendida entre la V a X región; (ii) el 15% de la fracción industrial de la cuota global de captura del Jurel, unidades de pesquería comprendidas entre las regiones XV-II, III-IV, V-IX y XIV-X; (iii) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura del Congrio Dorado, unidades de pesquería comprendidas entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., y 47° L.S. al 57° L.S.; (iv) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura de la Merluza del sur, unidades de pesquería comprendidas entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., y 47° L.S. al 57° L.S.; (v) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura de la Merluza común, unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S.; y (vi) el 5% de la fracción industrial de la cuota global de captura de la Anchoqueta, unidad de pesquería comprendida entre las regiones de Arica-Parinacota y Antofagasta;

Vigésimo sexto: Que, se debe considerar que el inciso sexto del artículo 27 de la LGPA establece que un reglamento *“determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de los cortes de los derechos a subastar que permita un adecuado acceso a la actividad pesquera extractiva de que se trate incluyendo a las empresas pequeñas y medianas de conformidad con la definición de la ley N° 20.416”*. De conformidad con dicho mandato legal, el procedimiento por el que se rigen las licitaciones de las LTP Clase B se encuentra establecido en el Reglamento 103. En éste se fijan las condiciones generales de las licitaciones de LTP Clase B y, en lo que afecta a este procedimiento y la materia debatida, dispone en su artículo 5° que en las bases administrativas de cada subasta *“se deberá reservar una cantidad de lotes para adjudicarse exclusivamente entre empresas que califiquen como pequeñas y medianas de conformidad con la Ley N° 20.416”*, en correspondencia con lo dispuesto en el referido inciso sexto del artículo 27 de la LGPA. En cumplimiento de dicho mandato reglamentario, Subpesca estableció lotes exclusivos para EMT en las licitaciones impugnadas;

Vigésimo séptimo: Que, atendido que la reserva de lotes exclusivos a EMT obedece a una disposición reglamentaria, por resoluciones de fojas 63, 216 y 417 se acogió la excepción dilatoria de corrección de procedimiento, resolviéndose al efecto que la solicitud de imponer una medida para que en futuras licitaciones de LTP Clase

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B Subpesca no pudiera reservar lotes exclusivos a EMT, debía ser formulada en virtud de la facultad de recomendación normativa establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211;

Vigésimo octavo: Que a su vez, para efectos de esta sentencia, es necesario tener presente que de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento 103, ninguna persona natural o jurídica, incluyendo sus personas relacionadas, puede adjudicarse un porcentaje superior al 40% del total a subastar en cada licitación;

Vigésimo noveno: Que, una vez realizadas las precisiones anteriores, corresponde determinar, en primer lugar, el mercado relevante afectado en estos autos;

V. Mercado relevante y condiciones de competencia

Trigésimo: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 138/2014, 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 (véase, por ejemplo, Massimo Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p.101; Louis Kaplow, “*Why (Ever) Define Markets?*”, *Harvard Law Review*, vol. 124 (2), 2010, pp. 437 y siguientes; y, Gregory J. Werden, “*The Relevant Market: Possible and Productive*”, *Antitrust Law Journal online*, abril 2014);

Trigésimo primero: Que, en relación con el mercado relevante sobre el que recae el actuar que se reprocha a Subpesca, la demandante señala que “*la infracción a la Libre Competencia que denunciarnos incide en el mercado relevante de la licitación objeto de la presente demanda*” (fojas 36 y 189) o “*en los mercados relevantes de cada una de las Licitaciones*” (fojas 440 vta.). Sonapesca agrega que “*tanto la naturaleza del acto anticompetitivo en cuestión como las características y la relevancia de las Licitaciones justifican que cada una de ellas sea un mercado relevante propio y que sea en dichos mercados en donde deben analizarse los efectos de las conductas anticompetitivas*”. Sin perjuicio de lo anterior, indica que la conducta denunciada afectaría el desarrollo de la actividad extractiva de cada una de las pesquerías objeto de las licitaciones (fojas 440 vta.);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo segundo: Que, por su parte, Subpesca da una respuesta confusa sobre cual sería el mercado relevante en cuestión. En efecto, en las contestaciones de las causas rol C-364-18 y C-365-18 Subpesca se limita a indicar que, “[E]n relación al punto [del mercado relevante], la demanda resulta ser sumamente acotada” (fojas 107 y 262, respectivamente), mientras que en la contestación de la causa rol C-366-18 Subpesca afirmó “[C]oincidimos con el criterio de la demandante, y aplicamos el criterio de la FNE que en su Guía respectiva entiende por mercado relevante, ‘el de un producto o grupo de productos en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado’” (fojas 523), por lo que no queda claro cuál sería, en concepto de la demandada, la definición de el o los mercados relevantes afectados por cada una de las bases de licitación cuestionadas por Sonapesca;

Trigésimo tercero: Que Sonapesca, en apoyo de su postura, acompañó, a fojas 1450 y 1142, informes en los que se sostiene que las LTP Clase A y las LTP Clase B pertenecerían a mercados relevantes diferentes porque: (i) tienen un costo distinto; (ii) tienen una duración diferente; y (iii) solo las LTP-A incluyen el derecho a comercializar los recursos pesqueros extraídos en conjunto al de la pesquería subastada;

Trigésimo cuarto: Que de los considerandos relacionados con el marco normativo, queda claro que lo subastado en cada licitación son licencias transables de pesca – denominadas LTP Clase B– que autorizan a extraer, en su conjunto, hasta el 15% de los recursos de una unidad de pesquería en particular, en la que el 85% restante de los recursos de esa pesquería pueden ser extraídos por los tenedores de las LTP Clase A. Así, una primera conclusión relevante que se extrae de esto es que en las subastas cuestionadas no se asignan monopolios, postura que es compartida en el informe en derecho acompañado por Sonapesca (fojas 1518);

Trigésimo quinto: Que, además, a juicio de este Tribunal, ninguno de los argumentos mencionados por los informantes de Sonapesca para fundamentar que las LTP Clase A y las LTP Clase B pertenecerían a mercados relevantes distintos, controvierte el hecho de que el recurso que extrae y vende el titular de una LTP Clase A, en una unidad de pesquería en particular, es exactamente el mismo recurso que extraerá y venderá el titular de una LTP Clase B que opere en la misma unidad de pesquería. En efecto, desde el punto de vista de los consumidores y clientes que demandan los recursos provenientes de cada pesquería, es irrelevante el tipo de licencia que tiene la empresa que lo extrae y comercializa, es decir, la duración, los costos y los recursos adicionales que permiten extraer a sus titulares. Lo anterior implica que, para un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consumidor, el producto que ofrece el titular de una LTP Clase A es perfectamente sustituible por el producto ofrecido por el titular de una LTP Clase B, dentro de una misma unidad de pesquería. Este aspecto permite concluir que, desde la perspectiva de la demanda, las LTP Clase A y las LTP Clase B serían sustitutas. Por consiguiente, junto con lo indicado en el considerando anterior, ello permite descartar que el mercado relevante deba ser cada licitación. A mayor abundamiento, sólo se está licitando el 15% de “la cancha” o unidad de pesquería respectiva, circunstancia que distingue este caso de otras causas en las que se ha señalado que el mercado relevante es la licitación porque se asigna, mediante una licitación o subasta un insumo esencial o bien escaso, que permite al adjudicatario actuar como monopolista en un mercado determinado (véase por ejemplo Resolución N° 13/2006, c° 3 y 11°);

Trigésimo sexto: Que, por otra parte, no se tiene suficiente información para determinar de forma precisa si la pesca artesanal compite con la pesca industrial en la comercialización de los recursos que extraen, es decir, si ambos tipos de pesca pertenecen a un mismo mercado relevante. Por tal motivo, el análisis que sigue a continuación excluirá a la pesca artesanal de la definición del mercado relevante. Cabe señalar que las conclusiones a las que se arriba no se ven alteradas en caso de incluirse a la pesca artesanal dentro del mercado relevante;

Trigésimo séptimo: Que, en base a las consideraciones anteriores, se define el mercado relevante sobre el que inciden las conductas denunciadas como el de la extracción industrial y venta de los recursos pertenecientes a las pesquerías objeto de las licitaciones, existiendo, por tanto, un mercado relevante por cada una de las pesquerías licitadas. De este modo, en cada uno de estos mercados, los adjudicatarios de las LTP Clase B competirán en la extracción y venta de los recursos pesqueros con los titulares de las LTP Clase A, dónde estos últimos son los actores incumbentes en cada uno de estos mercados;

Trigésimo octavo: Que, asimismo, como no se tienen antecedentes suficientes para determinar si los recursos de las distintas pesquerías son sustitutos entre sí, esto es, si por ejemplo la sardina común es sustituta del jurel, o si el congrio dorado es sustituto de la merluza del sur, se optó por un escenario más restrictivo, delimitando un mercado relevante del producto por cada tipo de recurso pesquero licitado. Ello, en el entendido de que, una definición más amplia del mercado del producto, reduciría más la incidencia de las reservas de lotes en favor de las EMT, impugnadas por el libelo acusatorio, en el mercado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo noveno: Que, respecto del alcance geográfico de cada mercado, como tampoco se cuenta con información sobre los costos de transporte que permita determinar si los recursos que son extraídos en diferentes unidades de pesquería son sustituibles entre sí desde el punto de vista de la demanda (es decir, si por ejemplo el congrio dorado que se extrae en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S., es sustituto del congrio dorado que se extrae en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.), para efectos de esta sentencia, cada unidad de pesquería será considerada como un mercado relevante geográfico distinto. Con todo, las conclusiones a las que se arriba más adelante no se ven alteradas si se considera que los recursos de las distintas pesquerías o que las distintas unidades geográficas pesqueras de los recursos deben pertenecer a un mismo mercado relevante, porque en cualquier caso se estará licitando hasta el 15% del total del mercado;

Cuadragésimo: Que, en conclusión, en el presente caso se definirán once mercados relevantes, esto es, el mercado relevante de: (1) la extracción industrial y venta de sardina común en la unidad de pesquería ubicada entre la V y la X Región; (2) la extracción industrial y venta de jurel en la unidad de pesquería ubicada entre la XV y la II Región; (3) la extracción industrial y venta de jurel en la unidad de pesquería ubicada entre la III y la IV Región; (4) la extracción industrial y venta de jurel en la unidad de pesquería ubicada entre la V y la IX Región; (5) la extracción industrial y venta de jurel en la unidad de pesquería ubicada entre la XIV y la X Región; (6) la extracción industrial y venta de congrio dorado en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (7) la extracción industrial y venta de congrio dorado en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (8) la extracción industrial y venta de merluza del sur en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.; (9) la extracción industrial y venta de merluza del sur en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.; (10) la extracción industrial y venta de merluza común en la unidad de pesquería ubicada entre Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S.; y (11) la extracción industrial y venta de anchoveta en la unidad de pesquería ubicada entre las regiones de Arica y Parinacota y Antofagasta;

Cuadragésimo primero: Que, en cuanto a las condiciones de entrada del mercado relevante previamente definido, existe una barrera legal toda vez que, de acuerdo con lo señalado en el considerando vigésimo primero y lo dispuesto en la LGPA, un agente económico del sector industrial necesita contar con la titularidad de una LTP Clase A o una LTP Clase B para poder extraer y vender recursos pertenecientes a las distintas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pesquerías. Sin perjuicio de lo anterior, existe un mercado secundario toda vez que la LGPA establece, en su artículo 30, que “[l]as licencias transables de pesca serán divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico”, para lo cual se deben cumplir los requisitos ahí establecidos. Por otra parte, no se acompañaron antecedentes sobre la eventual existencia de barreras naturales o comportamientos estratégicos de los incumbentes que inhiban la entrada. De esta forma, es posible concluir que el mercado relevante no presenta condiciones desfavorables a su entrada, toda vez que no existen barreras infranqueables;

Cuadragésimo segundo: Que, atendida las definiciones de mercado y considerando sus condiciones de entrada, a continuación se presentan las participaciones de los agentes económicos en cada uno de estos mercados, comparando la situación previa y posterior a la adjudicación de las licitaciones impugnadas en autos, sin considerar posteriores cesiones realizadas por los adjudicatarios. Asimismo, se indica el efecto que tendrían las cuotas que reservó Subpesca a las EMT en cada una de las subastas. En todo caso, se debe tener presente que al no existir en el expediente información respecto a posibles relaciones de propiedad entre las empresas titulares de LTP reportadas por Subpesca, es posible que algunos actores pertenezcan a un mismo grupo económico, lo que podría incrementar su participación efectiva:

Tabla 1 - Participaciones de mercado de extracción industrial de sardina común, unidad de pesquería ubicada entre la V y la X Región, medidas en toneladas, año 2015

Empresas	Antes de subasta LTP-B	Después de subasta LTP-B según diseño BALI (*)	EMT (**)
Blumar	25,1%	21,3%	No
Orizon	19,4%	16,5%	No
Camanchaca	18,3%	15,6%	No
Landes	9,8%	8,3%	No
Alimentos Marinos	9,2%	7,9%	No
Foodcorp	2,9%	2,5%	No
Lota Protein	2,3%	2,0%	No
Berta Elena Ltda.	1,7%	1,5%	Sin info.
Londrina	1,1%	0,9%	Sin info.
Inversiones Predi	1,0%	0,8%	Sin info.
Diapo Inversiones	1,0%	0,8%	Sin info.
Inversiones Aral	1,0%	0,8%	Sin info.
Vista Inversiones	1,0%	0,8%	Sin info.
Inversiones Borebi	1,0%	0,8%	Sin info.
SC Inversiones	1,0%	0,8%	Sin info.
Operaciones Calubi	1,0%	0,8%	Sin info.
Centro Sur	0,9%	0,8%	Sin info.
Inversiones Pesqueras	0,9%	0,8%	Sin info.
Isla Quihua	0,4%	0,4%	No

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

San Antonio	0,4%	0,3%	Sin info.
Mar Profundo	0,4%	0,3%	Sin info.
Inostroza Concha	0,2%	0,2%	Si
Genmar	0,0%	0,0%	Si
Cuotas todo oferente (60% de las LTP-B)	-	9,0%	-
Cuotas reservadas a EMT (40% de las LTP-B)	-	6,0%	Sí
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 110 y siguientes.

Notas: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 24 vta., en esta licitación se subastó el 15% de la cuota industrial de sardina común proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre la V y X Región.

(**) Información elaborada en base a las contestaciones de Subpesca, rolantes a fojas 68, 221 y 490. Esto aplica a todas las tablas que siguen a continuación.

Cuadragésimo tercero: Que, en lo que respecta al mercado relevante de la sardina común, unidad de pesquería entre la V y X Región, en la tercera columna y penúltima fila de la Tabla 1, se observa que la reserva de lotes a EMT logró alcanzar el 6% del mercado relevante. Más aún, se debe tener presente que en el escenario más restrictivo, es decir, incluso si una sola EMT se adjudicase el total de las cuotas reservadas, dicha empresa no tendría más del 7,5% del total de la participación de mercado como consecuencia de las cuotas reservadas. El escenario más restrictivo se construye, en este mercado y en los que se analizan a continuación, considerando que la empresa con mayor participación en el mercado que sea EMT o respecto de la cual no exista información, se adjudica el máximo posible de los lotes reservados a EMT que permite el Reglamento 103. Por ejemplo, en este caso se asume que Berta Elena Ltda. es una EMT por lo que su porcentaje de participación de mercado de 1,5% se suma al 6% antes mencionado;

Tabla 2 - Participaciones de mercado de extracción de jurel, unidad de pesquería ubicada entre la XV y la II Región, medidas en toneladas, año 2016

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Corpesca	82,1%	69,8%	No
Camanchaca SA	17,5%	14,9%	No
Arica Seafood	0,4%	0,3%	Sin info.
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	6,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	9,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 267 y siguientes.

Nota: (*) conforme indica Sonapesca a fojas 176 vta., en esta licitación se subastó el 15% de la cuota industrial de jurel proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre la XV y II Región.

Cuadragésimo cuarto: Que, en lo que respecta al mercado relevante del jurel, unidad de pesquería entre la XV y II Región, en la tercera columna de la Tabla 2 se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

observa que las dos empresas con mayor participación no son EMT y abarcan cerca del 85% del mercado. Además, según se desprende de la penúltima fila de dicha tabla, la reserva a EMT logró alcanzar el 9% del mercado como consecuencia de la reserva de lotes. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 6% del mercado, dicha empresa no tendría más del 6,3% del total del mercado luego de la licitación. En este caso, el escenario más restrictivo asume que Arica Seafood es una EMT por lo que su porcentaje de participación de mercado de 0,3% se suma al 6% antes mencionado;

Tabla 3 - Participaciones de mercado de extracción de jurel, unidad de pesquería ubicada entre la III y la IV Región, medidas en toneladas, año 2016

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Orizon	51,3%	43,6%	No
Blumar	26,9%	22,9%	No
Alimentos Marinos	9,9%	8,4%	No
Camanchaca Pesca Sur	7,0%	6,0%	No
Camanchaca SA	1,8%	1,5%	No
Litoral	1,1%	0,9%	No
Landes	0,8%	0,7%	No
Foodcorp	0,7%	0,6%	No
Bahía Caldera	0,4%	0,3%	No
Isladamas	0,1%	0,1%	Sí
Lota Protein	0,1%	0,1%	No
Arica Seafood	0,0%	0,0%	Sin info.
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	6,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	9,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 267 y siguientes.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 176 vta., en esta licitación se subastó el 15% de la cuota industrial de jurel proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre la III y IV Región.

Cuadragésimo quinto: Que, en el mercado relevante del jurel, unidad de pesquería entre la III y IV Región, en la tercera columna y penúltima fila de la Tabla 3 se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 9% del mercado. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 6% del mercado, dicha empresa no tendría más del 6,1% del total del mercado luego de la licitación. En este caso, el escenario más restrictivo asume que la EMT Isladamas se adjudica el máximo que permite el Reglamento 103, por lo que su porcentaje de participación de mercado de 0,1% se suma al 6% antes mencionado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla 4 - Participaciones de mercado de extracción de jurel, unidad de pesquería ubicada entre la V y la IX Región, medidas en toneladas, año 2016

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Blumar	23,7%	20,1%	No
Orizon	21,5%	18,3%	No
Camanchaca Pesca Sur	19,7%	16,7%	No
Alimentos Marinos	10,6%	9,0%	No
Foodcorp	9,4%	8,0%	No
Litoral	6,0%	5,1%	No
Landes	4,7%	4,0%	No
Lota Protein	1,6%	1,4%	No
Mar Profundo	1,4%	1,2%	Sin info.
Isla Quihua	0,8%	0,7%	No
Camanchaca SA	0,3%	0,3%	No
San Antonio	0,3%	0,3%	Sin info.
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	6,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	9,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 267 y siguientes.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 176 vta., en esta licitación se subastó el 15% de la cuota industrial de jurel proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre la V y IX Región.

Cuadragésimo sexto: Que, en el mercado relevante del jurel, unidad de pesquería entre la V y IX Región, en la tercera columna y penúltima fila de la Tabla 4 se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 9% del mercado. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 6% del mercado, dicha empresa no tendría más del 7,2% del total del mercado luego de la licitación. En este caso, el escenario más restrictivo asume que Mar Profundo es una EMT por lo que su porcentaje de participación de mercado de 1,2% se suma al 6% antes mencionado;

Tabla 5 - Participaciones de mercado de extracción de jurel, unidad de pesquería ubicada entre la XIV y la X Región, medidas en toneladas, año 2016

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Orizon	24,5%	20,8%	No
Blumar	24,4%	20,7%	No
Camanchaca Pesca Sur	12,6%	10,7%	No
Alimentos Marinos	11,3%	9,6%	No
Foodcorp	9,6%	8,2%	No
Landes	5,5%	4,7%	No
Litoral	5,3%	4,5%	No
Lota Protein	4,8%	4,1%	No

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Bio Bio Pesq.	0,8%	0,7%	Sin info.
Camanchaca SA	0,6%	0,5%	No
San Antonio	0,2%	0,2%	Sin info.
Sur Austral	0,2%	0,2%	No
Bahia Caldera	0,1%	0,1%	No
Pesca Fina	0,0%	0,0%	Sin info.
Paola Poblete Novoa	0,0%	0,0%	Sin info.
Congelados del Pacífico	0,0%	0,0%	Sin info.
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	6,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	9,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 267 y siguientes.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 176 vta., en esta licitación se subastó el 15% de la cuota industrial de jurel proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre la XIV y X Región.

Cuadragésimo séptimo: Que, en el mercado relevante del jurel, unidad de pesquería entre la XIV y X Región, en la tercera columna y penúltima fila de la Tabla 5 se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 9% del mercado. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 6% del mercado, dicha empresa no tendría más del 6,7% del total del mercado luego de la licitación. En este caso, el escenario más restrictivo asume que Bio Bio Pesq. es una EMT por lo que su porcentaje de participación de mercado de 0,7% se suma al 6% antes mencionado;

Tabla 6 - Participaciones de mercado de extracción de congrio dorado, unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Deris	81,7%	77,6%	No
Sur Austral	6,3%	6,0%	No
Pesca Cisne	5,9%	5,6%	No
Grimar	3,7%	3,5%	No
Emdepes	2,4%	2,2%	No
Alimentos Marinos	0,0%	0,0%	No
Cuotas todo oferente (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Cuotas reservadas a EMT (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 525.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de congrio dorado proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.

Cuadragésimo octavo: Que, en el mercado relevante del congrio dorado, unidad de pesquería entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., en la tercera columna y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

penúltima fila de la Tabla 6 se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 2,5% del mercado. Cabe señalar que, conforme muestra dicha tabla, actualmente no existen EMT operando en este mercado. Así las cosas, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 2% del mercado, dicha empresa no tendría más del 2% del total del mercado luego de la licitación;

Tabla 7 - Participaciones de mercado de extracción de congrio dorado, unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S., medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Deris	64,6%	61,4%	No
Pesca Cisne	23,1%	21,9%	No
Emdepes	11,8%	11,2%	No
Grimar	0,3%	0,3%	No
Sur Austral	0,2%	0,2%	No
Cuotas todo oferente (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Cuotas reservadas a EMT (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 525.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de congrio dorado proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.

Cuadragésimo noveno: Que, en el mercado relevante del congrio dorado, unidad de pesquería entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S., en la tercera columna y penúltima fila de la Tabla 7 se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 2,5% del mercado. Al igual que en caso de la unidad de pesquería perteneciente a los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., actualmente no existen EMT operando en este mercado. Así las cosas, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 2% del mercado, dicha empresa no tendría más del 2% del mercado luego de la licitación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla 8 - Participaciones de mercado de extracción de merluza del sur, unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S., medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Deris	45,4%	43,1%	No
Sur Austral	25,2%	23,9%	No
Empedes	14,5%	13,8%	No
Grimar	11,9%	11,3%	No
Pesca Cisne	3,0%	2,9%	No
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	2,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	3,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 563.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de merluza del sur proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S.

Tabla 9 - Participaciones de mercado de extracción de merluza del sur, unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S, medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Deris	49,8%	47,3%	No
Empedes	33,4%	31,7%	No
Pesca Cisne	16,4%	15,6%	No
Sur Austral	0,4%	0,4%	No
Grimar	0,1%	0,1%	No
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	2,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	3,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 563.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de merluza del sur proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S.

Quincuagésimo: Que, en el mercado relevante de la merluza del sur, tanto en la unidad de pesquería ubicada entre los paralelos 41° 28,6' L.S. al 47° L.S. como en la ubicada entre los paralelos 47° L.S. al 57° L.S., en la cuarta columna de las Tablas 8 y 9 se observa que actualmente no existen EMT operando en estos mercados. Asimismo, se observa que la reserva a EMT logró alcanzar el 3% de cada uno de ambos mercados. Así las cosas, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Reglamento 103, que en este caso equivale al 2% del mercado, dicha empresa no tendría más del 2% del mercado luego de la licitación;

Tabla 10 - Participaciones de mercado de extracción de merluza común, unidad de pesquería ubicada entre Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S., medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Pacific Blu	78,3%	74,4%	No
Landes	6,6%	6,3%	No
Gonzalez Silva M.	3,0%	2,8%	Sí
Genmar	1,7%	1,6%	Sí
Enfemar	1,7%	1,6%	Sí
Leucoton	1,7%	1,6%	Sí
Orizon	1,2%	1,2%	No
Alimentos Marinos	0,8%	0,8%	No
Antonio Cruz C.	0,8%	0,8%	Sí
Da Venezia	0,8%	0,8%	Sí
Asesorías Fin. y Com.	0,7%	0,7%	Sí
Nordio	0,5%	0,5%	Sí
Grimar	0,5%	0,5%	No
Bracpesca	0,3%	0,3%	No
Quintero	0,3%	0,3%	No
Isladamas	0,3%	0,3%	Sí
Antartic Seafood	0,2%	0,2%	No
Inostroza Concha P.	0,2%	0,2%	Sí
Camanchaca Pesca	0,1%	0,1%	Sí
Deris	0,1%	0,1%	Sí
Sur Austral	0,0%	0,0%	Sí
Rubio y Mauad	0,0%	0,0%	Sí
Cuotas todo oferente (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Cuotas reservadas a EMT (50% de las LTP-B)	-	2,5%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 584.

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de merluza común proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S.

Quincuagésimo primero: Que, en el mercado relevante de la merluza común, unidad de pesquería entre Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S., en la tercera columna de la Tabla 10 se observa que, luego de la licitación, la empresa con la mayor participación de mercado, que no es una EMT, tiene más de un 74% de participación. Asimismo, se puede apreciar que la reserva a EMT logró alcanzar el 2,5% del mercado. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 2% del mercado, dicha empresa no tendría más del 4,8% del total del mercado luego de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación. En este caso, el escenario más restrictivo asume que la EMT González Silva M. se adjudica lo máximo que permite el Reglamento 103, por lo que su porcentaje de participación de mercado de 2,8% se suma al 2% antes mencionado;

Tabla 11 - Participaciones de mercado extracción de anchoveta, unidad de pesquería ubicada entre las regiones de Arica y Parinacota y Antofagasta, medidas en toneladas, año 2018

Empresas	Antes de licitación LTP-B	Después de licitación LTP-B según diseño BALI (*)	EMT
Corpesca	79,6%	75,6%	No
Camanchaca	19,7%	18,8%	No
Arica Seafood Producer	0,7%	0,7%	Sin info.
Cuotas todo oferente (40% de las LTP-B)	-	2,0%	
Cuotas reservadas a EMT (60% de las LTP-B)	-	3,0%	
Total	100%	100%	

Fuente: elaboración propia en base a la información acompañada por Subpesca, fojas 613

Nota: (*) Conforme indica Sonapesca a fojas 425 vta., en esta licitación se subastó el 5% de la cuota industrial de anchoveta proveniente de la unidad de pesquería ubicada entre las regiones de Arica y Parinacota y Antofagasta.

Quincuagésimo segundo: Que, finalmente, en el mercado relevante de la anchoveta, unidad de pesquería entre las regiones de Arica y Parinacota y Antofagasta, en la tercera columna de la Tabla 11 se observa que, luego de la licitación, las dos empresas de mayor participación, y que no son EMT, continúan teniendo más del 94% del mercado. Además, la reserva a EMT logró alcanzar el 3% del mercado. Más aún, se debe tener presente que, incluso en el escenario más restrictivo, es decir, si una sola EMT se adjudicase el máximo de 40% del total subastado que permite el Reglamento 103, que en este caso equivale al 2% del mercado, dicha empresa no tendría más del 2,7% del mercado. En este caso, el escenario más restrictivo asume que Arica Seafood Producer es una EMT por lo que su porcentaje de participación de mercado de 0,7% se suma al 2% antes mencionado;

VI. Análisis de los actos impugnados y sus efectos en los mercados definidos

Quincuagésimo tercero: Que, como se señaló en el considerando sexto anterior, corresponde ponderar los antecedentes antes analizados con el objeto de determinar si las bases de licitación, que establecieron lotes reservados a EMT en un rango entre un 40% y un 60%, aseguraron unas mínimas condiciones de rivalidad, esto es, si contienen cláusulas que (i) manifiestamente facilitan la colusión de otros agentes económicos; (ii) establecen injustificadamente condiciones para que se produzca un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limitan injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases;

Quincuagésimo cuarto: Que, respecto del primer elemento de análisis –cláusulas de las bases que manifiestamente facilitan la colusión de otros agentes económicos–, se debe tener presente que la demandante no formuló acusación alguna en este sentido y no existen antecedentes en el proceso que permitan determinar, directa o indirectamente, que las bases cuestionadas contengan disposiciones que puedan facilitar conductas coordinadas o colusivas;

Quincuagésimo quinto: Que, en relación con la segunda preocupación que surge del análisis de bases de licitación –disposiciones que establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación–, se debe tener en consideración que tampoco fue formulada expresamente como una imputación específica en la demanda. Sin perjuicio de ello, del análisis de las participaciones de mercado que se realiza de cada una de las pesquerías involucradas en esta litis, en las tablas 1 a 11 anteriores, dable es concluir que esta potencial objeción a las bases de licitación tampoco podría prosperar, toda vez que ninguno de los adjudicatarios de LTP Clase B podría alcanzar una posición de dominio en el mercado relevante definido de la que podría abusar. Lo anterior, por cuanto aunque una sola EMT se adjudicase el 40% máximo que permite el Reglamento 103 que sigue cada licitación, en ninguno de los mercados analizados dicha empresa tendría una participación superior al 7,5% del mercado. Más aún, tal como se señaló en el considerando cuadragésimo primero, no constan en el expediente la existencia de barreras infranqueables a la entrada a este mercado que permitieran o facilitaran un abuso por parte de los adjudicatarios EMT;

Quincuagésimo sexto: Que, por último, en cuanto a la tercera hipótesis indicada en el considerando sexto, esto es, la existencia de cláusulas en las bases cuestionadas que limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en ellas, esta es, precisamente, la situación que se da en autos. En efecto, como ya se ha manifestado, la demandante aduce que Subpesca, al diseñar las bases de licitación y establecer lotes reservados a EMT, en un rango entre un 40% y un 60%, infringió la libre competencia;

Quincuagésimo séptimo: Que, para evaluar la acusación de Sonapesca en este ámbito, en primer lugar, se debe tener presente que la demandada, ejerciendo la facultad que le otorga el Reglamento 103, reservó determinadas cuotas de recursos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pesqueros a licitar en subastas de cuotas de LTP Clase B a EMT, entre un rango de un 40% a un 60%. En este orden de ideas, se debe reiterar lo resuelto a fojas 63, 216 y 477, en que se acogieron las excepciones dilatorias de corrección de procedimiento opuestas por Subpesca en los procesos acumulados. Conforme a dichas resoluciones, el mero hecho de reservar en las bases cuestionadas cuotas de recursos pesqueros a EMT no puede ser evaluada en este procedimiento, ya que ello es una facultad que se otorga a la autoridad en un reglamento dictado por mandato expreso de la LGPA y, por lo tanto, sólo cabe solicitar su modificación o derogación mediante el ejercicio de la facultad propositiva de este Tribunal contenida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211;

Quincuagésimo octavo: Que, por consiguiente, la acusación se limita a los porcentajes de reserva de los lotes singularizados en la demanda y a sus posibles efectos contrarios a la libre competencia. Así, se debe ponderar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, si existen antecedentes que acrediten que las disposiciones de las bases que establecieron la reserva de las cuotas de LTP Clase B a EMT, entre un rango de un 40% a un 60%, limitaron injustificadamente la competencia. Del análisis de la prueba allegada en autos, no es posible apreciar que dicha reserva, en los porcentajes indicados, ha tenido el potencial de afectar la competencia en los mercados definidos en esta sentencia. Lo anterior por cuanto, tal como se anticipó, incluso en el evento que a una sola EMT se le adjudicara el 40% máximo que permite el Reglamento 103, dicha empresa no alcanzaría una participación superior al 7,5% del mercado en ninguno de los mercados relevantes definidos previamente por lo que no es posible deducir que existió una conducta anticompetitiva de Subpesca en los términos del artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, y por tanto, esta no limitó la competencia. Al respecto, se reitera que no constan en el expediente la existencia de barreras infranqueables a la entrada a este mercado que permitieran o facilitaran un abuso por parte de los adjudicatarios EMT;

Quincuagésimo noveno: Que Sonapesca también acusa a Subpesca de haber infringido el artículo 4° del D.L. N° 211 el que señala *“que no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”*;

Sexagésimo: Que, al respecto, según establece el artículo 12 del Reglamento 103, ninguna persona puede adjudicarse un porcentaje superior al 40% del total a subastar, ya sea directamente o a través de personas relacionadas. En este sentido, no existe evidencia en autos de que Subpesca haya incumplido esta restricción en la sección 12 “Criterio de Adjudicación” en las bases de licitación impugnadas. Es más,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incluso si el mercado relevante de autos se hubiese definido como el de cada licitación impugnada, Subpesca tampoco podría otorgar concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios ya que ningún oferente se puede adjudicar más del 40% de las licencias subastadas, motivo por el cual esta acusación también será rechazada;

Sexagésimo primero: Que, en razón de todo lo expuesto, se rechazarán la demandas de autos;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 19º y siguientes del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

1. **RECHAZAR** las demandas interpuestas por Sonapesca, actuando por sí y en representación de diversas empresas, en contra de Subpesca, que se encuentran a fojas 23, 175 y 424;
2. **NO CONDENAR** en costas a la demandante por haber tenido motivo plausible para litigar.

SE PREVIENE que la Ministra María de la Luz Domper Rodríguez estuvo por agregar lo siguiente: que, si bien las licitaciones impugnadas no afectaron la libre competencia, porque las cuotas que fueron reservadas a las EMT representan una proporción muy baja del total de cada mercado relevante, la existencia de transferencias *ex post* es indicativa de que la asignación inicial de las LTP Clase B no fue la óptima. Sin embargo, la posibilidad de transferir las licencias permitió que se corrigiera dicha asignación ineficiente.

Acordada con el **VOTO EN CONTRA** del Ministro señor Ricardo Paredes Molina quien estuvo por acoger las demandas de autos, toda vez que considera que las bases limitaron injustificadamente la competencia por la vía de definir en las subastas de LTP Clase B un porcentaje exclusivo a las EMT excesivo, lo que limitó la competencia más allá de lo requerido para los propósitos de política pública explicitados por Subpesca en sus escritos principales. Ello, en base a los siguientes argumentos:

1. Como consideración previa y general respecto del diseño de las licitaciones, cabe señalar que en contextos en los que los porcentajes del mercado relevante afectan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a una licitación son bajos, ello no significa que el diseño sea inocuo sobre el precio final del producto del que trata la licitación. Un mal diseño de licitación tiene el potencial de inducir la entrada de operadores especialmente ineficientes y, por esa vía, no solo de producir ineficiencias y pérdida social vinculadas a los excedentes del productor o de las empresas, sino también de alterar el precio que pagan los consumidores y que, en el margen, está determinado por el costo del productor menos eficiente. Por ello, inducir la entrada de operadores sustancialmente menos eficientes a los que entrarían con una política alternativa, sí tiene el potencial de afectar el precio de mercado.

2. Lo anterior no significa que, desde la perspectiva de la libre competencia, se deba cuestionar cualquier política que por la vía de limitarla, implique ineficiencias o que incluso tienda a producir incrementos de precio. Si esto último fuera la consecuencia necesaria de un diseño licitatorio destinado a conseguir otro propósito de política pública, como por ejemplo lograr la entrada de operadores de menor tamaño o desconcentrar la producción, el efecto de tal política no puede ser evaluado con la mirada de la libre competencia pues, ello ya debió ser ponderado por el legislador al crear dicha política. Lo que sí debe hacerse desde la perspectiva de la libre competencia es evaluar si la implementación de tal política, hecha en un marco de discrecionalidad, tiende innecesariamente a ser más restrictiva de la competencia para cumplir el objetivo definido.
3. Así, en el caso de autos, no es cuestionable la reserva de cuotas a EMT en los procesos licitatorios para adjudicar LTP Clase B, pues ellas son parte de la normativa legal y son una forma de facilitar la participación de estas empresas en la industria. Lo que sí es cuestionable, es que esas reservas sean excesivas y que producto de ese exceso, se afecte adversamente la asignación de los operadores, generando consecuencias en la asignación de los recursos y eventualmente en el precio.
4. En la medida que las cuotas reservadas a las EMT excedan la capacidad de éstas para operarlas con niveles de eficiencia similares a las que puedan alcanzar empresas que no tienen tal carácter, tal exceso se traducirán en: i) la entrada de firmas menos eficientes, lo que como se argumentó, puede incidir en un mayor precio (pagado por los consumidores o implícitamente pagado por el Estado), o ii) la cesión del exceso de cuotas desde las EMT a empresas que estuvieron restringidas de participar, lo que si bien atenúa las consecuencias adversas en la mala asignación inicial de las licencias, lo hace a un costo innecesariamente alto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para la sociedad, transfiriendo recursos desde el Estado a empresas que finalmente no producen.

5. En efecto, de la información acompañada por Subpesca a fojas 1700 se observa una cesión masiva de LTP Clase B desde EMT; y de la información proporcionada por Sonapesca en sus demandas se observa que el precio pagado por las EMT por los lotes reservados a ellos habría sido al menos un 30% inferior al pagado por los lotes libre oferente. Lo anterior sería una demostración de lo excesivo de la cuota para el cumplimiento de la política pública.
6. Por último, si bien la determinación precisa de la capacidad pesquera de las EMT para operar con niveles similares de eficiencia que las empresas sin tal carácter puede ser una tarea difícil y eventualmente inalcanzable, es evidente que la alta porción de venta de las LTP Clase B reflejan que Subpesca debió prever que el porcentaje licitado con exclusividad para las EMT fue excesivo, es decir, que restringió significativamente más la competencia de lo que era necesario para promover la entrada y participación de EMT en la industria.

Notifíquese personalmente o por cédula. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril del año 2020, la notificación personal de la presente Sentencia podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 364-18 acumulados.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa. No firma la Ministra Sra. Daniela Gorab Sabat, no obstante haber concurrido al acuerdo, por estar haciendo uso de su feriado legal. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez