

Santiago, cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 450-18
CONSULTANTE: PacificBlu SpA y Sociedad Pesquera Landes S.A.
(las "Consultantes").

OBJETO: Determinar si las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S., contenidas en la Res. Exenta N° 4.150 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, pueden infringir las disposiciones del D.L. N° 211.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

- A. CONSULTANTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES
- B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE
- C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO
- D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES
- E. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

- F. OBJETO DE LA CONSULTA
- G. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE LAS CONSULTANTES

III) PARTE RESOLUTIVA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTANTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultantes:

- a) PacificBlu SpA; y
- b) Sociedad Pesquera Landes S.A.

Entidades que aportaron antecedentes:

- a) Pesquera Isla Quihua S.A.;
- b) Fiscalía Nacional Económica ("FNE"); y
- c) Sociedad Nacional de Pesca F.G. ("Sonapesca").

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS CONSULTANTES

1. A fojas 39, el 10 de diciembre de 2018, las Consultantes formularon consulta respecto de las bases de la subasta de licencias transables de pesca ("LTP") clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41° 28,6' L.S. (la "Subasta"), contenidas en la Resolución Exenta N° 4.150, de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura ("Subpesca"), de 28 de noviembre de 2018. En específico, las Consultantes sostienen que las bases de la Subasta podrían infringir las disposiciones del D.L. N° 211, pues no consideran en su configuración la existencia de pesca ilegal de la merluza común, careciendo de medidas eficaces para evitar que esa pesca ilegal distorsione las condiciones de competencia en la Subasta y en la actividad extractiva de ese producto.

2. Las Consultantes indican que la unidad de pesquería de la merluza común está sometida al régimen de plena explotación, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Pesca y Acuicultura ("LGPA"), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado consta en el Decreto N° 430 de septiembre de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo). Las consultantes agregan que la declaración del recurso bajo este régimen genera las siguientes consecuencias: (a) habilita a la autoridad a fijar cuotas globales anuales de captura, la que es fraccionada entre el sector pesquero industrial y el sector pesquero artesanal en la forma que determina la LGPA; y (b) suspende la recepción de solicitudes y el otorgamiento de autorizaciones de pesca, así como la inscripción en el registro artesanal.

3. Afirman, además, que la cuota del sector industrial se administra mediante LTP

las que pueden ser de clase A o clase B. Las primeras fueron otorgadas a quienes eran titulares de autorizaciones de pesca y tienen una vigencia de 20 años renovables, mientras que las clase B son adquiridas en virtud de una subasta, como la consultada en autos, la que se realiza en la medida que se verifique alguna de las hipótesis señaladas en la LGPA. De este modo, la adjudicación de LTP clase B reduce proporcionalmente las toneladas que los titulares de LTP clase A pueden extraer. Las LTP clase B también tienen una duración de 20 años y son renovables.

4. En relación con el sector artesanal, las Consultantes indican que éste se rige por el Régimen Artesanal de Extracción ("RAE"), bajo el cual la asignación de la fracción artesanal de la cuota global la realiza Subpesca a los pescadores artesanales debidamente inscritos en el Registro Pesquero Artesanal ("RPA"), atendiendo a diversos factores.

5. Luego, las Consultantes afirman que la pesca ilegal de la merluza común es realizada principalmente por el sector artesanal, ya sea (a) por quienes no están inscritos en el RPA; (b) por quienes estando inscritos en dicho registro pescan por sobre la cuota que le fue asignada para este recurso; o (c) por quienes realizan una declaración de desembarque menor que la captura efectiva. Si bien no existiría una estimación precisa de la magnitud de la pesca ilegal de la merluza común, las Consultantes citan diversos estudios, concluyendo que en Chile se extrae *sustancialmente* más merluza común de lo permitido por la cuota. En específico, citan un informe del Centro de Desarrollo y Pesca Sustentable, un estudio elaborado por académicos de la Universidad de Concepción y un informe del Instituto de Fomento Pesquero.

6. La pesca ilegal es calificada por las Consultantes como el principal problema de la unidad de pesquería de merluza común, calificación que también le habría otorgado el Comité de Manejo de la Pesquería de Merluza Común. Señalan que la pesca ilegal antes señalada: (a) distorsiona la evaluación del stock de merluza común, lo que afectaría los supuestos sobre los cuales la autoridad tomaría decisiones tales como la fijación de la cuota global de captura y la determinación de la procedencia de subastas para el otorgamiento de LTP clase B; (b) genera sobreoferta del recurso, disminuyendo los precios y afectando con ello los ingresos de los pescadores, lo que incentivaría a su vez el aumento de la pesca ilegal; y, (c) no paga impuestos y genera riesgos sanitarios.

7. Las Consultantes exponen que una primera razón para explicar por qué la pesca ilegal es efectuada por una parte del sector artesanal serían las asimetrías regulatorias existentes entre éste y el sector industrial, en particular que: (a) todas las embarcaciones deben entregar información de desembarques por viaje de pesca,

certificada por una entidad auditora acreditada, con excepción de aquellos armadores artesanales con naves de eslora inferior a 12 metros; (b) todas las embarcaciones deben utilizar un sistema de posicionamiento satelital de naves pesqueras, con excepción de embarcaciones artesanales con eslora inferior a 15 metros dedicadas exclusivamente a la extracción de merluza común y naves de eslora inferior a 12 metros; (c) todos los armadores deben utilizar un sistema de registro de imágenes que permita verificar la ocurrencia de alguna infracción a las normas de pesca, con excepción de embarcaciones artesanales con eslora inferior a 15 metros dedicadas exclusivamente a la extracción de merluza común y naves de eslora inferior a 12 metros; y (d) las sanciones por incumplir obligaciones de información o certificación antes mencionadas son distintas según si se trata de un armador industrial o de un armador artesanal. Estas asimetrías serían relevantes, porque de acuerdo con datos de 2017, el 83% de la captura de merluza común se realiza con embarcaciones de eslora igual o inferior a 12 metros o “botes artesanales”.

8. Afirman que, a pesar de que la fiscalización que realiza el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“Sernapesca”) y la Subpesca se enfocaría principalmente en el sector artesanal, su capacidad se encontraría superada por la dispersión geográfica de los puntos de desembarque y la informalidad con la que opera parte del sector artesanal. Agregan que ambos servicios están en conocimiento de la existencia y magnitud de la pesca ilegal de la merluza común y que, a pesar de ello, no incluyeron en las bases de la Subasta los resguardos necesarios para evitar un incremento de la misma.

9. En específico, en relación con la Subasta, las Consultantes indican que, ésta permite la participación de armadores artesanales quienes se podrían hacer de parte de la fracción industrial, lo que no sería en sí mismo problemático, ya que podría aumentar la competencia *ex ante*. Sin embargo, señalan que esta situación puede incrementar la pesca ilegal de la merluza común arriesgando con ello la sustentabilidad del recurso. Lo anterior debido a que el armador artesanal que se adjudique LTP clase B, o bien las adquiriera por cualquier medio, estaría sujeto a dos regímenes de pesca distintos: por una parte, podría seguir actuando como armador artesanal sin tener la obligación de certificar sus desembarcos o utilizar sistemas de geo-posicionamiento respecto de la cuota artesanal que se le haya asignado y, por otra, actuaría como industrial respecto de la cuota asociada a la LTP clase B que haya adquirido. Esta “doble militancia” generaría incentivos para que dicho armador utilice el régimen jurídico de los armadores artesanales para la extracción de la cuota industrial que se adjudicó o adquirió, aumentándose la pesca ilegal a través del subreporte de desembarques y de viajes de pesca.

10. Las Consultantes agregan que lo anterior generaría riesgos en la competencia, tanto en la Subasta como en la actividad extractiva de la merluza común. En primer lugar, dicha asimetría distorsionaría la igualdad de los proponentes de cara a la Subasta ya que el armador artesanal, que puede pescar ilegalmente, tendría una mayor disposición a pagar por los lotes que se subasten, pues las LTP clase B le permitirían capturar un número mayor de toneladas. En segundo lugar, señalan que la pesca ilegal distorsionaría las condiciones de competencia entre los pescadores, ya que –a corto plazo– existiría una sobreoferta del producto, lo que se traduciría en precios más bajos de los que existirían en una situación de equilibrio, y a largo plazo podría llevar a la escasez del producto con el consecuente sobreprecio que ello implica.

11. Atendido todo lo señalado, las Consultantes exponen que, si la Subasta se lleva a cabo en los términos indicados en las bases, los efectos de la pesca ilegal antes señalados se verían acentuados. Para resguardar este riesgo solicitan que se establezcan las siguientes medidas en las señaladas bases:

- (i) Impedir que los armadores artesanales que exploten la fracción de la cuota industrial se aprovechen de la ambivalencia normativa disponiendo que, en la medida que la embarcación utilizada se encuentre inscrita en el registro de naves a que se refiere el artículo 29 de la LGPA, esa embarcación no podrá capturar ningún recurso pesquero al amparo de su inscripción artesanal. En subsidio, solicitan prohibir que esos armadores artesanales capturen merluza común con cargo a la cuota artesanal e industrial en un mismo viaje de pesca, debiendo informar anticipadamente a Subpesca con cargo a qué cuota capturarán merluza común para cada viaje de pesca;
- (ii) Someter a los armadores artesanales que exploten la fracción industrial de la cuota global de captura a un régimen de deberes análogo al de los armadores industriales, que incluya a lo menos la obligación de certificar el 100% de sus desembarques, la obligación de mantener e instalar un sistema de posicionamiento satelital, la obligación de informar cada zarpe y recalada, la obligación de desembarcar sólo en aquellos puntos habilitados de desembarque en que Sernapesca cuente con la posibilidad de certificación y fiscalización efectiva, y un régimen de sanciones equivalente al que se aplica a los armadores industriales;
- (iii) Las demás otras condiciones que el Tribunal estime necesarias para que las bases de la Subasta se ajusten al D.L. N° 211; y

Finalmente, solicitan que este Tribunal ordene a la Subpesca incorporar las condiciones que se determinen en futuras bases administrativas para las subastas de LTP clase B.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

12. El 13 de diciembre de 2018, a fojas 96, se dio inicio al proceso de consulta consistente en determinar si las bases de la Subasta podrían infringir las normas que protegen la libre competencia. En dicha resolución de inicio, corregida a fojas 103, se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; a Sonapesca; a Sernapesca; y a Subpesca, obligando a esta última a informar del inicio de este procedimiento, por el medio que estime más conveniente, a las empresas titulares de LTP clase A para el recurso de merluza común y a los pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal para el recurso merluza común en las regiones IV a X y en la XIV región, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de dicha resolución en el Diario Oficial, publicación que fue efectuada el 7 de enero de 2019 de acuerdo al documento que rola a fojas 108. Luego, por resolución de fojas 113, se amplió el plazo para aportar antecedentes hasta el 15 de marzo de 2019.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

13. A fojas 120, Pesquera Isla Quihua S.A. aportó antecedentes indicando que la autoridad pesquera no consideró la pesca ilegal en el diseño de las bases de la Subasta, lo que genera riesgos asociados a la sustentabilidad del recurso merluza común. Señaló que las bases de la Subasta, si bien operan bajo el principio de libre concurrencia y permiten la participación tanto de pescadores industriales como de pescadores artesanales, no permitirían que el adjudicatario ejerza los derechos obtenidos por la licitación en igualdad de condiciones, esto debido a que los pescadores industriales no se encuentran sujetos a las mismas obligaciones, siendo las obligaciones del pescador artesanal menos exigentes. Expone que dicha situación genera una ventaja competitiva ilegítima en favor de los pescadores artesanales que podrán operar en condiciones disímiles respecto de los industriales adjudicatarios. Agrega que esta diferencia se reflejará en una mayor disposición a pagar por parte del artesanal en cada lote dentro de la Subasta.

14. A fojas 139, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes reconociendo, en primer lugar, la relevancia y magnitud del problema de la pesca ilegal en la unidad de pesquería de la merluza común. Indica que, desde el punto de vista de la libre competencia, la existencia de asimetrías normativas entre agentes económicos que tienen diferentes características no necesariamente es problemática, siempre que dichas asimetrías no impidan o limiten la libre competencia. Al respecto, agrega que si

la asimetría proviene del diseño de las bases de la licitación o subasta, el procedimiento de consulta ante este Tribunal es el adecuado, lo que no ocurriría si la asimetría proviene de la ley, en cuyo caso lo procedente sería la apertura de un expediente de recomendación normativa. Con relación a la Subasta objeto de la consulta, la FNE examinó el impacto que tendría la eventual inclusión de las medidas propuestas por las Consultantes y concluyó que el problema de la pesca ilegal no es inherente al diseño de la Subasta, sino que lo es a la fiscalización de la actividad extractiva del recurso, por lo que la inclusión de dichas medidas no alteraría el riesgo de aumento de la pesca ilegal. Esta conclusión se sustenta en el análisis que se describe a continuación:

14.1. En primer lugar, la FNE indica que la fijación de cuotas de pesca y derechos asociados a ésta tienen como objetivo asignar eficientemente los derechos de pesca y propender a la sustentabilidad del recurso. Al respecto, señala que es esencial para lograr dichos objetivos que los derechos de pesca sean transferibles con independencia de su asignación. Afirma que la existencia de un mercado secundario de derechos de pesca competitivo disminuye los riesgos asociados a la asignación inicial de estos derechos, por lo que las condiciones de las subastas o licitaciones de cuotas no incidirían en la dinámica del mercado. Sin perjuicio de ello, expone que el diseño de las bases de las licitaciones o subastas deben favorecer la concurrencia de oferentes, disminuyendo las barreras de entrada y desincentivando la colusión entre sus participantes.

14.2. Luego, efectúa un análisis de la relevancia de la Subasta dentro de la actividad de extracción de la merluza común determinando el porcentaje de la cuota global que ésta representa. Indica que la Subasta afecta al 3% de la cuota global de pesca en la pesquería de la merluza común y que, de acuerdo con la LGPA, en un plazo de tres años, se subastará el 9% del total de dicha cuota, que corresponde a un 15% de la fracción industrial. Al respecto, concluye que tanto la Subasta como los dos procesos licitatorios pendientes recaen sobre un porcentaje acotado de la cuota global que difícilmente puede generar cambios relevantes o incentivos inadecuados en el mercado, más todavía si se considera la magnitud de la pesca ilegal.

14.3. En cuanto a las asimetrías regulatorias existentes entre el régimen artesanal y el industrial, la FNE analizó algunas de ellas considerando los eventuales incentivos que tendrían los pescadores artesanales de cara a la Subasta. Al respecto, concluyó que el deber de informar los desembarques afecta tanto a artesanales como a industriales y que, de conformidad con la respuesta entregada por Subpesca, la certificación de capturas es obligatoria para armadores artesanales cesionarios de toneladas de una LTP clase B, con independencia de la eslora de la embarcación.

14.4. En lo que respecta al posible aumento de la pesca ilegal, la FNE afirma que no existe un cambio en los incentivos que tendrían los pescadores artesanales producto de la Subasta, debido a que quienes pescan ilegalmente no tienen interés en adjudicarse LTP clase B para realizar una actividad ilícita. Agrega que las LTP clase A también son transferibles y que las toneladas que ellas representan pueden cederse, por lo que el riesgo identificado por las Consultantes ha existido desde el inicio del sistema de LTP, ya que desde siempre los artesanales podrían haber ofrecido precios “supracompetitivos” para comprar una LTP clase A y luego cederse las toneladas que ellas representan.

14.5. Por último, la FNE expuso que los riesgos identificados por las Consultantes no se verificaron en la Subasta, pues todas las adjudicatarias tenían interés directo en la extracción del recurso por cuenta propia y, además, ya detentaban una cuota de merluza común asociada a una LTP clase A en 2017.

15. A fojas 225, la Sociedad Nacional de Pesca A.G. aportó antecedentes afirmando que: (i) la pesca ilegal es una realidad extendida entre los pescadores artesanales, quienes a veces recurren a violencia para obstaculizar la fiscalización de la autoridad; (ii) existen pescadores inscritos en el RAE que, a pesar de haber sido sancionados por incurrir en pesca ilegal, han participado de subastas de LTP clase B; y (iii) los pescadores artesanales adjudicatarios de LTP clase B se *autoceden* las toneladas que le fueron adjudicadas en las subastas, para con ello hacer uso de ellas bajo un régimen más beneficioso. Acredita lo anterior con hechos que expone en su presentación.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

16. A fojas 274 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 13 de agosto de 2019, a las 9:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de la citación a dicha audiencia se efectuó, según consta a fojas 327, el 17 de julio de 2019, mientras que la publicación en la página web del tribunal se realizó el 11 de junio de 2019.

17. En la audiencia pública, como consta a fojas 460, intervinieron los apoderados de las Consultantes y de los aportantes de antecedentes: Sonapesca y FNE.

II. PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

18. En términos generales y tal como se mencionó en la parte expositiva, la consulta de autos tiene por objeto determinar si las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para el recurso de la merluza común, en su unidad de pesquería comprendida desde la Región de Coquimbo hasta el paralelo 41° 28,6' L.S., contenidas

en la Resolución Exenta N° 4.150 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, de 28 de noviembre de 2018, podrían infringir las normas que protegen la libre competencia. Al respecto, es necesario tener presente que la Subasta fue adjudicada tras la apertura de las ofertas económicas el 20 de diciembre de 2018, según se indica en el aporte de antecedentes de la FNE, a fojas 158.

19. Para estos efectos, en primer término, se determinará el ámbito de revisión de las bases de la Subasta. Luego, se analizará la principal alegación de las Consultantes, esto es, si la omisión de medidas destinadas a precaver la pesca ilegal de merluza común en las bases de la Subasta afecta la libre competencia. Como se verá, dicha omisión no produce distorsiones que tengan la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

20. En cuanto al ámbito de revisión de las bases de la Subasta, no está en duda en estos autos el hecho que las instituciones del Estado están sujetas al derecho de la competencia, cuestión que ha sido afirmada repetidamente por este Tribunal y por la Excelentísima Corte Suprema. Así por ejemplo, *“es menester recordar que el SRCEI, en tanto órgano del Estado, debe respetar el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el que se reitera en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esto implica que todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones deben someter su acción a la Constitución y las leyes, dentro de las cuales está el D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia”* (Sentencia N° 132/2013, c. 5°). En particular, en materia de licitaciones públicas, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido consistente en señalar que *“las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este 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”* (Sentencia N° 138/2014, c. 13°).

21. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario establecer el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre bases de una licitación o subasta. Como se ha sostenido, las licitaciones *“son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”* (Sentencia 118/2012, c. 6°).

22. Así, el diseño de las bases de una licitación puede ser objeto de escrutinio por

parte de este Tribunal, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello (cfr. Sentencia N° 138/2014, c. 13°).

23. Para efectos de dicho escrutinio, se debe tener presente que el interés público protegido en esta sede es la libre competencia en el mercado. Luego, para concluir la existencia de una afectación a esta última, no basta con acreditar que las bases de la Subasta que se analiza contienen elementos arbitrarios o discriminatorios que podrían subsanarse con un mejor diseño, sino que debe demostrarse que tales elementos o su omisión conllevan una infracción a las reglas de defensa de la competencia. Así, se ha fallado que *“el incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos ‘no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar”* (Resolución N° 50/2017, §60, citando la Sentencia 114/2011, c. 35°). Asimismo, se ha sostenido que lo exigido al Estado es la mantención de condiciones mínimas de rivalidad, que se traducen 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 N° 138/2014, c. 17°).

24. En el caso de autos, estamos frente a una subasta que tiene por objeto el otorgamiento de un título habilitante no exclusivo para desarrollar una determinada actividad económica, en este caso la extracción de un recurso natural, que se encuentra regulada y limitada en función de consideraciones de política pública. La Subasta sólo se refiere a una porción –un 5%– de la llamada fracción industrial de la cuota global de captura de merluza común, que –a su vez– representa sólo un 3% de esta; y, asimismo, la porción subastada se adjudica en bloques. Adicionalmente, las LTP clase B subastadas, como su denominación indica, son transferibles con posterioridad, por lo que podrá existir un mercado secundario a su respecto. Es bajo estas consideraciones que debe analizarse la pretensión de las Consultantes.

G. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE LAS CONSULTANTES

25. Conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 18 del D.L. N° 211, corresponde a este Tribunal *“conocer (...), los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”*.

26. En consecuencia, y sin perjuicio del impacto que la pesca ilegal pueda tener en un análisis competitivo en la pesca de la merluza común, este Tribunal ve limitada su competencia a la determinación de si las bases de la Subasta infringen o pueden infringir el D.L. N° 211. Por lo mismo, no corresponde, en el marco de este procedimiento, efectuar consideraciones respecto de los distintos regímenes regulatorios que afectan a la pesca artesanal y la pesca industrial, o a los efectos y consecuencias que se siguen de la existencia de cargas regulatorias asimétricas entre los distintos agentes que operan en el mercado.

27. Tampoco corresponde, dentro del marco de este procedimiento, cuestionar la interpretación que la autoridad administrativa competente haga de la normativa que afecta a esta actividad económica en cuanto no suponga una afectación de la libre competencia. En otras palabras, no corresponde a este Tribunal referirse a la interpretación que realiza la Subpesca de la LGPA en relación con la posibilidad de que una misma embarcación capture merluza común con cargo a la cuota artesanal y a una LTP clase B, como ha sido cuestionado por las Consultantes; así como tampoco al beneplácito otorgado por ese organismo estatal a la autocontratación por armadores artesanales para la cesión de toneladas adjudicadas en subastas, según ha sido sostenido por Sonapesca.

28. Las Consultantes afirman que las bases de la Subasta omiten considerar los efectos de la pesca ilegal de merluza común en las condiciones de competencia de la Subasta. Como se ha expuesto, sostienen que la pesca ilegal de merluza común sería realizada principalmente por una parte del sector artesanal, lo que se explicaría por la asimetría regulatoria entre esta (en especial, en relación con naves de eslora menor a 12 metros, que representan un 88% de las embarcaciones artesanales inscritas en esta pesquería, según se indica en el Plan de Manejo de la Pesquería de Merluza Común que rola a fojas 280) y la pesca industrial, por la dificultosa fiscalización de los desembarques efectuados por los pescadores artesanales.

29. Luego, los Consultantes sostienen que la pesca ilegal distorsiona la igualdad entre los proponentes de cara a la Subasta, pues los pescadores artesanales tendrían una disposición a pagar por cada lote sustancialmente mayor, al incorporar en su decisión la posibilidad de capturar varias veces las toneladas que formalmente le podrían ser asignadas. Un segundo elemento distorsionador de la competencia, conforme indican las Consultantes, sería el hecho de que la pesca ilegal no paga el impuesto al valor agregado. Un tercer elemento, que aparece menos destacado en el texto, es la afirmación de que la posibilidad de los pescadores artesanales de acceder a parte de la fracción industrial por medio de la Subasta conduzca a un aumento

“explosivo” de esa flota, lo cual resultaría en un aumento de la pesca ilegal.

30. Por tales razones, según las Consultantes, los efectos contrarios a la competencia se subsanarían incorporando a las bases de la Subasta medidas que eviten lo que denominan ambivalencia normativa, ya sea impidiendo a los armadores artesanales actuar bajo dos regímenes jurídicos distintos, o bien, equiparando sus obligaciones con aquellas que corresponden a los armadores industriales.

31. Según afirman las Consultantes, la principal causa de la prevalencia de la pesca ilegal es la asimetría regulatoria existente entre los pescadores artesanales e industriales. Adicionalmente, el impacto de la asimetría regulatoria en la prevalencia de la pesca ilegal de merluza común, según los propios dichos de las Consultantes, provendría de las dificultades que enfrenta Sernapesca para fiscalizar los desembarques realizados por pescadores artesanales.

32. Ante todo, cabe señalar que, en cualquier caso, la información disponible da cuenta de que parte del sector industrial también incurre en pesca ilegal de merluza común, aunque su relevancia en relación con la cuota de captura es proporcionalmente menor a la que se da en el sector artesanal y ha ido en disminución. En efecto, de acuerdo con el informe de Arancibia *et al*, acompañado a fojas 71, el sector industrial realizó capturas por cantidades que representaban entre 1,17 a 2,84 veces el desembarque anual correspondiente a la fracción industrial (que, a su vez, representa el 60% de la cuota global de captura), durante el período comprendido entre 1980 y 2015 (p. 205 del informe).

33. Enseguida, las peticiones de las Consultantes, basadas en la referida asimetría regulatoria, apuntan a incorporar en las bases de la Subasta obligaciones para los pescadores artesanales que se adjudiquen, o que exploten parte de la fracción industrial de la cuota global de captura, que faciliten su fiscalización, o bien, someterlos a un régimen análogo al aplicable a los pescadores industriales, pues de esta manera se aminoraría la posibilidad de que esos pescadores artesanales pudieran incurrir en pesca ilegal. En este sentido, pareciera que el objetivo de la Consulta, tal como fue indicado por Sonapesca en su aporte de antecedentes, es impedir que parte de la fracción industrial pueda ser explotada bajo el régimen regulatorio aplicable al sector artesanal. Esta última es una cuestión que no se relaciona directamente con un problema de libre competencia en el diseño de las bases de la Subasta, sino con un cuestionamiento más general al sistema regulatorio imperante.

34. Con todo, tal como se desprende de la información que ha sido acompañada en autos por las propias Consultantes y por los demás aportantes de antecedentes, la

pesca ilegal de merluza común ocurre –y ha ocurrido– con independencia del régimen de licencias establecido por la LGPA y, por ende, de las eventuales reglas que, para precaverla, pudieran eventualmente imponerse en las bases de la Subasta.

35. En efecto, de acuerdo a la consulta, la pesca ilegal es un fenómeno que se arrastra por décadas y, aunque en los últimos años podría sostenerse que ha ido en aumento, de acuerdo con el informe de Arancibia *et al* (p. 191 de ese informe), no parece posible que la Subasta, incluso considerada en conjunto con las demás que deben realizarse de acuerdo a la LGPA, pudiera incidir de alguna forma en esa práctica, toda vez que quienes realizan pesca ilegal no se ven constreñidos por el hecho de participar en la Subasta. A ello se agrega que, tal como señala la FNE a fojas 154, la porción de la cuota global de captura afecta a la Subasta (y las demás que se realicen con posterioridad) difícilmente podría generar por sí misma cambios relevantes o incentivos inadecuados en el mercado, más aún si se compara ese porcentaje de la cuota global de captura con las estimaciones que las propias Consultantes han presentado respecto de la pesca ilegal de merluza común.

36. Las Consultantes sostienen, además, que la posibilidad de pescar ilegalmente conllevaría una mayor disposición a pagar por los lotes subastados por parte de los pescadores artesanales, lo que afectaría las condiciones de competencia en la Subasta misma. Sin embargo, esa hipótesis tiene como premisa que quienes pescan ilegalmente requieren participar en la Subasta y obtener un título habilitante en ella para hacerlo, lo que, a todas luces, no es efectivo, pues como se ha dicho, la pesca ilegal ha ocurrido por años sin mediar subastas de por medio.

37. Por lo demás, al tratarse de hechos que se efectúan al margen de la ley y que son de dificultosa detección y fiscalización, parece un contrasentido que quienes los realicen, o pretendan realizarlos, se expongan públicamente participando en la Subasta. Adicionalmente, incluso asumiendo que esos agentes participasen de la Subasta, de ello no se sigue que vayan a tener una mayor disposición a pagar por los lotes que otros agentes, como sostienen las Consultantes, debido a que el título habilitante que podrían adjudicarse no les es necesario ni imprescindible para realizar la actividad ilícita de la cual extraerían rentas. En este mismo sentido se pronunció la FNE, en cuanto sostiene que el problema de la pesca ilegal no es inherente a la Subasta o a su diseño, sino a la fiscalización de la actividad (fs. 152).

38. A ello se agrega que la supuesta mayor disposición a pagar por los lotes contradice lo señalado en el informe de Subpesca utilizado como antecedente para la preparación de las bases de la Subasta, donde se afirma que “[e]l sector artesanal, vinculado a la pesquería de Merluza común desconoce el proceso de subasta, es una

*actividad nueva para la mayoría de los actores (sic) (...), actualmente no tiene contemplado entre sus costos la tenencia de cuota de Merluza común. (...) [L]a adquisición de una cuota de LTP clase B, significaría contemplar un costo adicional (...), [d]ado lo anterior surge el supuesto que los actores del sector pesquero artesanal tendrán una baja participación, salvo la representatividad de la flota participe del RAE de Merluza común” (Subsecretaría de Pesca, Informe Técnico DAS N° 21-2018, Antecedentes para la Elaboración de las Bases Administrativas para la Subasta de Licencias Transables de Pesca, Clase B en la Pesquería de Merluza común (*Merluccius gayi*) entre la Región de Coquimbo y el paralelo 41°28,6' L.S., a fojas 295 y 295 vta.).*

39. Por último, el contrafactual dado por los resultados de la Subasta tampoco da cuenta de que armadores artesanales hayan tenido una disposición a pagar por los lotes superior a actores que operan bajo el régimen industrial, ni se han aportado antecedentes en autos que den cuenta de distorsiones en los precios de adjudicación de los distintos lotes.

40. A mayor abundamiento, los armadores artesanales, para tener esa calidad, no requieren contar con una LTP clase B. Si bien es argumentable que no es equivalente el no contar con título habilitante alguno a contar con este y excederse en la cuota asignada, cabe señalar que, por la propia naturaleza transferible de las LTP, es posible acceder a tal título habilitante con posterioridad a la Subasta, sin que en ello tenga incidencia el diseño de las bases. Por tanto, aun si fuese correcto que los armadores artesanales que pretenden pescar ilegalmente tienen una mayor disposición a pagar por los lotes subastados, nada les impediría adquirir una licencia con posterioridad a la Subasta, en cuanto esa mayor disposición a pagar por el lote se mantendría.

41. Además, la alegación de las Consultantes contradice la declaración del señor Nelson Fernández R., acompañada por las propias Consultantes, quien sostiene que “[o]tros pescadores artesanales ni siquiera tienen cuota para la merluza común, pero la extraen de todos modos” (fs. 266). Así, el diseño de las bases de la Subasta sólo podría tener impacto en ese contexto en cuanto prohibiera o impidiera que la fracción industrial subastada fuese explotada bajo el régimen regulatorio aplicable a la pesca artesanal, lo que, como se dijo más arriba, corresponde a una definición regulatoria que excede el objeto de este proceso. Por lo demás, las mismas Consultantes, así como otros aportantes de antecedentes, reconocen que los pescadores artesanales ya pueden hacerse de las toneladas asignadas a industriales a través de cesiones totales o parciales reguladas en la ley (fs. 51 vuelta, 147 y 235).

42. Adicionalmente, como lo señaló la FNE, los resultados de la Subasta tampoco se avienen con la hipótesis sostenida por las Consultantes. En efecto, tal como señala

ese organismo, en la Subasta participaron doce empresas, de las cuales seis fueron Empresas de Menor Tamaño (EMT) que presentaron ofertas respecto de los lotes reservados para estas. Las adjudicatarias fueron seis empresas distintas, todas las cuales tenían interés directo en la extracción del recurso por cuenta propia, a lo que se agrega que todas ellas ya poseían una cuota de merluza común asociada a una LTP clase A en el año 2017 (fs. 159). Ante este hecho, las Consultantes solo ofrecen la declaración del señor Armando Cummins G., quien sostiene que en la Subasta de diciembre de 2018 participaron empresas crustáceas del norte del país, las que habrían tenido disposición a pagar precios muy altos, aventurando, sin respaldo en antecedentes de hecho, que en Subastas posteriores ese fenómeno no se repetiría y así aumentaría la probabilidad de adjudicación por parte de pescadores ilegales (fs. 264).

43. En consecuencia, no es posible establecer fundadamente la existencia de un riesgo para la competencia en subastas futuras que se rijan por bases similares a las bases de la Subasta.

44. Por el contrario, algunas de las medidas solicitadas por las Consultantes podrían tener efectos perjudiciales para la competencia en la Subasta, pues su implementación significaría aumentar los costos que enfrentan los pescadores o armadores artesanales para pujar por alguno de los bloques reservados para EMT en la Subasta.

45. Este efecto de aumento de costos es fácilmente apreciable respecto de la solicitud de establecer la obligación de instalar y mantener un sistema de posicionamiento satelital para todos y cada uno de los viajes, sea que involucren la fracción industrial o artesanal de la cuota, con el mismo reglamento y obligaciones de las naves industriales, lo que significaría que los armadores artesanales que utilicen botes de eslora inferior a 15 metros tendrían que asumir ese costo aun cuando regulatoriamente no estén obligados a ello. Adicionalmente, de acuerdo con la información recabada por la FNE, la imposición de esa obligación tuvo como objetivo el controlar que la flota industrial no ingresara a la zona de cinco millas reservada para la actividad artesanal, y no a un control de los desembarcos efectuados. Por ello, debiera previamente evaluarse su pertinencia para el control que las Consultantes desean ejercer, en circunstancias de que la Subpesca tenía objeciones a su imposición precisamente en función del costo que significaba para los pescadores artesanales (FNE, a fojas 156).

46. En consecuencia, si se acogiera lo solicitado por las Consultantes, incrementando el costo de desarrollo de la actividad por parte de armadores artesanales que se adjudicaran LTP clase B, mejoraría la posición de los armadores

industriales en la Subasta, al desincentivar la participación de los artesanales sea que realicen o no pesca ilegal.

47. En suma, de los antecedentes acompañados en autos, no se advierte que el diseño de las bases de la Subasta al, supuestamente, no considerar la incidencia de la pesca ilegal en su elaboración, infrinja o pueda infringir las disposiciones del D.L. N° 211, lo que hace impertinente referirse en extenso a cada una de las medidas específicas solicitadas por las Consultantes.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N°211,

SE RESUELVE:

Declarar que no existen antecedentes en autos que permitan concluir que las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B para la merluza común, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 4150, de 28 de noviembre de 2018, de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, infrinjan o puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N°450-18



Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. No firma el Ministro Sr. Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

