

Proposición N° 12

“Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros”

Rol ERN 12-10

Santiago, veintisiete de enero de dos mil once.

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| I. Introducción y marco analítico | 2 |
| II. Extensión y alcance de la potestad de emitir propuestas de modificaciones normativas c..... | 3 |
| III. Resumen de las opiniones formuladas por los intervinientes..... | 8 |
| IV. El problema del acceso a los recursos pesqueros y su régimen vigente | 12 |
| V. El mercado o actividad económica que motiva la presente Proposición: | 18 |
| V.1. Sectores económicos en análisis. | 18 |
| V.2. Pesca extractiva industrial y artesanal. | 21 |
| V.3. Sector extractivo industrial en la industria de reducción..... | 22 |
| V.4. Principales especies y productos procesados | 23 |
| V.5. Concentración en la industria de reducción pesquera. | 25 |
| VI. Análisis de las condiciones de competencia en la industria | 31 |
| VI.1. Fuentes de desafiabilidad de mercado en la industria de reducción chilena | 31 |
| VI.1.1. Sector extractivo artesanal..... | 31 |
| VI.1.2. Mercado internacional | 32 |
| VI.2. Eficiencia asignativa y eficiencia productiva | 40 |
| VI.3. Sobre la transferibilidad de las cuotas de pesca bajo el sistema de LMCA..... | 41 |
| VI.3.1. Transferibilidad de cuotas de pesca y costos de transacción | 42 |
| VI.3.2. Análisis del mercado de transferencias de cuotas en lo que concierne a su titularidad y su uso | 44 |
| VII. Conclusiones. | 53 |
| VIII. Proposiciones..... | 56 |

I. Introducción y marco analítico

1. En el contexto del próximo término de vigencia de la Ley N° 19.713 del año 2001 (en adelante, también, “Ley de Cuotas”), sobre Límite Máximo de Captura por Armador (en adelante, también, “LMCA”) y de la probable tramitación de un proyecto de ley que la reemplace, este Tribunal ha decidido iniciar de oficio -tras la consulta presentada por la sociedad Lota Protein en autos Rol NC N° 379-10 y su posterior declaración de inadmisibilidad- el presente Expediente de Recomendación Normativa (en adelante, “ERN” o, simplemente, “Expediente”), con el objeto de analizar la conveniencia de proponer, informada y fundadamente, la dictación de una normativa destinada a promover la libre competencia y a regular el ejercicio de la actividad económica de extracción de recursos pesqueros, ejerciendo la facultad que le confiere el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.
2. Para ello, se dio inicio a un procedimiento público en el que participaron autoridades, diversos agentes económicos y otros intervinientes interesados (en adelante, “interviniente” o “intervinientes”, según corresponda), quienes, en los términos que se indicarán en la presente proposición (en adelante, “Proposición”) proveyeron información y opiniones respecto del mecanismo de asignación de cuotas de captura por armador que, basado en indicadores de presencia histórica de pesca y capacidad de bodega, es el que opera en nuestro país desde la entrada en vigencia del sistema de LMCA en febrero de 2001, junto con entregar antecedentes respecto de su funcionamiento y sobre experiencias comparadas en otros países.
3. A la vista de todos los antecedentes así recopilados, este Tribunal ha decidido que es conveniente efectuar una Proposición, en los términos que se indicarán, cuya justificación y procedencia se analizará en el orden que a continuación se indica: en primer lugar (Capítulo II), el Tribunal determinará la extensión y alcance de las facultades del Tribunal que dan origen a esta Proposición, contenidas en el mencionado artículo 18 N°4 y, a propósito de ello, se hará cargo de las objeciones a la competencia de este Tribunal planteadas por los intervinientes. A continuación (Capítulo III), presentará, resumidas, las opiniones formuladas por los distintos intervinientes durante la tramitación del Expediente. Acto seguido (Capítulo IV), describirá el problema del acceso a los recursos pesqueros y su régimen vigente, particularmente en lo que dice relación con la asignación inicial de cuotas de pesca y la regulación aplicable a las transacciones sobre su uso y transferencia. Después (Capítulo V), analizará el mercado o actividad económica que motiva la presente

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Proposición, describiendo especialmente la estructura de la industria. Seguidamente (Capítulo VI), analizará las condiciones de competencia en los mercados en que inciden las cuotas determinadas por la Ley de Cuotas, buscando precisar de qué forma esas condiciones de competencia de mercado podrían estar condicionadas por el régimen de acceso a cuotas de pesca actualmente vigente. Por último, se consignarán las conclusiones (Capítulo VII) y propuestas de normas (Capítulo VIII) que este Tribunal considera necesario dictar, modificar o derogar para resguardar la libre competencia en la actividad económica en cuestión.

II. Extensión y alcance de la potestad de emitir propuestas de modificaciones normativas contenida en el artículo 18, N° 4, del Decreto Ley 211.

4. El artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene la atribución y el deber de “(p)roponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”. Esta potestad tiene su origen en el artículo 5° del D.L. N° 511 y su propósito es evitar la formación o preservación de monopolios o de imperfecciones en los mercados, por la vía de proponer o recomendar la dictación, modificación o derogación de preceptos generales -legales o reglamentarios- para armonizarlos con la libre competencia.
5. De la disposición legal antes transcrita, se desprende que el destinatario final del resultado del ejercicio de esta potestad es el Presidente de la República, (i) quien habrá de encauzar la Proposición que formule el Tribunal al Congreso Nacional para que éste dicte o modifique preceptora norma legal en cuestión, en concordancia con la política pública pesquera que, en esa instancia, se decida definir; o, (ii) quien habrá de instruir al Ministerio correspondiente para que éste dicte o derogue las disposiciones reglamentarias referidas en la Proposición, también en consonancia con la política pesquera vigente.
6. Por lo tanto, no puede argumentarse –como lo han hecho algunos intervinientes en este expediente- que este Tribunal estaría invadiendo atribuciones de otros órganos del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Estado, específicamente del Congreso Nacional, o abocándose a la definición de una futura política pública pesquera.

7. Al respecto, es preciso considerar que las atribuciones de este Tribunal deben entenderse delimitadas por su función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia (artículo 5° del D.L. N° 211), lo que circunscribe la Proposición sólo al ámbito de especialidad de este Tribunal, que corresponde al resguardo de la libre competencia.
8. Luego, por medio de esta potestad del artículo 18 N° 4, este Tribunal sólo propondrá fundadamente la dictación, modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime necesarios para que la actividad económica que se analizará sea regulada por las instancias políticas correspondientes en armonía con la libre competencia.
9. Así establecido lo anterior, cabe referirse ahora en particular a una serie de dudas planteadas por los intervinientes acerca de los límites constitucionales de la potestad antes referida.
10. La primera cuestión que surge es si este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe considerar o no las argumentaciones constitucionales esgrimidas por los intervinientes. Lo anterior, toda vez que, si bien no es un tribunal constitucional y su foco primario es la libre competencia en los mercados, no es deseable que proponga o recomiende a la autoridad pertinente una medida que pueda ser inconstitucional. La Constitución Política de la República importa un límite y debe evitarse que exista *-prima facie-* una vulneración, más allá de lo que se determine en otras sedes. Además, la exigencia de motivación jurídica hace plausible que este Tribunal haga referencia a argumentaciones ampliamente desarrolladas en tres informes en Derecho presentados por los intervinientes (sin perjuicio de las alegaciones y otros escritos). Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe contribuir al logro de claridad en el debate jurídico y de política pública que pueda darse con ocasión del ejercicio del artículo 18° N°4 del D.L. N° 211. Por todas estas razones, este Tribunal se pronunciará sobre dichas materias, en la medida que en ellas se enmarca su quehacer de resguardo de la libre competencia.
11. Así establecido lo anterior, una segunda pregunta que cabe hacerse es si existen o no limitaciones de carácter constitucional que este Tribunal deba respetar con ocasión de la Proposición que realiza. Esta interrogante busca verificar la existencia o no de ámbitos de inconstitucionalidad que puedan limitar las proposiciones normativas que el Tribunal pueda o no hacer. Lo primero que hay que tener presente, desde la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perspectiva del principio de juridicidad contenido en el artículo 7º de la Constitución Política de la República, es que este Tribunal tiene una potestad jurídica que es explícita y que le permite ejercitar espacios de discreción amplios. En segundo lugar, si se atiende al objetivo que dio origen al Expediente en curso, hay que tener presente que el Tribunal no se ha restringido, *a priori*, ni en la jerarquía ni en la oportunidad de vigencia de las normas que puede, eventualmente, proponer modificar o derogar, lo cual puede no ser inocuo en términos de las limitaciones constitucionales que puedan existir. En tercer lugar, dada la amplitud de acción del Tribunal derivada de una potestad no reglada, es posible plantear que, más que las limitaciones constitucionales sobre el pronunciamiento que éste realice, el foco de atención debe radicar, principalmente, en las limitaciones constitucionales que el poder legislativo tenga que respetar para poder llevar a efecto el eventual cambio normativo propuesto. En otras palabras, la discusión recae sobre la protección que la Constitución proporciona o no a las empresas pesqueras incumbentes frente a un cambio regulatorio que altere el *statu quo*.

12. Con el fin de ordenar y sintetizar la discusión constitucional que ha tenido lugar, se distinguirá entre dos tipos de limitaciones: las de carácter formal y aquellas sustantivas.
13. Respecto de las limitaciones de carácter formal, debe tenerse en consideración que éstas se refieren fundamentalmente a la jerarquía jurídica que debe tener la norma que se propone, esto es, si basta que la modificación se realice por la vía de la dictación de un reglamento o, por el contrario, si se exige que la reforma se efectúe por ley (y qué tipo de ley, según el caso). Si se asume que es el legislador quien tiene la potestad para llevar adelante la reforma que eventualmente se proponga, la discusión se reduce a qué tipo de ley es la exigida, lo cual, en último término, es un problema de quórum y, ciertamente, algo ajeno al ámbito de la proposición efectuada por este Tribunal. De hecho, la Proposición que se hace en virtud del ejercicio de la facultad establecida en el N°4 del artículo 18º del D.L. N° 211 no está concebida con el grado de detalle propio de un proyecto de cambio normativo. Así, pues, serán las autoridades competentes quienes, si así lo estiman, determinen la forma y jerarquía normativa idónea para llevar a cabo la propuesta de cambio que este Tribunal realizará.
14. En lo concerniente a los límites sustantivos, la discusión preponderante se refiere a la eventual restricción que impondría al legislador el derecho de propiedad consagrado en el número 24º del artículo 19º de la Constitución Política de la República. Para discernir la constitucionalidad de un cambio regulatorio, se suelen identificar a lo menos tres interrogantes relevantes: ¿existe un derecho expropiable?, ¿existe alguna justificación de interés público que respalde una intervención reguladora sobre el derecho

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

protegido? y, finalmente, ¿existe una privación o expropiación, o sólo una limitación o regulación no indemnizable?.

15. El foco principal de la discusión que ha tenido lugar en este Expediente ha consistido en determinar si existe o no un derecho expropiable. Lo que está en juego es la eventual protección de las rentas económicas derivadas del actual régimen jurídico pesquero, las cuales podrían verse afectadas por un cambio en el *statu quo*. Estas rentas económicas que, eventualmente, podrían disiparse ante un cambio legislativo, pueden ser reflejo de un derecho o, por el contrario, ser consecuencia de una situación de hecho que, aunque respetuosa de la juridicidad, no constituya un derecho amparado por la garantía de integridad patrimonial del artículo 19º N° 24 de la Constitución. Desde un primer punto de vista, el régimen jurídico establecido por la Ley N° 18.892, de Pesca (complementado por la Ley de Cuotas) da lugar, en sí mismo, a un derecho con un contenido económico susceptible de ser protegido. Desde otro punto de vista, en cambio, dicho régimen jurídico tiene un sentido fundamentalmente ordenador, no generando derechos subjetivos con un contenido económico a ser protegido.
16. Desde la perspectiva de quienes consideran que el actual régimen jurídico sí establece derechos expropiables, se considera, en síntesis, que una autorización de pesca otorga a su titular el derecho a realizar actividades pesqueras extractivas y, luego de la Ley de Cuotas, el derecho a capturar una cantidad determinada de ciertas especies en ciertas zonas. Asimismo, se estima que las autorizaciones de pesca generan derechos favorables y con cierta estabilidad, no constituyendo permisos precarios susceptibles de dejarse sin efecto por mero arbitrio de la autoridad. Y, finalmente, se destaca que las autorizaciones de pesca vigentes (más precisamente, las cuotas máximas de captura por armador) son transferibles bajo ciertas condiciones, lo cual refleja el reconocimiento del régimen regulatorio actual a derechos de contenido patrimonial.
17. Por su parte, bajo la óptica de quienes sostienen que no se está en presencia de derechos expropiables, se considera, en primer lugar, que el que se haya formado una renta o interés económico al alero de la legislación vigente no significa que dicha posición favorable y las expectativas que de ella derivan pasen a constituir un derecho que se pueda hacer valer incluso frente al mismo Estado – legislador. En segundo lugar, se estima que las autorizaciones de pesca otorgadas al amparo de la “Ley de Pesca” no otorgan derechos adquiridos expropiables, sino que constituyen un acto ordenador que remueve un obstáculo legal para el ejercicio de derechos constitucionales preexistentes que se le aseguran a todas las personas, como es aquel que permite apropiarse de los peces (artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República – en adelante, “CPR”) y ejercer una actividad económica lícita (artículo 19 N°

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21 de la CPR). En seguida, se manifiesta que el valor económico de las autorizaciones de pesca sería mínimo o inexistente si el régimen de acceso abierto contemplado en la ley no diera lugar, a partir de cierto momento, a un régimen de acceso restringido dirigido a evitar la sobreexplotación de ciertas pesquerías. Se está en presencia de situaciones más o menos favorables según circunstancias naturales y regulatorias (incluyendo la Ley de Cuotas) eminentemente cambiantes y que, por lo mismo, no pueden considerarse como derechos patrimoniales respecto de los cuales se pueda alegar una garantía de integridad. Por último, se plantea que el hecho que se reconozca la posibilidad de transferencia no significa que exista garantía de permanencia de un contenido patrimonial que puede diluirse. Esta posibilidad económica, se dice, no tiene por qué asociarse a un derecho adquirido, sino que es consecuencia de un mecanismo regulatorio de aprobación previa que, luego de la Ley de Cuotas, ha establecido nuevos límites, pero, también, generado mayores posibilidades de intercambio.

18. Respecto de la segunda interrogante, esto es, si existe o no alguna justificación de interés público que respalde una intervención reguladora sobre el derecho protegido, se ha diferido, tal como consta en el Expediente, sobre la manera más adecuada, desde el punto de vista de las políticas públicas, de regular el sector. Sin embargo, nadie ha controvertido en este Expediente que existe una justificación de interés público para regular o limitar la industria de la pesca extractiva. Manifestado en el lenguaje del artículo 19º Nº 24 de la CPR, no se ha dudado que las limitaciones u obligaciones que se impongan (o sea, la regulación) sí derivan de la función social en razón de así exigirlo, por ejemplo, el interés general de la Nación o la conservación del patrimonio ambiental. Lo anterior es importante, ya que para que un cambio regulatorio que inevitablemente tendrá un efecto distributivo sea legítimo, tiene que sustentarse en un interés público, algo no objetado en el presente Expediente.
19. La tercera y última interrogante, referida a si existe o no una expropiación o privación indemnizable, o sólo una regulación o limitación no indemnizable, no ha recibido mucha atención por parte de los intervinientes en este Expediente. Sin perjuicio de lo anterior, aun suponiéndose que de la actual regulación legal derivan derechos que permiten proteger un contenido patrimonial en virtud de la garantía establecida por el artículo 19ºNº24 de la Constitución, resta todavía dirimir si un cambio a la regulación legal da lugar o no a compensación por las pérdidas, daños o perjuicios irrogados.
20. Respecto de las interrogantes anteriores y sus posibles respuestas, es inevitable asumir la realidad de que todo cambio regulatorio (legislativo o reglamentario) generará beneficios para algunos agentes de mercado, mientras que para otros producirá,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mermas, pérdidas de beneficios, o incluso daños y perjuicios, por muy marginales que éstos sean. En otras palabras, cualquier modificación normativa lleva implícita, independientemente de la cuantía, la existencia desde el punto de vista económico de ganadores y perdedores. Dado lo anterior, no corresponde aseverar que cada vez que se desee regular (alterando el *statu quo*) haya que compensar a los negativamente afectados. Por el contrario, siempre podrá innovarse alterando el *statu quo* por vía legal. La controversia jurídico-constitucional radica en si, previamente, debe compensarse o no, algo ciertamente ajeno al ámbito de acción de este Tribunal.

21. En conclusión, este Tribunal cuenta con una habilitación jurídica expresa para efectuar una Proposición, y planteará la necesidad y orientación que debiera tener un cambio en la regulación del sector pesquero. Sin embargo, al hacer su Proposición este Tribunal no precisará: (i) la oportunidad en que ha de realizarse dicho cambio; (ii) si para su adopción se requiere una norma de jerarquía legal o simplemente reglamentaria; o (iii) si debe o no compensarse las pérdidas que una alteración en el *statu quo* pueda provocar. Manifestado en otras palabras, la Proposición que realizará este Tribunal cuenta con el debido sustento constitucional y, por la forma en que lo hace, no se encuentra bajo impedimento alguno derivado de limitaciones constitucionales formales o sustantivas que aquí se han descrito.

III. Resumen de las opiniones formuladas por los intervinientes

22. Establecida entonces la legitimidad, extensión y alcance de la facultad propositiva de este Tribunal, corresponde a continuación dar cuenta resumida acerca de las distintas opiniones de fondo formuladas por los intervinientes durante la tramitación del presente Expediente, en lo que dice relación con (i) el sistema de asignación inicial de cuotas de pesca y (ii) el funcionamiento del mercado secundario de intercambio de cuotas.
23. Respecto del primer punto, un conjunto de empresas y asociaciones de la industria de la extracción, como Asipes y Sonapesca, han sostenido que la actual asignación de cuotas de pesca, basada en la presencia histórica y capacidad instalada, es la más adecuada, pudiendo considerarse la participación, en la entrega de cuotas, a empresas procesadoras sin flota. En este espíritu, Sonapesca señala a fojas 600 y 1753 que la asignación por medio de subastas no sólo sería a lo más tan eficiente como el actual sistema, sino que además resultaría expropiatoria respecto de las inversiones realizadas. Por su parte, Asipes (a fojas 637 y 1720) alude a la irrelevancia de la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asignación inicial sobre los eventuales problemas de libre competencia, señalando que no existe evidencia económica que asegure la importancia de la asignación inicial para el grado de competitividad en este tipo de mercados.

24. Por otra parte, Pymepes y Fiordo Austral (a fojas 558 y 1166, respectivamente) han señalado que habría que corregir el sistema de asignación de cuotas para reservar algún porcentaje de la cuota global anual a agentes procesadores que, pese a no participar en la extracción, sí poseen presencia histórica en la industria, así como para alargar el período de asignación de las mismas, con el fin de entregar los incentivos necesarios para el desarrollo de nuevas inversiones. Esta última menciona también que pueden asignarse cuotas para cumplir objetivos específicos de la autoridad que trasciendan la eficiencia económica. De este modo, se plantea dividir la Cuota Global en una Cuota Artesanal, una Cuota Industrial, una Cuota de Investigación y una nueva Cuota de Fomento y Desarrollo Productivo (CFDP), de las cuales las dos primeras sean asignadas con motivos históricos, incluyendo en estos cálculos a los procesadores sin cuota. La CFDP permitiría la entrada de nuevos competidores, el desarrollo de nuevas tecnologías, la creación de productos de mayor valor agregado, o cualquier otro objetivo que tenga la autoridad regulatoria.
25. Por su parte, Lota Protein sostuvo a lo largo de este Expediente (a fojas 890 y 1447) que existen importantes asimetrías de información entre las distintas partes, sobre todo entre los incumbentes y los posibles entrantes a la industria, que impedirían transacciones socialmente óptimas, aunque sin mencionar explícitamente el origen de tales asimetrías ni por qué son insoslayables mediante otros mecanismos. De este modo, como el mercado de cuotas es imperfecto, argumenta, se hace necesario asignar de la mejor forma posible en un comienzo y, por lo tanto, se precisa reemplazar la asignación basada en presencia histórica por un mecanismo de adjudicación vía mercado, distribuyendo las cuotas de pesca por medio de licitaciones o subastas análogas (porque a través de éstas se entregará un porcentaje de cuota a la mejor oferta) pero no idénticas (pues el sistema propuesto no es igual ni en la misma proporción) a las que prevé el artículo 27 de la Ley General de Pesca. Para esto, se propone crear cuotas de distintas duraciones (10, 20 y 30 años) que permitan dar dinamismo al mercado y efectuar una mejor estimación a todo plazo sobre el verdadero valor de las cuotas.
26. Por último, la FNE ha argumentado, a fojas 694 y 1754 del Expediente, que la asignación inicial es irrelevante cuando no existen costos en la transacción de los bienes entregados, señalando que tanto las subastas como cualquier mecanismo para este fin podrían alcanzar la eficiencia si se facilita la compraventa de cuotas. De este

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modo, sugiere que las propuestas que este Tribunal pueda realizar deberían centrarse en permitir la existencia de un mercado fluido de cuotas de pesca transadas entre los incumbentes y posibles nuevos entrantes.

27. En línea con lo sugerido por la FNE, otras partes también se pronuncian sobre el segundo punto, referido al funcionamiento del mercado secundario de intercambio de cuotas.
28. En este aspecto, Lota Protein (fojas 1447) propone mejorar el funcionamiento del mercado de cuotas transables, que sugiere sean de un pequeño porcentaje de cuota que permita alcanzar un nivel de producción eficiente, pero indivisibles, para simplificar el control de la propiedad, y transferibles en un mercado secundario donde se deberán realizar subastas por las cuotas que se deseen vender o comprar, quedando así registrado el precio de transacción. Esto entregaría transparencia en las transacciones e información a posibles nuevos compradores.
29. En el informe económico presentado por Asipes a fojas 1720 se menciona que los costos de transacción en el mercado secundario podrían llevar a que no sean las empresas más eficientes quienes produzcan los bienes finales, pudiendo existir en este caso ineficiencia productiva, aunque no necesariamente ineficiencia asignativa. Bajo esta perspectiva, los consumidores nacionales no se verían afectados por cómo se resuelva el problema de asignación inicial de las cuotas de pesca. Sin embargo, un eventual problema de ineficiencia productiva podría justificar, desde el punto de vista de la libre competencia, que fuese socialmente deseable mejorar la eficiencia transaccional (esto es, reducir los costos de realizar transacciones) en el mercado de transferencias de cuotas de pesca. Para esto propone mejorar la transferibilidad de las mismas, separándolas de las embarcaciones a las cuales estaban originalmente asociadas y permitiendo las transferencias de corto plazo, como un arriendo de cuotas, que se diferencian de la actual posibilidad de asociación en que, para asociarse, es necesario poseer cuota y mantener la sociedad por todo el período en cuestión, mientras que los arriendos son de corto plazo y con plena entrada. Esto facilitaría a las empresas la realización de ajustes marginales en su capacidad de extracción, lo cual es importante para alcanzar la eficiencia productiva.
30. La Fiscalía Nacional Económica, como se mencionó anteriormente, señala en su informe a fojas 694 como principal preocupación la creación de “un mercado secundario profundo” (en el sentido de que se provea mejor información y que de ésta se pueda extraer el verdadero valor de los bienes transados) “de derechos de extracción que funcione correctamente, lo cual debería generar una asignación eficiente”. La FNE plantea la creación de derechos de pesca de la mayor duración

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posible, óptimamente perpetuos, no asociados a naves ni activos y perfectamente divisibles. En un escrito que complementa el anterior informe (a fojas 1754), la Fiscalía menciona la necesidad de que la información sobre el valor de las cuotas transadas sea lo más transparente y pública posible, con el fin de eliminar cualquier asimetría de información que pudiese existir, para lo cual propone la creación de un registro electrónico de las transacciones realizadas.

31. La propuesta de Fiordo Austral respecto a la transferibilidad (fojas 1166) se basa en definir diferenciadamente tres tipos de derechos: un derecho a operar en la pesquería, un derecho a captura de largo plazo y otro derecho de captura de corto plazo, siendo los dos últimos perfectamente divisibles y transferibles, sin necesidad de estar asociados a una nave en particular. Estos derechos permitirían la transferibilidad de largo plazo -de la propiedad de las cuotas- y de corto plazo -en el uso de éstas por un tiempo limitado-. Del mismo modo, plantean la necesidad de generar información transparente respecto de las transacciones y proponen crear un mercado secundario que permita no sólo controlar posibles prácticas abusivas, sino mejorar la valoración de las cuotas por todos los actores del mercado y evaluar periódicamente el funcionamiento del sistema. Por último, se menciona como propuesta la creación de un mercado de pescado fresco más profundo e informativo que el actual, donde todos los interesados puedan transar las unidades para la producción en planta, en el cual inicialmente participarían los pescadores artesanales y aquellos con “Cuota de Fomento y Desarrollo Productivo”, pero abierto a todos los que deseen integrarse.
32. Sonapesca, por su parte, argumenta en el informe económico adjunto a fojas 1753 que los problemas transaccionales presentes en el mercado de cuotas, como son las asimetrías informacionales y costos de transacción, no difieren de los existentes en otros mercados, sin profundizar en el origen o consecuencias de estos problemas informacionales. Según este interviniente, la solución a cualquier problema de este tipo que pueda afectar la eficiencia en la distribución de cuotas de pesca, corresponde a la creación de un mejor mercado de cuotas, que no estén asociadas a las naves y que se puedan arrendar por períodos cortos, mejorando la profundidad del mismo.
33. Otros temas relevantes para esta industria también fueron tratados por algunos de los que aportaron antecedentes en este Expediente. Por ejemplo, la FNE también hace referencia a la determinación de las cuotas globales de captura, proponiendo que éstas deben respetarse y representar lo más fielmente posible la disponibilidad de biomasa para la protección de las especies. Fiordo Austral, por su parte, menciona que debe considerarse que las grandes empresas pueden utilizar los derechos como barreras a la entrada para la captura y procesamiento, proponiendo definir límites a la

concentración de la propiedad de la cuota, diferenciando por la situación particular de cada pesquería.

34. Estos son, en consecuencia, los problemas y soluciones alternativas que se han propuesto a este Tribunal a lo largo de la tramitación del presente Expediente. Para su análisis y la determinación sobre la procedencia de proponer o no alguna modificación normativa que afecte a la industria, sin embargo, debe primero estudiarse cuál es el problema de acceso a los recursos pesqueros que subyace a la discusión, para después conocer en detalle cómo funciona en la actualidad la industria y cuáles son sus condiciones efectivas de competencia, todo lo cual se hará en los capítulos que siguen.

IV. El problema del acceso a los recursos pesqueros y su régimen vigente

35. El contexto jurídico-económico en el que se desenvuelve el presente Expediente es uno en el cual existe un sector, industria o mercado sujeto a diversos mecanismos de regulación establecidos por ley y pormenorizados por vía reglamentaria. La justificación fundamental para la existencia de una intervención reguladora del Estado en el sector pesquero extractivo radica en la presencia de un tipo de externalidad negativa conocida en la literatura económica como “tragedia de los comunes”. La llamada “tragedia de los comunes” (Hardin¹, 1968) hace referencia a la divergencia entre los costos privados de una actividad y los costos sociales, cuando uno de los recursos que interviene en el proceso productivo es, según se denomina en la literatura económica, de propiedad común y, por tanto, cada empresa pesquera no internaliza la totalidad del costo social que su propia explotación genera en términos de la cantidad total disponible del recurso. Para dar un ejemplo más concreto, es conveniente pensar en la situación contraria; si sólo un agente productivo tuviese acceso a explotar dicho recurso y, suponiendo que tal agente enfrenta suficiente competencia en el mercado de destino final, al decidir cuánto pescar tendría un evidente incentivo a considerar todos los costos derivados de su decisión de esfuerzo extractivo, incluyendo en dichos costos el hecho que pescar más hoy podría derivar en que exista menor pesca a futuro. Por otro lado, si son numerosos los individuos que pueden explotar este recurso, el efecto de la posible reducción en la cantidad de peces disponibles en el futuro no entrará en el cálculo individual de cada pescador, ya que nada le asegura a un individuo que si limita

¹ Hardin, G (1968). "The tragedy of the commons", Science, Vol. 162, pp.1243-1247.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su pesca hoy, ello tendrá un efecto positivo en la disponibilidad futura del recurso, por cuanto no puede exigir al resto de los pescadores que ellos también limiten sus respectivos esfuerzos de pesca.

36. Es así que la explotación no regulada de recursos bajo propiedad común muy probablemente conducirá a una sobreexplotación (esto es, una explotación ineficiente) del recurso e, incluso, en ciertos casos llevará al colapso de la capacidad para explotar en forma sustentable tal activo natural. Es por esto que, tarde o temprano, la explotación de este tipo de recursos ha requerido de una acción colectiva coordinada que, en general, ha derivado en la imposición de diversos límites sobre las posibilidades de extracción.
37. En un primer acercamiento al tema, se podría pensar que con sólo limitar la cantidad extraída por el total de los agentes dedicados a esta actividad se podría evitar esta “tragedia”, ya que mediante estudios científicos se podrían estimar límites óptimos a la capacidad de explotación sustentable y así determinar niveles de pesca máxima para el total de una determinada pesquería. En ese sentido, pareciera no importar cuánto alcance a pescar cada empresa o agente, mientras el total permitido no se sobrepase. Desafortunadamente, en términos de eficiencia económica, e incluso de la sustentabilidad de la cuota de pesca definida, la fijación de una cuota global no será suficiente.
38. En efecto, si bien en principio una cuota global puede limitar el total de la cantidad extraída del recurso común, no elimina sin embargo los incentivos que surgen por la falta de límites específicos a cada explotación individual. Así, seguirá siendo cierto que cada pescador no internalizará, por completo, el costo social que surja por el hecho de que al aumentar su cantidad extraída habrá menos peces para los demás. Por ello, cada pescador seguirá tratando de pescar más de lo que habría hecho si él tuviese límites o derechos exclusivos de pesca. Así, como cada pescador sabe que hay una cantidad global máxima a pescar en cada temporada, cada uno hará esfuerzos para pescar lo máximo posible antes que se agote la cuota global. ¿Cómo lo hará? Invirtiendo en naves con mayor capacidad de pesca para así concentrar su esfuerzo de pesca en el más corto plazo posible, anticipándose a sus competidores. Este fenómeno es lo que se ha denominado “Carrera Olímpica”. Ello representa una ineficiencia productiva, al requerir sobre-inversiones en capital y al concentrar los esfuerzos de pesca en muy breves plazos. Ambos efectos generan aumentos en el costo total de la pesca, junto con la consiguiente subutilización de la capacidad productiva en el resto del año.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. Lo anterior permite comprender por qué regular el sector pesquero sólo con cuotas globales es ineficiente desde el punto de vista productivo. Además, pone en riesgo la sustentabilidad de este sector productivo, por cuanto en tal caso se mantendrán las presiones para aumentar la cuota global una vez agotada la cuota original, para así evitar, entre otros efectos, desempleo en el sector.
40. Así, se ha observado, tanto en Chile como en un conjunto de otros países, que la regulación pesquera ha evolucionado hacia la asignación de cuotas individuales de pesca, las que favorecen que cada empresa planifique sus esfuerzos de pesca en forma más eficiente, desde el punto de vista del uso de recursos productivos escasos, por cuanto cada una dispone de un derecho individual a capturar una determinada proporción de la cuota global anual disponible. Con ello, y en tanto exista pesca suficiente para completar la cuota global, se eliminan los incentivos indeseados asociados a la “Carrera Olímpica”.
41. Asimismo, a medida que se va sofisticando el instrumento de regulación sectorial, se hace más caro fiscalizar que la regulación se cumpla. Es por esto que, si se revisa la regulación pesquera de distintos países, se observa que un tema relevante es quién paga la fiscalización. Al respecto, la experiencia comparada con cuotas individuales de pesca señala una convergencia a que estos costos, que se justifican en la sustentabilidad del sector, sean financiados por las propias empresas extractivas y no se obtengan de fondos públicos generales, cuya multiplicidad de fines arroja riesgos de inversión sub-óptima en fiscalización del sector regulado.
42. Establecido así lo anterior, corresponde reseñar el marco jurídico vigente, tanto para el sector pesquero industrial como para el artesanal.
43. Como se ha explicado, existen recursos pesqueros que si bien son renovables, están afectos al riesgo de ser sobreexplotados. Para tal efecto, la Ley N° 18.892, de Pesca y Acuicultura, establece un régimen de acceso a la actividad pesquera extractiva que contempla regulaciones de diversa intensidad según el caso. Así, pues, es posible distinguir, en términos generales, un régimen de acceso amplio (también denominado “Régimen General de Acceso”) que es aquel que rige por descarte en caso de no declararse alguno de los tres regímenes especiales denominados “Régimen de Plena Explotación”, de “Pesquerías en Recuperación” o de “Desarrollo Incipiente” (artículo 14° de dicha Ley) y un régimen de acceso restringido, operativo en caso de alguna de las declaraciones especiales precedentes.
44. En el régimen general de acceso (artículos 14° a 20° de la Ley de Pesca), cualquier persona interesada en desarrollar la pesca industrial debe solicitar, para cada nave,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mediante un procedimiento reglado, una autorización de pesca a la Subsecretaría de Pesca. Ésta, habiéndose cumplido unos requisitos más bien formales y no encontrándose el solicitante bajo alguna causal de denegación, debe otorgar la solicitud al interesado en obtenerla.

45. Frente al riesgo de sobreexplotación, la Subsecretaría (a iniciativa y previo informe técnico emitido por ella, más la aprobación del Consejo Nacional y Zonal de Pesca correspondiente) tiene la facultad para declarar una unidad de pesquería en estado de “plena explotación” (artículo 21º de la referida Ley). En términos muy generales, este régimen de acceso más restringido permite dos restricciones regulatorias fundamentales: (i) el cierre de las pesquerías (por la vía de la suspensión anual – renovable- de la recepción de solicitudes y el otorgamiento de nuevas autorizaciones de pesca, tal como lo dispone el artículo 24º inciso 2º) y (ii) el establecimiento de cuotas globales anuales de captura para cada unidad de pesquería, según lo dispuesto en el artículo 26 inciso 1º. Incluso más, según lo dispuesto en el artículo 27º se podrá autorizar por decreto supremo a la Subsecretaría para que ésta adjudique *“mediante pública subasta, el derecho a capturar cada año el equivalente en toneladas al cinco por ciento de la cuota global anual de captura,”* con un límite del 50% de la cuota global.
46. La situación existente con los instrumentos dispuestos por la Ley Nº18.892 evidenció, efectivamente, problemas. Éstos, según lo reconoció el Ejecutivo en las páginas 3 y 4 del Mensaje de la Ley Nº 19.713, consistían en *“la explotación irracional de los recursos pesqueros; la exagerada sobreinversión en esfuerzo de pesca; la política extractiva de los recursos absolutamente contraria a un desarrollo armónico que optimice las ventajas comparativas del país; la política de objetivos de corto plazo en la que se procesa la materia prima sin maximizar un adecuado valor agregado, y la inestabilidad laboral, con empleo temporal y gran inseguridad social”*. Con la Ley Nº 19.713 fue posible aplicar un nuevo instrumento regulatorio denominado “límite máximo de captura por armador”. Dicha medida, de acuerdo a lo señalado con el artículo 1º de la citada ley, consiste en la distribución anual de la cuota global de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorización de pesca vigente para desarrollar actividades en ella. Para efecto de aplicar la medida aludida, anualmente el Ministerio de Economía, actuando en calidad de Autoridad Pesquera, establece, vía Decreto, la cuota global de captura para cada una de las pesquerías pertinentes, seguido del establecimiento, también por Decreto, de la cuota individual por armador. Esta medida regulatoria se ha aplicado al sector pesquero industrial desde el año 2001 a la fecha.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

47. Así, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.713 en febrero del año 2001 (Ley de Cuotas), un porcentaje significativo de la pesca industrial en Chile opera bajo un esquema de cuotas de pesca asignadas por armador, esto es, como dueño de una nave con licencia válida para capturar una determinada especie en una cierta zona marina. Estas cuotas por nave fueron asignadas en función de indicadores de presencia histórica en las diferentes unidades de pesquería sometidas a este sistema de regulación pesquera. La vigencia de los límites máximos de captura (“cuotas”) asignadas por armador industrial rige hasta el 31 de diciembre del 2012 -según dispone el artículo 23 de la Ley N° 19.713- y el vacío legal que le sigue es lo que ha motivado a este Tribunal a abrir el presente Expediente.
48. Las cuotas individuales así asignadas, si bien no son directamente transferibles entre armadores, sí pueden ser transferidas indirectamente mediante operaciones de compraventa de la nave en cuestión. También es posible transferir el uso de estas cuotas por nave, mediante la figura jurídica de ‘Asociaciones entre armadores industriales’, lo que permitiría la existencia de un mercado de intercambio de corto plazo en relación al uso de las cuotas de pesca por armador.
49. En conclusión, la necesidad de mantener y continuar perfeccionando el actual sistema de cuotas individuales de pesca es ineludible. Así se ha entendido hasta la fecha en Chile, al menos en relación al sector de pesca industrial, mediante la dictación de la Ley N° 19.713 del año 2001 (Ley de Cuotas) que dividió las respectivas cuotas globales anuales, asignadas a determinadas unidades de pesquería, en cuotas o límites máximos de pesca por armador, las que fueron inicialmente asignadas en forma transitoria, para los años 2001 y 2002, siendo luego prorrogada su vigencia, mediante la Ley N° 19.849, hasta el 31 de diciembre del año 2012.
50. Por su parte, es importante señalar que los pescadores artesanales no operan bajo un régimen de cuotas de pesca distribuidas por armador, sino que pueden estar sujetos a cuotas globales -como dispone el artículo 24 de la misma Ley N° 19.713 - definidas anualmente por unidad de pesquería y asignadas en forma colectiva a las flotas artesanales que posean permisos de pesca para cada unidad de pesquería, conforme a las reglas generales establecidas en el Título IV de la Ley de Pesca.
51. Adicionalmente, desde fines de la década de 1990, un conjunto diverso de flotas artesanales se ha ido incorporando, en forma voluntaria y creciente, a dos esquemas de regulación pesquera, uno denominado “Pescas de Investigación” y el otro “Régimen

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artesanal de Extracción (RAE)”². Lo anterior no excluye que también pueda operar, de forma coetánea y para otras flotas artesanales que operen en la misma unidad de pesquería, otro régimen de regulación, consistente en definir cuotas globales anuales de pesca para este último grupo de naves artesanales, las que operan en la práctica bajo “carrera olímpica” (utilizando las denominadas “cuotas bolsón”). En el esquema de “Pesca de Investigación”, una flota artesanal en particular puede participar, de forma voluntaria y finamente bajo decisión conjunta con la autoridad sectorial regulatoria, en la asignación de una fracción de la cuota global anual asignada al total de la flota artesanal con permisos válidos de pesca para una determinada unidad de pesquería. Dicha fracción de cuota se distribuye, a nivel de nave, entre aquellas embarcaciones que formen parte de la flota artesanal involucrada en ese esquema de Pesca de Investigación. En este esquema de regulación, la autoridad sectorial ejerce su tuición regulatoria, definiendo un conjunto de decisiones operacionales relacionadas a las labores de pesca; entre éstas, la época y secuencia temporal para ejercer esfuerzos de pesca y las áreas de pesca en donde se deba operar. Asimismo, la autoridad además descentraliza las labores de registro y control sobre el uso de las cuotas de pesca asignadas bajo este esquema, permitiendo la participación de agentes privados independientes (empresas consultoras) en estas labores. Las cuotas por nave así distribuidas no son transferibles ni en relación a su uso de corto plazo, ni respecto de su titularidad. No obstante, existe evidencia de que, en la práctica, han ocurrido transferencias *de facto* de cuotas entre grupos de pescadores artesanales participantes en un mismo -e incluso en diferentes- programa(s) de “Pesca de Investigación”.³

52. Por su parte, la participación de un determinado conjunto de pescadores artesanales en el esquema “Régimen artesanal de extracción (RAE)”, siendo todos estos pescadores partícipes en una misma unidad de pesquería, también ocurre a partir de una solicitud al respecto, presentada por ese conjunto de pescadores a la autoridad sectorial regulatoria. Esta última puede autorizar la participación solicitada, dado el cumplimiento de ciertos requisitos, asignando al grupo solicitante una fracción de la cuota global anual

² Sectores pioneros en incorporarse a estos esquemas voluntarios fueron la pesquería artesanal de merluza austral (regiones X y XI), las pesquerías artesanales de sardina común y anchoveta (regiones V, VIII y X) y la pesquería de merluza común (regiones V y VIII). A modo de ejemplo, a inicios del sistema RAE (año 2004) en las pesquerías de sardina y anchoveta (V y VIII regiones), las flotas artesanales bajo RAE representaban en torno al 90% (o incluso más) de la cuota global del sector artesanal en esas regiones. En el caso de la pesquería artesanal de merluza común, las flotas bajo RAE representaban (al año 2004) entre 25% y 50% de las respectivas cuotas globales zonales, según cuál fuese la zona de operación de esas flotas en cada región. Más detalles en: Proyecto FIP 2004-049, Evaluación socioeconómica de la implementación del régimen RAE en la pesquería de merluza común, Informe Final, Abril 2006; y A. Ramos (2006), Impacto del Régimen Artesanal de Extracción (RAE): Merluza Común, Anchoveta y Sardina Común, zona Centro-sur (Tesis de Ingeniería Comercial, Facultad de Economía, Universidad Alberto Hurtado, Santiago).

³ Proyecto FIP 2006-32, Evaluación Económica y Social del Impacto de Medidas de Manejo implementadas en la pesquería artesanal de la merluza del Sur (1998-2005); Informe Final, Julio 2008

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

definida para el total del sector artesanal en esa unidad de pesquería. La Ley de Pesca faculta a la autoridad para asignar dicha fracción en función de un conjunto de posibles criterios de asignación administrativa, pudiendo así entregarse cuotas colectivas de pesca (a determinada comunidad, organización, flota o área de operación de un cierto grupo de pescadores artesanales), o la asignación de cuotas por nave o pescador individual (artículos 48 y siguientes). Las cuotas distribuidas, típicamente, quedan sujetas al registro y control ejercido por agentes privados independientes (empresas consultoras). La agrupación de pescadores que es receptora de la cuota colectiva así asignada goza de amplia discreción y autotutela para determinar la forma específica en que ella decida distribuir, usar y controlar -entre los pescadores miembros de tal agrupación- su cuota colectiva. Bajo el esquema RAE de administración pesquera, también han ocurrido transferencias ‘*de facto*’ de cuotas de pesca asignadas a diferentes grupos de pescadores artesanales.

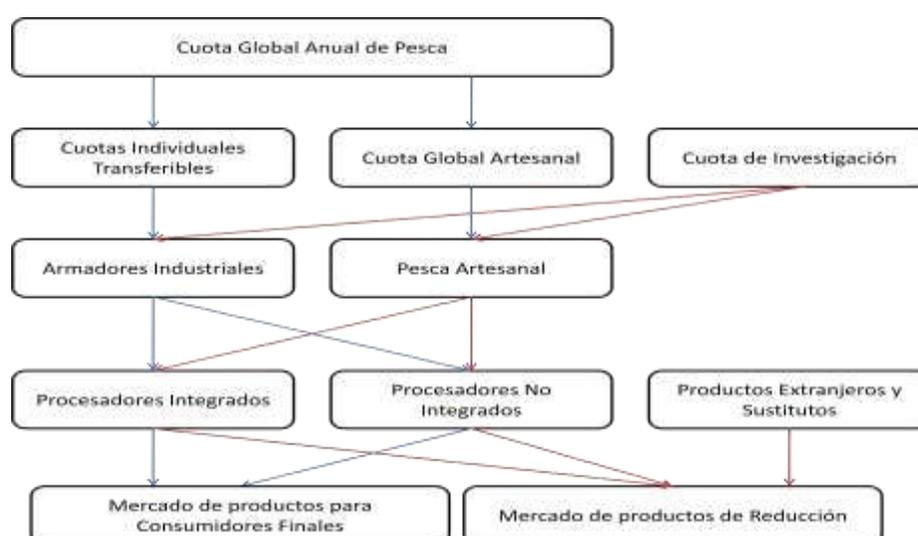
53. Una vez descrito así el problema de escasez y libre acceso que afecta a los recursos pesqueros, y las soluciones asignativas que la regulación ha establecido en Chile hasta la fecha, es preciso ahora pasar a describir la estructura de la industria que se ha conformado en dicho contexto.

V. El mercado o actividad económica que motiva la presente Proposición: descripción de la estructura de la industria.

V.1. Sectores económicos en análisis.

54. El siguiente diagrama esquematiza las interacciones básicas entre los principales participantes de la industria pesquera sujeta a LMCA y los mercados asociados a ella.

Esquema 1: Estructura general de la industria pesquera sujeta a LMCA.



REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

55. El objeto de análisis de esta Proposición se circunscribirá, en primer lugar, a las pesquerías en que se asignaron, a partir del año 2001, cuotas según lo mencionado en la Ley de Cuotas. Al año 2009, dicha ley contempla un número importante (25) de unidades de pesquería industrial, en donde se ha determinado la existencia de un límite individual para la extracción que puede realizar cada armador. En su conjunto, estas pesquerías representan en la actualidad en torno a dos tercios del volumen total de la pesca industrial en Chile. Por lo tanto, el análisis de este Tribunal se centrará en la actividad de pesca extractiva de las especies marinas sujetas a dicha medida de administración, así como a los mercados relacionados donde pueda tener efecto la aplicación de esta Ley.
56. Si bien existe un conjunto de otras pesquerías industriales que hoy no están sujetas al régimen de LMCA, dado que no habrían alcanzado un estado de “plena explotación” (artículo 4 bis de Ley N° 19.713 y artículo 26 de la Ley N° 18.892), el análisis de esta Proposición sólo se centrará en pesquerías sujetas al régimen de LMCA, por cuanto es precisamente en relación a estas últimas que, en opinión de este Tribunal, adquiere mayor relevancia el análisis de aspectos regulatorios que podrían crear riesgos de distorsión en la libre competencia, específicamente en lo relativo a la asignación inicial de cuotas de pesca y la regulación aplicable a las transacciones sobre su titularidad y uso.
57. Adicionalmente, y en segundo lugar, es preciso señalar que en Chile existen fundamentalmente dos tipos de actores que realizan pesca extractiva: los armadores industriales y los pescadores artesanales. La Ley de Cuotas sólo distribuye cuotas individuales por empresa entre los armadores industriales, mientras que a los pescadores artesanales se les asigna una cuota global anual de captura artesanal. Las proporciones de la cuota global anual que reciben los sectores industrial y artesanal están determinadas en la propia Ley de Cuotas, para todas aquellas pesquerías sujetas a este régimen de regulación pesquera y en las que ambos tipos de flota realizan esfuerzos de pesca sobre un mismo recurso pesquero.
58. En relación con lo precedente, esta Proposición se centrará en aquellos sectores en los que, en opinión de este Tribunal, podrían existir riesgos concretos y serios de conductas contrarias a la libre competencia. Al respecto, esta Proposición no desarrollará un análisis específico sobre riesgos a la libre competencia en sectores de pesca artesanal, sin perjuicio de considerar a los pescadores artesanales como eventuales disciplinadores de la pesca industrial y de formular alguna propuesta para el sector de pesca artesanal que contribuya a perfeccionar el funcionamiento del sistema de cuotas de captura por armador en el sector industrial. Lo anterior, toda vez que (i) en principio,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el elevado grado de atomización que existiría, según los registros oficiales, en los sectores de pesca artesanal, permite asumir como hipótesis que los referidos riesgos serían menores en estos sectores y que (ii) durante la tramitación del presente Expediente no se han planteado argumentaciones u opiniones que hagan pensar en la existencia de riesgos significativos para la libre competencia con fuente en este sector.

59. Por ello, y atendido además que la titularidad de cuotas individuales se circunscribe sólo a los sectores de la pesca industrial sujeta al régimen de LMCA, el análisis se centrará primordialmente en éstos.

60. En tercer lugar, esta Proposición centrará el detalle de su análisis económico en la denominada industria de “reducción pesquera”, esto es, en la elaboración de harinas y aceite de pescado, productos que tienen un uso predominante como componentes alimenticios intermedios en diversas cadenas de producción de alimentos animales para consumo humano. Existen dos razones de fondo para elegir este objeto de análisis. Por un lado, es sobre esta industria en particular que versa la gran mayoría de los argumentos y evidencia conexas presentados ante este Tribunal por los distintos intervinientes en este Expediente. Por otro, esta industria engloba, además, a una proporción muy importante de los ingresos económicos anuales generados por el conjunto de pesquerías industriales sujetas al régimen de LMCA (en torno al 80% del valor anual exportado por este conjunto de pesquerías).

61. Por los argumentos previos, no se analizará entonces la estructura de mercado ni las condiciones particulares de competencia en otros mercados o negocios de pesca industrial. No obstante, y dada la esperable diversidad de formatos de productos, estructuras de mercado y de formas de competir en estos otros mercados, el foco seleccionado para el detalle del análisis económico a realizar en la presente Proposición no implica que, a futuro, este Tribunal pueda considerar pertinente evaluar la posible existencia de riesgos sobre la libre competencia en algún otro segmento de la industria pesquera nacional.

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

63. Según datos al año 2003⁴, correspondientes a la industria de reducción que opera entre las regiones V^a a X^a, en torno al 70% del desembarque anual de pesca que se usa

⁴ No se cuenta con información actualizada y detallada al respecto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como materia prima por el total de las plantas de reducción proviene de flota propia, mientras que, del total de la pesca procesada por el segmento de plantas con integración a flota propia, ese año el 18% correspondió a suministros provenientes del sector artesanal, siendo el remanente provisto por otras naves industriales propiedad de terceros. En el caso del segmento de plantas de reducción sin integración a flota propia, que durante el año 2003 procesó en conjunto el 13% del total de la pesca destinada a producir harina y aceite de pescado entre las regiones V^a a X^a, el 60% de sus suministros de pesca provino de naves industriales de otras empresas y el 40% de la flota artesanal.⁵

64. Así, el sector artesanal vende su pesca tanto al segmento de la industria de reducción integrado verticalmente como al que no lo está. Por ello, el sector artesanal podría contribuir a disciplinar eventuales riesgos o atentados a la libre competencia con origen en el sector industrial que detenta cuotas de pesca asignadas bajo el sistema de LMCA.

65. Por otra parte, y ahora en relación con los efectos de desafiabilidad asociados al comercio internacional de productos pesqueros, este Tribunal estima que una proporción predominante de la producción pesquera chilena se comercializa en mercados de naturaleza “transable”, esto es, en los que prevalece competencia entre usuarios (o entre oferentes) nacionales y extranjeros de esos productos. Esta característica ciertamente se aplica al caso de la industria de reducción. Por ello, la posibilidad de competencia internacional constituye otra fuente de eventuales efectos disciplinadores en relación con los riesgos sobre la libre competencia que pudieren surgir asociados a la titularidad de las cuotas de pesca asignadas por armador industrial bajo el sistema de LMCA.

66. Más adelante se analizan los condicionantes de la efectividad esperable de una y otra fuente de desafiabilidad como fuerzas disciplinadoras de conductas contrarias a la libre competencia. Previo a esto, a continuación se describen algunos aspectos básicos de la industria de reducción en Chile.

V.2. Pesca extractiva industrial y artesanal.

67. La siguiente Tabla indica la importancia relativa de los sectores industrial y artesanal en la captura total anual realizada por flotas chilenas durante el año 2009, para cada una de las especies sujetas al régimen de LMCA. Las especies indicadas en las filas de

⁵ Proyecto FIP No. 2004-37, “Evaluación Socioeconómica de Medidas de Administración en Pesquerías Pelágicas Centro-Sur, Fase II”, Informe Final, Noviembre 2006 (pág. 66)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

color gris corresponden a la materia prima utilizada predominantemente, en el conjunto de las especies sujetas al sistema de LMCA, en la industria de reducción.

Tabla N° 1: Participación de sectores artesanal e industrial en captura anual total, por especie sujeta a LMCA (año 2009)

| | Artesanal (tons.) | Industrial (tons) | Total (tons) | % Artesanal | % Industrial |
|------------------------|------------------------------|------------------------------|-------------------------|------------------------|-------------------------|
| Anchoveta | 410.037 | 545.113 | 955.150 | 43 | 57 |
| Congrio Dorado | 1.666 | 2.024 | 3.690 | 45 | 55 |
| Jurel | 45.082 | 789.845 | 834.927 | 5 | 95 |
| Merluza Común | 13.620 | 33.524 | 47.144 | 29 | 71 |
| Merluza de Cola | 1 | 78.439 | 78.440 | 0 | 100 |
| Merluza de tres aletas | 0 | 22.221 | 22.221 | 0 | 100 |
| Merluza del Sur | 12.699 | 13.573 | 26.272 | 48 | 52 |
| Sardina Común | 603.985 | 251.277 | 855.262 | 71 | 29 |
| Sardina Española | 138 | 41 | 179 | 77 | 23 |
| Camarón Nailon | 898 | 3.742 | 4.640 | 19 | 81 |
| Langostino Amarillo | 1.022 | 4.369 | 5.391 | 19 | 81 |
| Langostino Colorado | 443 | 2.884 | 3.327 | 13 | 87 |
| Total | 1.089.591 | 1.747.052 | 2.836.643 | 38 | 62 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los Anuarios de Pesca de Sernapesca
Nota: Se han agrupado, por especie, las distintas unidades de pesquería

68. Esta Tabla ilustra en forma manifiesta la importancia actual del sector de pesca artesanal en varias de las pesquerías sujetas al sistema de LMCA. Tal es el caso, ciertamente, del conjunto de especies que constituyen la materia prima preponderante para la industria de reducción, esto es, anchoveta, jurel, y sardina común.

V.3. Sector extractivo industrial en la industria de reducción.

69. En esta sección se describe la importancia, en el total de los desembarques industriales sujetos a LMCA, de las principales especies que constituyen la materia prima predominante en la producción de harina y aceite de pescado. También se describe la importancia de la industria de reducción en el valor exportado (total anual) por Chile en base a productos elaborados a partir de especies afectas al sistema de LMCA. Por último, se describen los niveles de concentración industrial que prevalecen en la industria de reducción, tanto en relación a la titularidad de cuotas de pesca en las pesquerías que sustentan esta industria, como en función de los volúmenes de producción de harina y aceite de pescado, respectivamente.

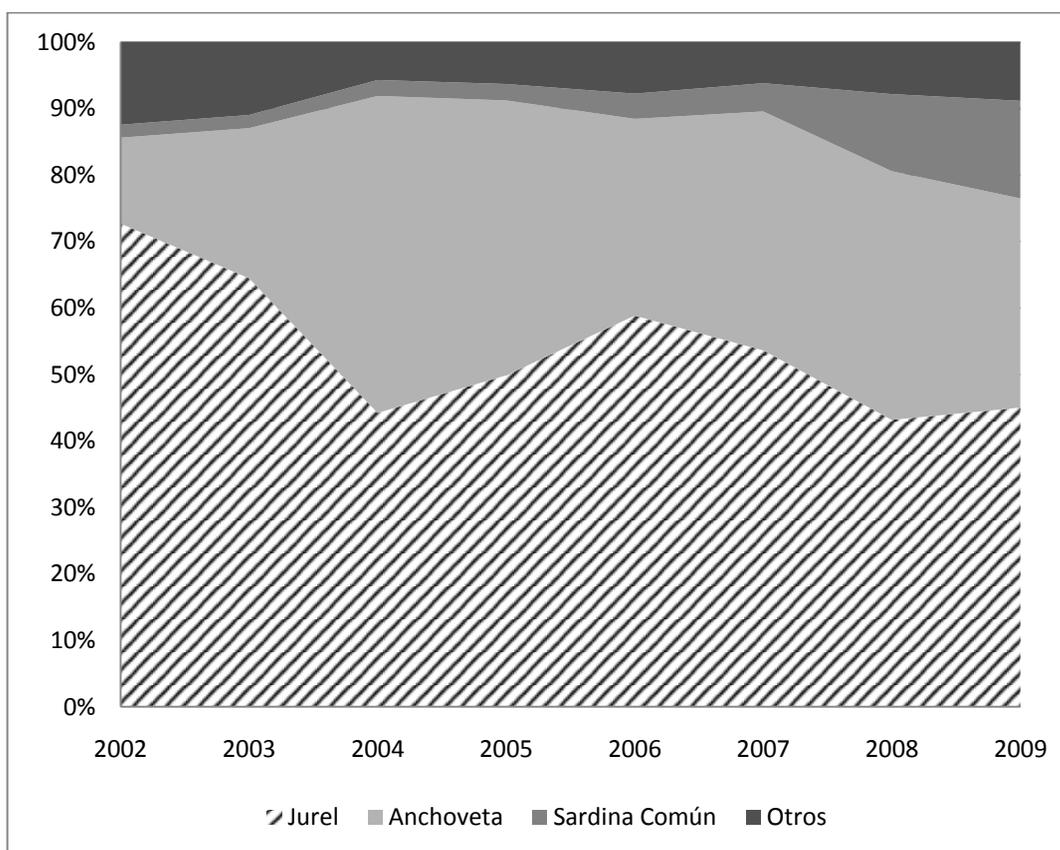
70. Lo anterior, con el objeto de analizar en las secciones siguientes su relevancia respecto de posibles riesgos a la libre competencia en las unidades de pesquería involucradas, y la incidencia de la regulación vigente en tales riesgos.

V.4. Principales especies y productos procesados

71. Dado que el análisis económico en esta Proposición se concentra en sectores de pesca industrial sujetos al sistema de LMCA, específicamente en la industria de reducción, en lo que sigue se prioriza la evaluación del funcionamiento de dicho sistema, respecto de su eventual relación con posibles riesgos sobre la libre competencia, en las unidades de pesquerías industriales sujetas a LMCA y cuyas especies capturadas son la materia prima preponderante en la producción de harina y aceite de pescado, esto es, jurel, anchoveta y sardina común.

72. El siguiente gráfico muestra la participación de estas tres especies, y del remanente de especies sujetas a LMCA⁶, en el total de los desembarques anuales industriales sometidos a la Ley de Cuotas, durante el periodo 2002-2009. Se observa que estas tres especies han representado, durante el periodo indicado, en torno al 90% del desembarque total del sector industrial sujeto a LMCA.

Gráfico N° 1: Participación de Jurel, Anchoveta y Sardina Común en el total de los desembarques industriales sujetos a LMCA



Fuente: Elaboración propia en base a datos entregados por Sernapesca, a fojas 461

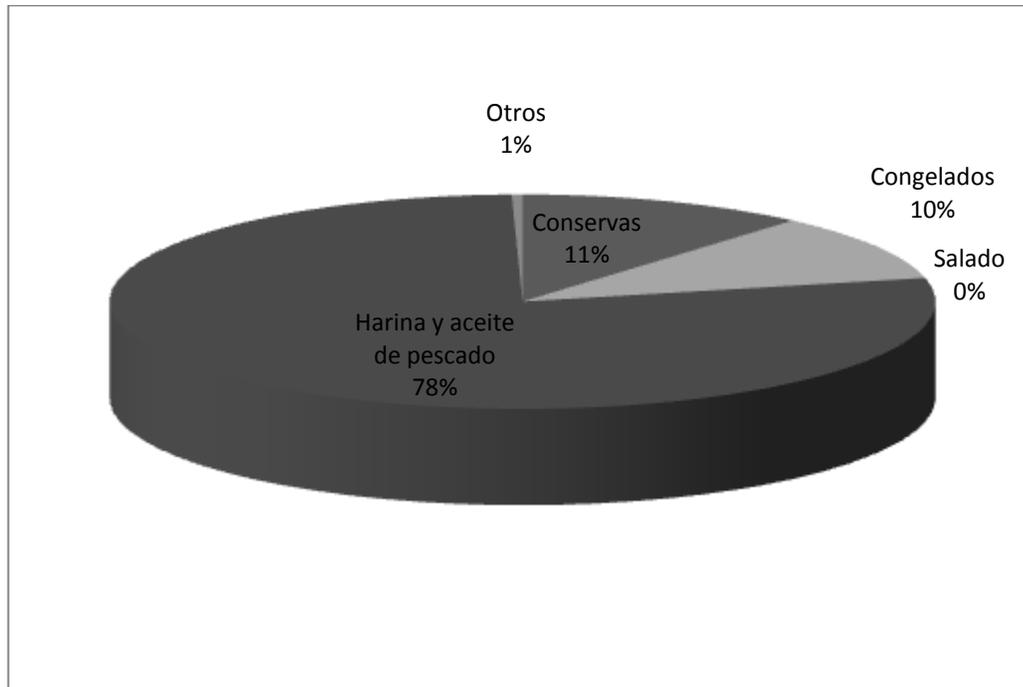
⁶ Cerca del 80% del grupo 'Otros' corresponde a merluza común. Las capturas industriales de caballa, como también las de otras especies no sujetas al sistema de LMCA, no están incluidas en este gráfico.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

73. En términos de la importancia relativa de la harina y aceite de pescado en relación con otras líneas de procesamiento de especies sujetas al sistema de LMCA, el gráfico siguiente ilustra la participación de las exportaciones de harina y aceite de pescado en el valor total anual exportado por Chile de productos elaborados a partir de especies sujetas a la Ley de Cuotas, para el año 2008.

74. Debe notarse, en todo caso, que un porcentaje significativo de la producción nacional de harinas y aceite de pescado se destina a ventas nacionales, dada la demanda del sector acuícola por estos productos. En el caso de las harinas de pescado, durante el año 2006 (antes de la crisis del virus ISA) este porcentaje correspondió al 27% de la producción nacional total de éstas, mientras que para el aceite de pescado alcanzó un 66% ese mismo año. Durante el año 2008, en plena crisis del virus ISA, si bien la proporción del consumo interno de la producción nacional de harina de pescado se mantuvo prácticamente constante en un 27%, la proporción de consumo interno del aceite de pescado se vio afectada, bajando a cerca de un 40% de lo producido en el país.

Gráfico N° 2: Participación según tipo de producto en el valor anual total exportado de productos elaborados a partir de especies sujetas a LMCA (año 2008)⁷



Fuente: Presentación de Fiordo Austral, a fojas 954, en base a datos de Subpesca.

⁷Estas especies incluyen Anchoqueta, Camarón Nailon, Congrio Dorado, Langostino Amarillo, Langostino Colorado, Merluza Común, Merluza de Cola, Merluza del Sur, Merluza de Tres Aletas, Jurel, Sardina Común y Sardina Española y no consideran las exportaciones de otras especies no sujetas al sistema de LMCA ni aquellas obtenidas de la industria acuícola.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

V.5. Concentración en la industria de reducción pesquera.

75. En la pesca de materia prima para la industria de reducción existen grados importantes de concentración industrial, sobre todo si se consideran las recientes fusiones ocurridas (año 2010 y 2011) en este sector. La siguiente Tabla N° 2 reporta la distribución, al año 2008, de la titularidad de cuotas de pesca por armador en las principales unidades de pesquería (agrupadas geográficamente) cuyas especies capturadas (bajo LMCA) son utilizadas por la industria de reducción.

Tabla N° 2: Participaciones (%), por empresa, en la cuota global anual industrial de las principales especies pelágicas (año 2008)

| | (1) Anchoveta | (2) Jurel | (3) Sardina Común |
|--|------------------|--------------|----------------------|
| ALIMENTOS MARINOS S.A. | 2,70 | 9,43 | 9,08 |
| AQUAFISH S.A. | | 0,05 | 0,16 |
| ARICA SEAFOOD PRODUCER S.A. | 0,58 | 0,04 | |
| BAHIA CALDERA S.A. PESQ. | 1,05 | 0,03 | |
| BAHIA CORONEL S.A. PESQ. | 0,17 | 2,75 | 2,51 |
| BERTA ELENA LTDA. SOC. PESQ. | 0,05 | 0,12 | 1,74 |
| BIO BIO S.A. PESQ.** | 0,90 | 8,17 | 9,94 |
| CAMANCHACA S.A. CIA. PESQ.** | 17,79 | 10,70 | 8,59 |
| CENTRO SUR S.A. PESQ. | | 0,67 | |
| CORPESCA S.A.* | 61,30 | 8,68 | |
| EL GOLFO S.A. PESQ. † | 1,88 | 10,85 | 15,43 |
| ENFEMAR LTDA. SOC. PESQ. | | 0,01 | |
| FOODCORP S.A. | 0,55 | 8,18 | 2,88 |
| FRIOSUR IX S.A. | | 0,05 | |
| GENMAR LTDA. SOC. PESQ. | | 0,02 | 0,03 |
| GONZALEZ RIVERA MARCELINO | | 0,01 | |
| INOSTROZA CONCHA PELANTARO | 0,01 | 0,02 | 0,18 |
| INVERSIONES PESQUERAS S.A. | 0,26 | 0,98 | 4,87 |
| ISLA QUIHUA S.A. PESQ. | 0,11 | 0,62 | 0,43 |
| ITATA S.A. PESQ. † | 2,19 | 10,62 | 9,63 |
| LANDES S.A. SOC. PESQ. | 0,97 | 4,14 | 9,72 |
| LOTA PROTEIN S.A. | 0,08 | 0,84 | 1,43 |
| LOTA VEDDE LTDA. ARIES Y CIA. C.P.A. PESQ. | 0,08 | 0,72 | 0,86 |
| MAR PROFUNDO S.A. SOC. PESQ. | 0,06 | 1,05 | 0,35 |
| NORDIO LTDA. SOC. | | 0,01 | |
| SALMOALIMENTOS S.A. | 0,06 | 0,45 | 1,07 |
| SALMOPROCESOS S.A. | 0,12 | 0,31 | 1,38 |
| SAN ANTONIO S.A. PESQ. | 0,32 | 0,24 | 0,37 |
| SAN JOSE S.A. PESQ.* | 6,10 | 10,45 | 9,05 |
| SOUTHPACIFIC KORP S.A.* | 2,67 | 9,78 | 10,29 |
| | | | |
| SPK, Corpesca y San José | 70,07 | 28,91 | 19,34 |
| Camanchaca y Bío Bío | 18,69 | 18,87 | 18,53 |
| Itata y El Golfo | 4,07 | 21,47 | 25,06 |
| | | | |

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

| | | | |
|-----------|-------|-------|-------|
| HHI | 4138 | 877 | 916 |
| HHI*** | 5286 | 1838 | 1570 |
| C3 (%) | 85,19 | 32,17 | 35,67 |
| C3*** (%) | 92,82 | 69,26 | 62,93 |
| C7 (%) | 94,63 | 70,51 | 73,14 |
| C7*** (%) | 98,13 | 93,76 | 89,48 |

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos de Subpesca (a fojas 318)

Notas: Las columnas (1), (2) y (3) agrupan, cada una, las participaciones en la cuota global de las unidades de pesquería, de la respectiva especie, de las siguientes agrupaciones regionales: (1) XV-II, III-IV y V-X regiones; (2) XV-II, III-IV, V-IX y XIV-X regiones, (3) V-X regiones.

C3(7): Indica la participación (%) de mercado de las mayores 3(7) empresas. HHI: Índice de concentración de Herfindahl-Hirschmann, correspondiente a la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado. Símbolo *: indica empresas fusionadas a partir del año 2010; ** y †: indican empresas que han anunciado su fusión para el año 2011; *** denota que el cálculo del índice incluye el efecto de estas fusiones.

76. Se observa que en cada una de estas pesquerías prevalece una elevada concentración, sea que esto se mida de acuerdo al índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) o bien según la participación de las principales empresas en los agregados de pesquerías considerados. Debe advertirse que los niveles de concentración aumentan en forma importante al considerar las fusiones recientemente anunciadas (año 2010 y principios de 2011), entre las empresas South Pacific Korp S.A., Pesquera San José S.A. y Corpesca S.A., y entre Camanchaca y Bío Bío. S.A. El efecto concentrador de estas fusiones es más manifiesto aún cuando se calculan estos indicadores de concentración a nivel de cada unidad (sub-agregación de regiones) de pesquería.
77. Cabe destacar que, de acuerdo con la información del Expediente que este Tribunal ha estudiado, a partir de información de Subpesca sobre compraventas de naves con permisos de pesca para las tres principales especies que abastecen a la industria de reducción en Chile, es posible afirmar que en esta industria no se ha producido el ingreso de ningún nuevo entrante, entendiendo por “nuevo entrante” a una empresa con control corporativo independiente de las empresas a las que se le asignó inicialmente cuotas por armador en cada unidad de pesquería, al comenzar el sistema de LMCA en febrero del año 2001. Más adelante, la sección VI.3, sobre transferibilidad de naves en unidades de pesquería bajo el sistema de LMCA, provee mayor información al respecto.
78. En consonancia con lo precedentemente expuesto, las Tablas N° 3 (A y B), a continuación, reporta los mismos indicadores de concentración, pero ahora calculados a partir de las participaciones de las principales empresas productoras en el volumen total anual de producción nacional, considerando por separado los segmentos de producción de harina y de aceite de pescado.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 3-A: Participación porcentual en la producción nacional (volumen) de Aceite de Pescado, principales empresas productoras

| Empresa procesadora | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|---------------------------------|------|------|------|------|
| Corpesca S.A.* | 14,1 | 14,0 | 14,3 | 14,1 |
| Alimentos Marinos S.A. | 12,2 | 12,5 | 13,7 | 12,8 |
| Camanchaca S.A. Cía. Pesquera** | 8,3 | 9,1 | 7,8 | 11,7 |
| Itata S.A. Pesquera† | 10,1 | 10,4 | 11,3 | 10,1 |
| San José S.A. Pesquera* | 8,0 | 8,0 | 7,8 | 9,0 |
| South Pacific Korp S.A.* | 11,0 | 12,6 | 12,6 | 8,5 |
| El Golfo S.A. Pesquera† | 7,6 | 7,3 | 7,1 | 7,0 |
| Foodcorp S.A. | 7,2 | 6,4 | 7,2 | 6,9 |
| Bio Bio S.A. Pesquera** | 6,2 | 6,2 | 5,8 | 6,1 |
| Lota Protein S.A. | 5,4 | 5,2 | 5,1 | 5,8 |
| Landes S.A. Soc. Pesquera | 6,0 | 5,1 | 4,5 | 5,4 |
| Bahía Coronel S.A. Pesquera | 3,8 | 3,0 | 2,9 | 2,6 |
| Chañaral Pesquera | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 |
| | | | | |
| SPK, Corpesca y San José | 33,1 | 34,6 | 34,6 | 31,5 |
| Camanchaca y Bío Bío | 14,5 | 15,3 | 13,7 | 17,8 |
| Itata y El Golfo | 17,7 | 17,8 | 18,4 | 17,2 |
| | | | | |
| HHI | 933 | 964 | 989 | 958 |
| HHI*** | 1901 | 2011 | 2017 | 1887 |
| C3 | 37,3 | 39,1 | 40,6 | 38,6 |
| C3*** | 65,3 | 67,7 | 66,7 | 66,5 |
| C7 | 71,3 | 74,1 | 74,6 | 73,2 |
| C7*** | 96,2 | 97,0 | 97,1 | 97,4 |

Fuente: Instituto de Fomento Pesquero

Notas: *: indica empresas fusionadas a partir del año 2010; ** y †: indica empresas que anunciaron su fusión para el año 2011. En los indicadores de concentración; ***: denota que el respectivo cálculo incluye el efecto de estas fusiones.

Tabla N° 3-B: Participación porcentual en la producción nacional (volumen) de Harina de Pescado, principales empresas productoras

| Empresa procesadora | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|---------------------------------|------|------|------|------|
| Corpesca S.A.* | 20,8 | 26,2 | 26,1 | 22,3 |
| Alimentos Marinos S.A. | 11,9 | 11,4 | 11,6 | 12,8 |
| Camanchaca S.A. Cía. Pesquera** | 12,8 | 14,4 | 13,7 | 12,7 |
| Itata S.A. Pesquera† | 9,9 | 9,2 | 9,7 | 9,0 |
| San José S.A. Pesquera* | 8,7 | 7,8 | 7,9 | 8,9 |
| South Pacific Korp S.A.* | 6,8 | 6,4 | 5,9 | 7,4 |
| El Golfo S.A. Pesquera† | 5,7 | 5,5 | 5,4 | 6,7 |
| Foodcorp S.A. | 5,7 | 5,1 | 5,2 | 4,8 |
| Bio Bio S.A. Pesquera** | 5,7 | 4,9 | 4,4 | 4,6 |
| Lota Protein S.A. | 4,8 | 3,5 | 3,8 | 4,5 |
| Landes S.A. Soc. Pesquera | 3,8 | 3,0 | 3,4 | 3,8 |
| Bahía Coronel S.A. Pesquera | 3,3 | 2,4 | 2,4 | 2,2 |
| Chañaral Pesquera | 0,1 | 0,2 | 0,4 | 0,2 |
| | | | | |
| SPK, Corpesca y San José | 36,3 | 40,3 | 39,9 | 38,7 |
| Camanchaca y Bío Bío | 18,5 | 19,3 | 18,1 | 17,3 |
| Itata y El Golfo | 15,6 | 14,7 | 15,1 | 15,7 |
| | | | | |

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

| | | | | |
|--------|------|------|------|------|
| HHI | 1105 | 1316 | 1305 | 1169 |
| HHI*** | 2127 | 2399 | 2343 | 2270 |
| C3 | 45,5 | 52,0 | 51,5 | 47,8 |
| C3*** | 82,3 | 85,7 | 84,7 | 84,5 |
| C7 | 76,6 | 80,9 | 80,4 | 79,9 |
| C7*** | 96,6 | 97,3 | 97,1 | 97,6 |

Fuente: Instituto de Fomento Pesquero

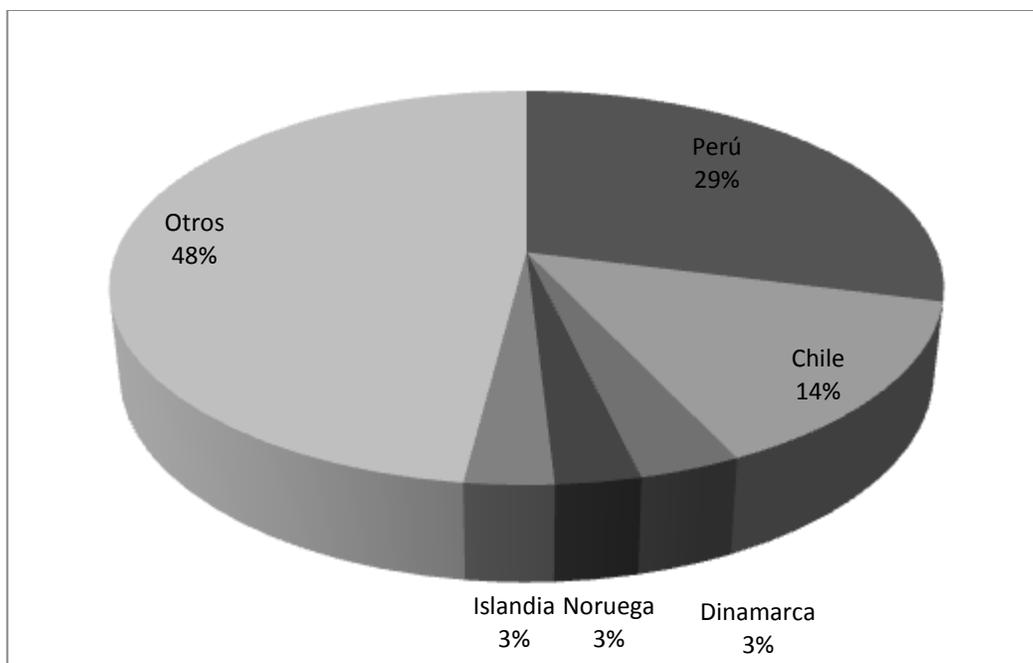
Notas: *: indica empresas fusionadas a partir del año 2010; ** y †: indican empresas que anunciaron su fusión para el año 2011. En los indicadores de concentración; ***: denota que el respectivo cálculo incluye el efecto de estas fusiones.

79. Los Cuadros precedentes muestran que existen niveles significativos de concentración industrial tanto en la producción nacional de harinas como de aceite de pescado. Si se consideran los datos del año 2009, la nueva entidad competitiva resultante de la fusión anunciada durante el 2010 representa cerca del 30% del volumen de producción nacional de aceite de pescado y en torno al 40% en el caso de la producción nacional de harinas. Respecto a las fusiones anunciadas para el año 2011, se crearían dos grupos (Camanchaca/Bío Bío y El Golfo/Itata) que alcanzarían cerca de un 17% y 16% de participación en la producción de harina de pescado, y un 18% y 17% en el caso del aceite de pescado, respectivamente. Así, al considerar el impacto concentrador del conjunto de estas fusiones, el indicador C7 alcanzaría –tomando datos del año 2009- un 97% en la producción de aceite de pescado, y 98% en la producción de harinas de pescado.
80. Los significativos niveles de concentración existentes tanto en la titularidad de cuotas de pesca para las principales especies que abastecen a la industria de reducción, como en la producción nacional de las dos más importantes líneas de elaboración en esta industria, en opinión de este Tribunal podrían dar cabida, en principio, al ejercicio de conductas contrarias a la libre competencia, sea en el mercado de acceso a las cuotas de pesca o en los de producción de harina y aceite de pescado. Sin embargo, la factibilidad de que este tipo de conductas pueda ocurrir depende del grado de desafiabilidad de los mercados concernidos, lo que es abordado en profundidad en la siguiente Sección VI de este Expediente.
81. En todo caso, relacionado con el grado de desafiabilidad de los mercados concernidos, uno de los aspectos relevantes es sin duda en qué medida la oferta internacional de los productos elaborados por la industria de reducción podría actuar como fuerza disciplinadora, en Chile, de eventuales conductas contrarias a la libre competencia por parte de productores nacionales.

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

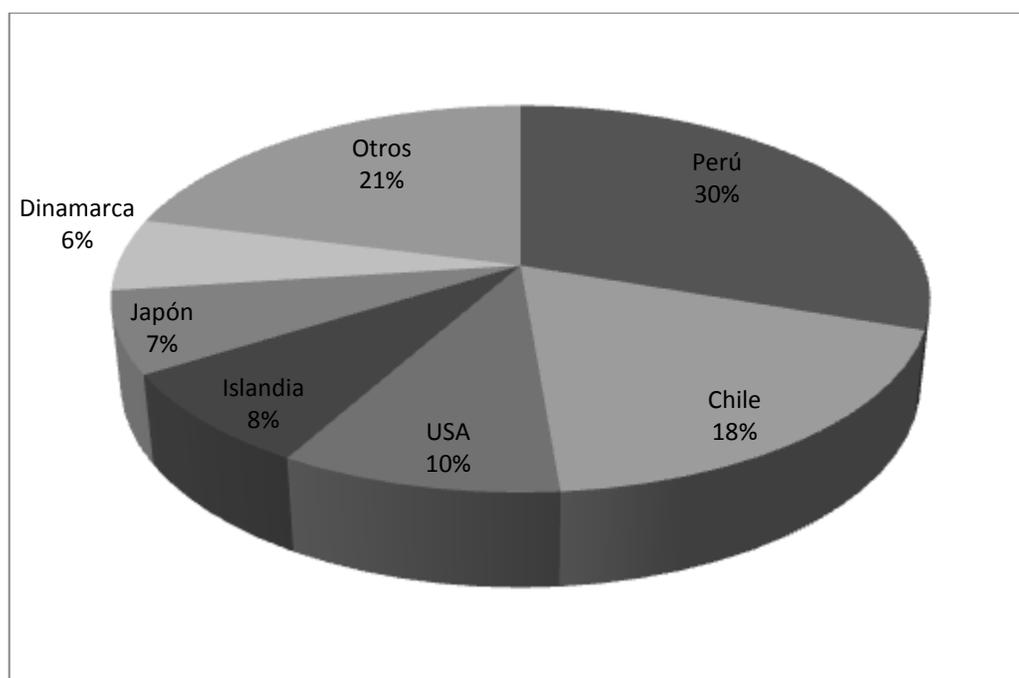
82. Al respecto, y en relación con el grado de concentración a nivel mundial en la industria de reducción pesquera, los gráficos N° 3 (A y B) siguientes, indican las participaciones (%) de los países con mayor producción de harina y aceite de pescado, respectivamente, en la producción mundial de estos bienes durante el año 2008.

Gráfico N° 3-A: Participación (%) de Chile y Perú en la producción mundial total de harina de pescado, año 2008



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos del anuario estadístico 2009 de IFFO (www.iffonet)

Gráfico N° 3-B: Participación (%) de Chile y Perú en producción mundial de aceite de pescado, año 2008



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos del anuario estadístico 2009 de IFFO

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

83. En estos gráficos se constata la relevancia agregada de los productores chilenos y peruanos dentro de la producción mundial de estos dos bienes. En el caso del aceite de pescado, el agregado de Chile y Perú representa en torno al 50% de la producción mundial mientras que, en el caso de la harina, la participación conjunta de ambos países ha fluctuado entre 40% y 50% en los últimos años.
84. Por otro lado, según datos expuestos por Elza Galarza –reciente ex-Viceministra de Pesquerías en Perú⁸- al año 2009 casi el 80% de la captura total de anchoveta en ese país, especie preponderante en la industria de reducción peruana, era controlada por sólo 7 firmas; siendo, además, dos tercios de la captura total de anchoveta procesada por plantas con integración vertical a flota propia. Es decir, esta industria presenta niveles similares de elevada concentración en ambos países. Así, en torno al 50% de la producción mundial de harina y aceite de pescado está bajo control de un reducido número de firmas en Chile y Perú.
85. Si se excluye del análisis, por ahora, la posibilidad de que existan otras fuerzas disciplinadoras en los mercados concernidos, como sería el caso de una oferta independiente de sustitutos cercanos a la producción de la industria de reducción pesquera, la elevada concentración existente en Chile y Perú podría crear incentivos para que este reducido grupo de empresas de reducción intentase coordinarse y así ejercer poder de mercado en forma conjunta. De hecho, tal posibilidad fue sugerida por uno de los intervinientes en la audiencia pública realizada con ocasión de este Expendiente. Sin embargo, no constan antecedentes para que este Tribunal pueda formarse convicción en relación a esta última conjetura.
86. En todo caso, los patrones de concentración aquí descritos para la industria de reducción distan de ser una condición suficiente para viabilizar la posibilidad de un eventual ejercicio ilícito de dominio de mercado. Así, como otra condición básica, se requiere además analizar la fuerza disciplinadora de otras posibles fuentes de desafiabilidad en los mercados concernidos, lo que se discute en la siguiente sección VI siguiente.

⁸ “Individual Quotas for Anchoveta Fishery in Perú. Results of the first year of implementation”, presentación en el Seminario *Économie des services écosystémiques et gestion de la Biodiversité*, L’École de Ponts ParisTech, Universidad de Paris, París, 24 de Septiembre 2010.

VI. Análisis de las condiciones de competencia en la industria

VI.1. Fuentes de desafiabilidad de mercado en la industria de reducción chilena

87. A continuación se analizarán las fuentes de desafiabilidad de mercado en la industria de reducción chilena, con el objeto de determinar si son suficientes para generar grados suficientes de competencia o si, por el contrario, su ausencia o escasa entidad generan condiciones de ineficiencia o falta de competencia que justifiquen una proposición como la que aquí se estudia.

VI.1.1. Sector extractivo artesanal

88. Los pescadores artesanales pueden actuar, con la parte de su pesca que no es destinada al consumo humano final, como proveedores de materia prima tanto para los procesadores integrados como para aquellos que sólo tienen plantas de procesamiento en la industria de reducción. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, la producción de pesca artesanal no puede ser considerada como oferta sustituta perfecta de las capturas realizadas por flotas del sector industrial. Así, existen al menos tres factores que imponen límites a una plena sustituibilidad entre capturas artesanales e industriales.

89. Primero, es esperable que, en promedio, los procesadores industriales enfrenten mayores costos de transacción al realizar intercambio económico con flotas artesanales⁹, respecto de aquellos en los que incurrirían en caso de aprovisionarse vía capturas industriales. Segundo, la oferta de pesca artesanal enfrenta límites tanto de volumen máximo, dadas sus respectivas cuotas globales de captura, como de localización geográfica, dadas las zonas de pesca en las que determinadas flotas artesanales están autorizadas a operar. Por último, y relacionado con razones de contratación eficiente para resolver en forma conjunta problemas de incentivos¹⁰, de reparto del riesgo productivo y de acceso al mercado crediticio formal por parte de sectores de pesca artesanal, una proporción significativa de las capturas artesanales suele ser contratada en forma *ex ante* por los procesadores industriales a través de contratos de largo plazo, tal como lo plantea evidencia recogida en la literatura

⁹ Ello, en lo fundamental, fruto de la informalidad, hábitos de comercio y fuerte atomización que tiende a predominar en el sector artesanal,

¹⁰ En el sentido de lo que la literatura económica denomina 'problemas de agencia', sea para efectos de incentivar la ejecución de esfuerzos productivos que son costosos de monitorear en forma directa, o bien para incentivar la entrega de calidades de producto cuya verificación directa también sea costosa.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

económica sobre este tipo de sector productivo¹¹ y como lo señala además, en relación con la industria de la reducción en Chile, la interviniente Fiordo Austral en este Expediente (a fojas 574). Es probable que este tipo de contratación restrinja el acceso a las capturas artesanales por parte de nuevos procesadores, incluso en pesquerías en que el sector artesanal tiene una participación significativa.

VI.1.2. Mercado internacional

90. Al analizar la posibilidad de que existan riesgos a la libre competencia en los mercados nacionales de harina y aceite de pescado, es necesario evaluar si existe oferta de sustitutos cercanos que provengan del extranjero, y que pueda disciplinar a los productores domésticos.
91. La eventual capacidad disciplinadora de la competencia internacional a la producción doméstica de estos productos se sustenta, en primera instancia, en tres aspectos básicos. Primero, en que la incidencia de los costos de transporte en el costo unitario de estos productos es baja, dado que el comercio de los mismos se realiza en volúmenes significativos de ventas. Segundo, en que en estos productos no existen restricciones significativas sobre su comercio internacional, tales como regulaciones fitosanitarias o altos aranceles. Finalmente, en que estos productos pueden ser almacenados por plazos y a costos razonables. Así, la oferta internacional de estos bienes, o de eventuales sustitutos cercanos, tendría el potencial para ejercer una función disciplinadora sobre la oferta doméstica de harina y aceite de pescado.
92. En términos de eventuales sustitutos para estos productos, la literatura económica¹² ha establecido que, en general, la harina y el aceite de soya serían sustitutos cercanos para una proporción importante de la demanda total por productos de la industria pesquera de reducción.
93. En el caso del aceite de pescado, en el Gráfico N° 4 se observa que su precio internacional tiende a evolucionar en forma similar al precio del aceite de soya. Sin embargo, la evidencia en este gráfico no permite concluir que ambos tipos de aceites

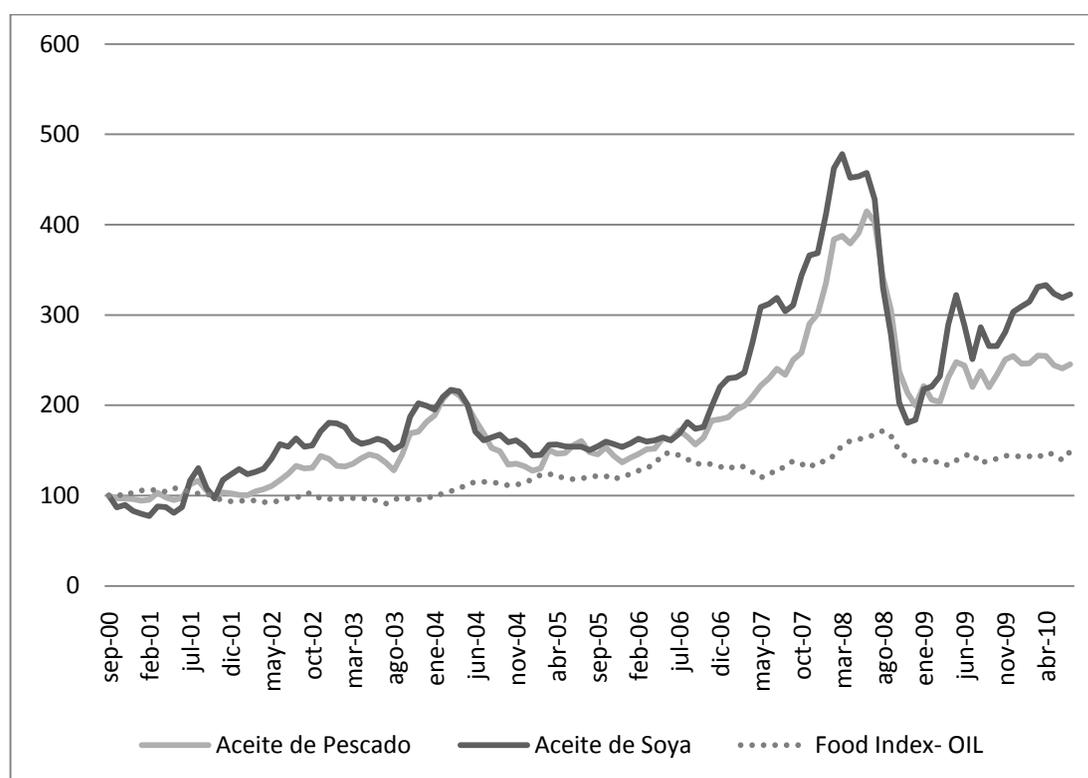
¹¹ J. Peña-Torres, J. Bustos y C. Pérez (2006), "Mercados Informales y Control Vertical: Comercialización de Producción Perecible", Estudios Públicos 101: 239-282; J.-Ph. Platteau & J. Nugent (1992), "Share contracts and their rationale: Lessons from marine fishing", Journal of Development Studies 28(3): 386-422; J.-Ph. Platteau (1989), "Penetration of capitalism and persistence of small-scale organizational forms in Third World fisheries", Development and Change 20: 621-651.

¹² E. Hempel (1997), "The market for pelagics", Hempel Consult, Trondheim; M. Durand (1994), "Fishmeal price behavior: Global dynamics and short-term changes. Global versus local changes in upwelling systems", ORSTOM, Montpellier; S. Tveteras (2000), "The fishmeal market: an integrated part of the vegetable oilmeal market?", Discussion Paper 2/2000, Centre for Fisheries Economics, Foundation for Research in Economics & Business Administration, Bergen, Norway.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sean necesariamente sustitutos cercanos entre sí, por cuanto la similitud en las evoluciones de ambos precios podría deberse a alguna razón diferente. Así, podría deberse a cambios en alguna variable con influencia común en uno y otro precio -como por ejemplo, el ciclo económico- y no necesariamente a su grado de sustituibilidad.

Gráfico N° 4: Precio internacional de Aceite de Pescado y de Soya (valores en índice, comparados con la evolución del Food Index¹³ del FMI)



Fuente: Elaboración del TDLC en base a datos del FMI. Los tres índices de precios tienen base Septiembre 2000=100. En el caso del aceite de pescado y de soya, sus respectivos índices de precios se calculan a partir de precios en US\$ nominales y que corresponden al precio promedio CIF en Rotterdam, mensual, cobrado por el principal país exportador de cada commodity. El Food Index-OIL es un índice de elaboración propia en base al Food Index reportado por el FMI, restando la participación ponderada de ambos tipos de aceite mostrados, para controlar esta serie por los efectos de las variables que se intenta analizar.

94. Con el objeto de discriminar entre las dos posibilidades antes planteadas, en el Gráfico también se ilustra la evolución de un índice que pondera distintos precios internacionales, elaborado por el FMI, de commodities relacionados con productos alimenticios, al cual se le ha sustraído la participación de ambos tipos de aceite, para controlar los posibles efectos que éstos puedan tener en el mismo. Este índice muestra un patrón de evolución temporal en general distinto al de los otros dos índices de precios, por lo que puede concluirse que los movimientos al alza prácticamente

¹³ El FMI Food Index es un índice de precios internacionales que considera un promedio ponderado de los distintos commodities clasificados como productos alimenticios (cereales, aceites vegetales, harinas proteicas, azúcar, etc.)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

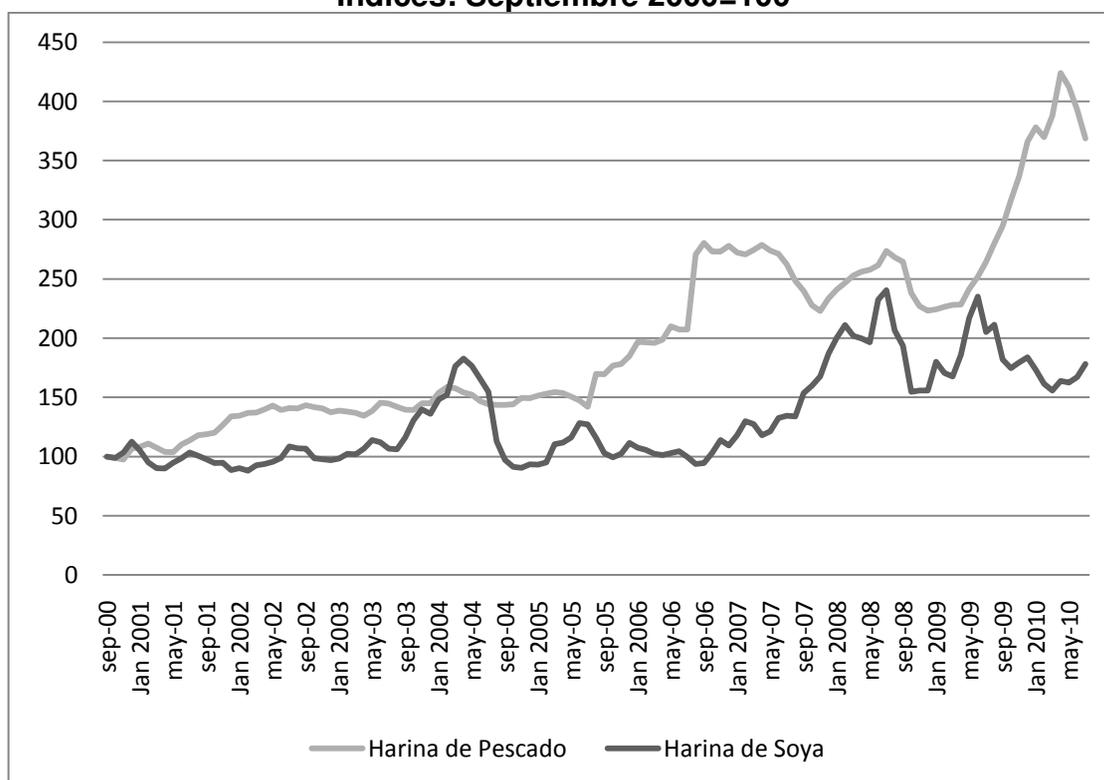
coincidentes de los dos tipos de aceites no se deben a shocks que afecten a todos los productos alimenticios en general, sino a características que conciernen a ellos singularmente.

95. Por lo tanto, es posible afirmar que existe una sustitución cercana entre el aceite de pescado y el de soya, al menos para una fracción significativa de la demanda total. En este caso, el intento de algún productor por elevar el precio nacional del aceite de pescado podría ser disciplinado por aumentos en la importación de aceite de soya. El hecho que la producción de estos aceites sea almacenable favorece que este efecto disciplinador ocurra dentro de plazos razonables de reacción.

96. En el caso de la harina de pescado, el Gráfico N° 5-A muestra la evolución durante la última década del precio de la harina de pescado y del precio de la harina de soya. El Gráfico N° 5-B, por su parte, muestra información equivalente, pero focalizada en el periodo 2009-2010. Esto último, con el objeto de ilustrar más explícitamente los efectos sobre precios, asociados probablemente al terremoto ocurrido en Chile el 27 de Febrero del 2010.

97. En ambos gráficos se observa que los precios de uno y otro tipo de harina presentan dinámicas de cambio más disímiles entre sí que las observadas en el caso de los aceites.

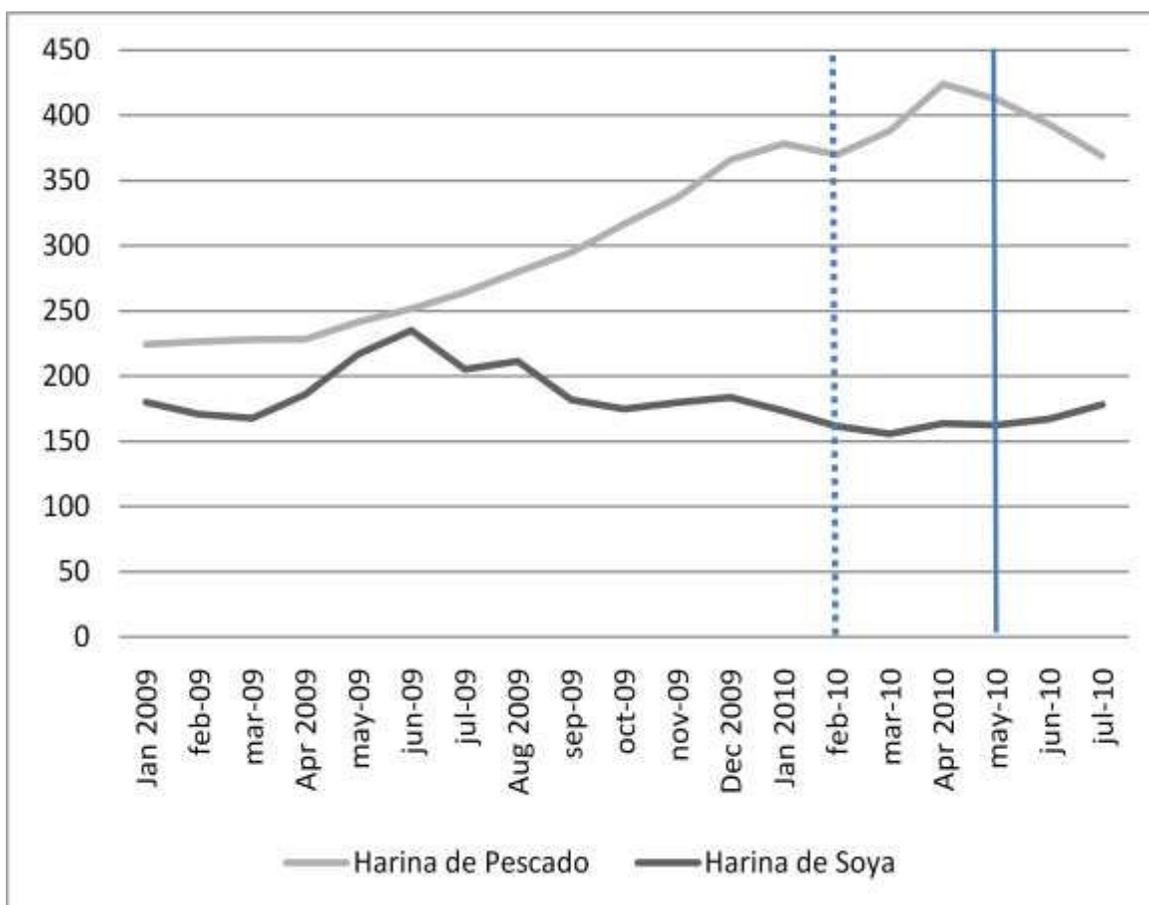
Gráfico 5-A: Índices de Precios internacionales de la Harina de Pescado y de Soya
Índices: Septiembre 2000=100



Fuente: Elaboración del TDLC en base a datos del FMI. Ambos índices de precios tienen base 100 en septiembre de 2000. El precio es CIF en Rotterdam, considerando harina de pescado de calidad estándar 64-65%

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 5-B: Índices de Precios internacionales de la Harina de Pescado y de Soya
(Efectos asociados al terremoto en Chile, 27 Febrero 2010)



Fuente Gráficos 5-A y 5-B: Elaboración propia en base a datos del FMI. Los tres índices de precios tienen base Septiembre 2000=100. Los respectivos índices de precios se calculan a partir de precios en US\$ nominales que corresponden al precio promedio mensual CIF transados en Rotterdam cobrado por el principal país exportador de cada commodity, siendo la harina de pescado de calidad estándar (sitio web: <http://www.imf.org/external/np/res/commod/index.asp>)

98. En el caso del terremoto antes mencionado, la línea vertical punteada en el gráfico 5-B (correspondiente al mes de su ocurrencia) indica el inicio de un nuevo ciclo de alza en el precio de la harina de pescado, que dura hasta abril de 2010 (ciclo que, por cierto, dista de ser el único de alza en el sub-periodo graficado). Nótese que el posterior ajuste a la baja en el precio de la harina de pescado coincide con un ciclo de aumento en el precio de la harina de soya.
99. Este conjunto de evidencia lleva a deducir, en opinión de este Tribunal, que existe sustituibilidad, aunque –muy probablemente– ni perfecta ni instantánea, entre uno y otro tipo de harina. En efecto, tanto el ciclo de alza transitoria post terremoto, como la falta de una mayor simetría y simultaneidad en los patrones de cambio en los precios de uno y otro tipo de harina, constituyen indicios consistentes con la probable existencia de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

costos de ajuste en los intentos por sustituir, más rápida y plenamente, el uso de harina de pescado por harina de soya¹⁴.

100. En el caso de la demanda por harina y aceite de pescado asociada a la salmonicultura, el mayor contenido de estos productos en proteínas, aminoácidos y ácidos grasos, en relación a la harina y aceite de soya, redundaría en que la salmonicultura enfrente opciones más restringidas –respecto de otras industrias de producción de alimentos animales para consumo humano-- para sustituir las harinas y aceite de origen animal por sus símiles de origen vegetal¹⁵. En el caso de la salmonicultura en Chile, lo anterior es especialmente relevante, dado que el costo del alimento representa un porcentaje significativo (en torno a la mitad) en el costo final de oferta por kilo de salmón procesado¹⁶.

101. En este mismo sentido, es relevante mencionar que, según antecedentes aportados en la audiencia pública realizada con ocasión de este Expediente, actualmente en torno al 20% de las exportaciones anuales de salmón en Chile provendrían de salmoneras relacionadas patrimonialmente con empresas de pesca industrial, las que a su vez poseen cuotas de pesca en las pesquerías de jurel, anchoveta y sardina común. Al respecto, el siguiente Cuadro N° 4 muestra las empresas que participan en la industria de reducción chilena y que, además, poseen interés patrimonial en empresas salmoneras, observándose que éstas representan casi un 15% del valor total de exportaciones asociadas a este producto, en el año 2009.

¹⁴ Al respecto, véanse argumentos y un análisis empírico más detallado en Tveteras (2000) “The Fishmeal Market: An integrated part of the Vegetable Oil Market?” Centre for Fisheries Economics Discussion paper No. 2/2000.

¹⁵ Tveteras, *op. cit.*; Tacon (1994) Dependence of Intensive Aquaculture Systems on fishmeal and Other Fishery Resources. FAO Aquaculture Newsletter April (6): 10-14. Roma; Storebakken et al. (1999) Soy Products as Fat and Protein Sources in Fish Feeds for Intensive Aquaculture. Presented at Global Soy Forum 1999 (Drackley, J.K., ed.). Chicago, 4-7 Agosto, Federation of Animal Societies.

¹⁶ T. Bjorndal (2002), “Competitiveness of Chilean salmon aquaculture”, *Aquaculture Economics and Management* 6(1-2): 97-116; L. Vidal (2002), “Oportunidades de inversión para la acuicultura en la region de Aysen”, *ILPES/CEPAL*, Santiago-Chile

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 4: Relación entre empresas salmoneras y firmas que pescan y/o procesan harina y aceite de pescado con especies sujetas a la Ley de Cuotas, año 2009. Exportaciones de cada una en toneladas y en miles de dólares FOB en Chile.

| Compañía salmonera | Empresa a la que está asociada | Exportaciones asociadas a Salmón (ton) | % del total nacional | Exportaciones asociadas a Salmón (Miles US\$) | % del total nacional |
|-------------------------------|--|--|----------------------|---|----------------------|
| Cía. Pesquera Camanchaca S.A. | Cía. Pesquera Camanchaca S.A. | 15.864,4 | 4,48 | 102.205,9 | 6,48 |
| Fiordo Austral S.A. * | Fiordo Austral S.A. | 46,5 | 0,01 | 355,7 | 0,02 |
| Pesquera El Golfo S.A. | Pesquera El Golfo S.A. | 5.647,8 | 1,59 | 23.303,9 | 1,48 |
| Pesquera Landes S.A. | Pesquera Landes S.A. | 0,8 | 0,00 | 11,8 | 0,00 |
| Pesquera San José S.A. | Pesquera San José S.A. | 2.009,0 | 0,57 | 13.352,9 | 0,85 |
| Salmones de Chile S.A. | Pesquera Bahía Coronel S.A. | 3.007,3 | 0,85 | 14.148,2 | 0,90 |
| Salmones Friosur S.A. | Pesquera Friosur S.A. | 6.348,5 | 1,79 | 41.877,6 | 2,66 |
| Salmones Humboldt S.A. | Pesquera Coloso S.A. (Corpesca y San José) | 111,6 | 0,03 | 493,2 | 0,03 |
| Salmones Itata S.A. | Pesquera Itata S.A. | 4.413,1 | 1,25 | 33.901,1 | 2,15 |
| Total Empresas | | 37.449,0 | 10,57 | 229.650,4 | 14,57 |
| Total Nacional | | 354.418,4 | 100 | 1.576.342,2 | 100 |

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de Subpesca a fojas 318. * La empresa Fiordo Austral S.A. sólo tiene plantas de procesamiento de harina y aceite de pescado de especies sujetas a LMCA, sin poseer flota.

102. Dada la importancia del alimento en el costo final de un salmón procesado, los productores de harina y aceite que están integrados al negocio salmonero podrían tener incentivos para limitar ilícitamente el acceso a estos insumos, en caso que ello les permitiese defender la obtención de rentas extra-normales en la industria del salmón. Esta hipótesis requeriría que se cumplan, al menos, dos condiciones: (i) que existan rentas extra-normales en el negocio salmonero, lo que en principio, en opinión de este Tribunal, podría ser factible; y (ii) que los productores nacionales de harina y aceite de pescado, integrados al negocio salmonero, puedan ejercer poder de mercado en las ventas nacionales de esos insumos.

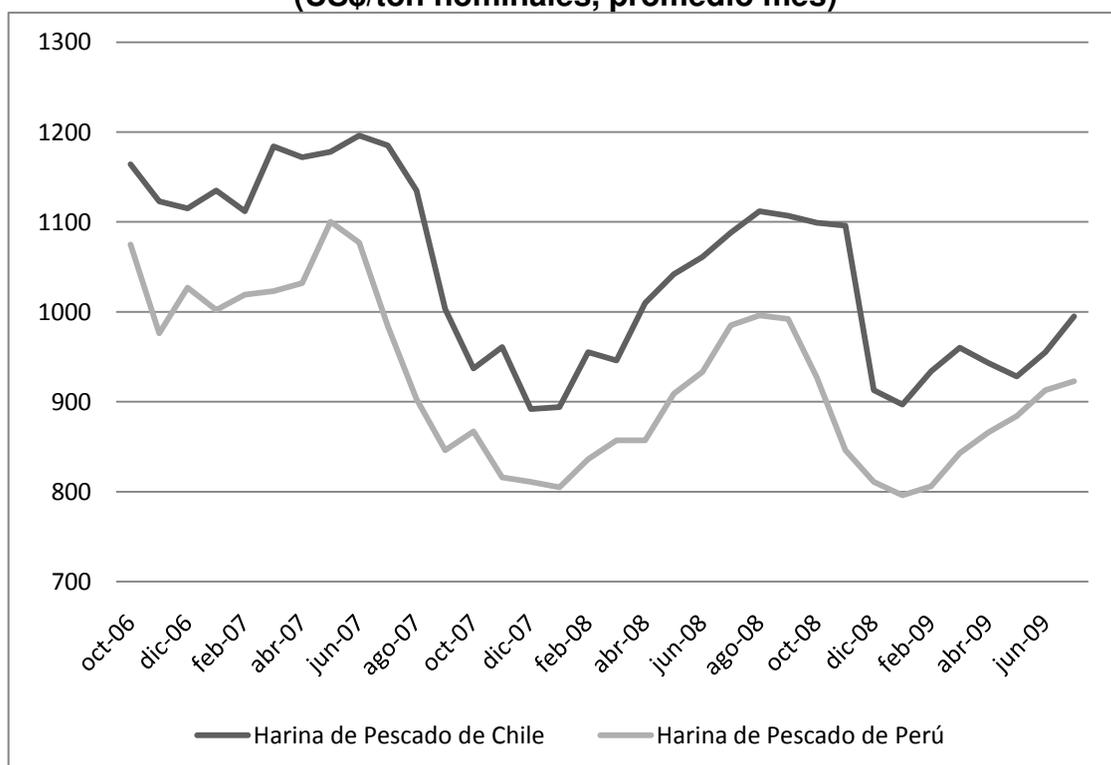
103. En relación con este segundo aspecto, y considerando los límites ya señalados a la sustituibilidad entre harinas y aceites de origen animal y vegetal, la viabilidad de que algún productor nacional de harina y aceite de pescado pueda ejercer dominio de mercado en forma abusiva requeriría que se cumplan, copulativamente, los siguientes tres factores: (i) un contexto de escasez en la oferta de harinas y aceite de pescado; (ii) que otros productores foráneos de estos productos (peruanos, por ejemplo) no puedan disciplinar el ejercicio de poder de mercado por parte del productor chileno; y (iii) que el

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

segmento de demandantes que fuese objeto de dicho ejercicio de poder de mercado no disponga, durante un periodo relevante, de acceso (a costo razonable) a otros productos que sean sustitutos de la harina o aceite de pescado.

104. Respecto de este conjunto de factores, y siendo factible que ciertos nichos de demanda enfrenten mayor escasez transitoria en la correspondiente oferta regional de harinas y aceite de pescado, sobre todo por el fuerte carácter cíclico y la imprevisibilidad que caracteriza a la disponibilidad de peces que son la materia prima requerida por la industria de reducción, este Tribunal no ha encontrado evidencia en este Expediente que le permita formarse convicción sobre la concurrencia, para el caso chileno, del resto de los factores necesarios para un eventual ejercicio abusivo de posición dominante.
105. A mayor abundamiento, y asumiendo por un momento que fuese posible que algún productor nacional de harina y aceite de pescado o, eventualmente, un conjunto coordinado de ellos, pudiese haber ejercido dominio de mercado en la venta nacional de estos productos, sería entonces esperable observar divergencias, al menos durante algún periodo relevante, entre los precios nacionales de estos productos y los precios de venta de otros oferentes (foráneos) de producción equivalente o sustituta, circunstancia que no se ha observado.
106. Al respecto, una comparación relevante es la relación entre los precios FOB (promedio país) de exportación de harina de pescado de productores con base en Perú y Chile. El siguiente gráfico ilustra esta relación para el período 2006-2009.

Gráfico N° 6: Precios FOB de exportaciones de Harina de Pescado desde Chile y Perú (US\$/ton nominales, promedio mes)



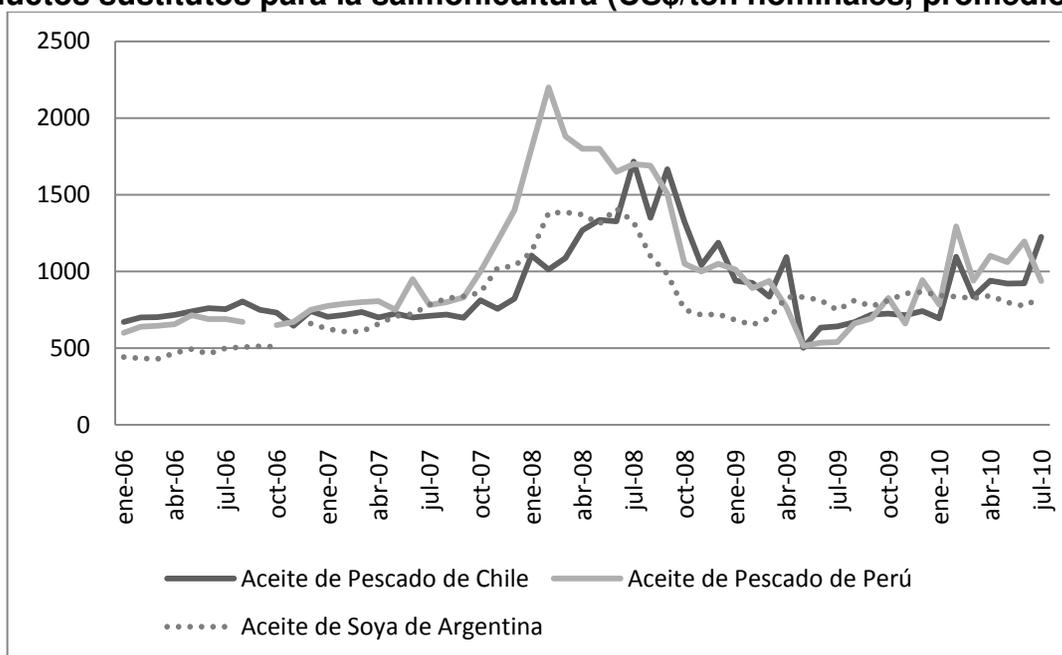
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fuente: Elaboración del TDLC, a partir de datos de Directorio Aqua (www.directorioaqua.com) y Ministerio de la Producción de Perú (www.produce.gob.pe).

Nota: Estos precios promedian, ponderando por los respectivos volúmenes exportados por cada país, a los diferentes valores unitarios de harinas de pescado de distinta calidad.

107. En este caso, se observa un comportamiento muy similar en las evoluciones de ambos precios. El mayor nivel del promedio chileno se debe a que, durante el periodo graficado, los productores chilenos exportaron una mayor proporción, en relación a sus similares peruanos, de harinas *prime* y *super prime*, cuyos precios superan a los de la harina de calidad estándar.
108. Por lo tanto, esta evidencia en particular no permite demostrar el ejercicio de poder de mercado por parte de productores nacionales de harina de pescado. Dicha evidencia tampoco permitiría descartar la posibilidad de un eventual ejercicio de dominio de mercado coordinado entre productores chilenos y peruanos. Sin embargo, sobre esta última hipótesis este Tribunal no cuenta con ninguna evidencia concreta y, por ello, deberá descartarla para los efectos del presente análisis.
109. Ahora, en cuanto al aceite de pescado, el Gráfico N° 7, siguiente, ilustra la comparación de precios de aceite de pescado entre las exportaciones realizadas por Chile y Perú, junto al precio promedio de exportación de aceite de soya vendido por productores argentinos. En este caso tampoco se observa evidencia que sugiera el ejercicio de poder de mercado por parte de los productores chilenos de aceite de pescado.

Gráfico N° 7: Precios FOB de exportación de Aceite de Pescado desde Chile y de productos sustitutos para la salmonicultura (US\$/ton nominales, promedio mes)



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos de Directorio Aqua y Ministerio de la Producción de Perú.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

110. En síntesis, no se han encontrado indicios en los mercados considerados de que los productores nacionales tengan capacidad para afectar los correspondientes equilibrios de mercado, de forma que éstos pudiesen divergir, durante periodos que permitiesen efectos relevantes sobre la libre competencia, de los volúmenes de intercambio que son deseables desde la perspectiva de la eficiencia asignativa; esto es, de aquel volumen de transacciones que maximiza la creación de valor económico a partir del intercambio. Por lo tanto, este Tribunal no puede tener por demostrada la existencia de ejercicio de poder de mercado por parte de algún productor o conjunto de productores nacionales de harina y aceite de pescado.

VI.2. Eficiencia asignativa y eficiencia productiva

111. No obstante lo anterior, y desde la perspectiva de la defensa de la libre competencia, este Tribunal estima que es relevante analizar también posibles efectos sobre la eficiencia productiva; esto es, que los costos de oferta en el intercambio económico coincidan con los mínimos posibles. Ello implica que quienes usen las cuotas de pesca sean precisamente los agentes económicos más eficientes (los de menor costo) en proveer los productos demandados en el mercado.

112. Al respecto, si se aceptase el argumento de que el mercado secundario (el de transferibilidad) de cuotas funciona en forma eficiente, entonces necesariamente debiera prevalecer la eficiencia productiva en el equilibrio de mercado. En efecto, quienes sean más eficientes en producción estarán dispuestos a pagar a quienes no lo sean en igual grado, de forma que estos últimos finalmente vendan su participación de mercado a aquellos más eficientes.

113. Así, el tema de cómo se resuelva la asignación inicial de cuotas de pesca sólo adquiriría relevancia, desde la perspectiva de la libre competencia, en tanto existan costos significativos para transar sea o bien la titularidad, o bien el uso de las cuotas asignadas.

114. Sin embargo, si se estimase que es razonable y plausible el lograr una reducción relevante en los actuales costos para transferir la titularidad o uso de las cuotas, vigentes bajo el actual sistema de LMCA, entonces el tema de cómo resolver la asignación inicial de cuotas tiende a perder relevancia desde el punto de vista de la libre competencia. Y esto, independientemente de otros fines que se pudiesen estimar como pertinentes en la discusión legislativa al respecto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

115. Por lo anterior, el análisis que sigue se centrará en aspectos directamente relacionados con la transferibilidad de las cuotas de pesca asignadas bajo el sistema de LMCA, tanto en términos de su titularidad como de su uso temporal. En particular, a partir del análisis de los antecedentes disponibles en este Expediente, se intentará identificar posibles áreas de reforma normativa del actual sistema de LMCA que pudiesen ayudar a reducir los costos de transar la titularidad y uso de las cuotas de pesca asignadas inicialmente.

VI.3. Sobre la transferibilidad de las cuotas de pesca bajo el sistema de LMCA

116. Para efectuar el referido análisis es necesario, en primer término, reseñar las normas aplicables a la materia. Así, la Ley de Pesca establece que las autorizaciones de pesca otorgadas de acuerdo al régimen general de acceso (acceso amplio) no son enajenables, ni arrendables, ni se pueden constituir otros derechos en beneficio de terceros (artículo 15º inciso final de la Ley de Pesca), siendo la única excepción la posibilidad de ser transmitidas por causa de muerte. No obstante, habiendo sido una unidad de pesquería declarada en estado de plena explotación (es decir, con acceso restringido), las autorizaciones de pesca adquieren la condición de transferibles con la nave e indivisibles con esta última (artículo 23º inciso 1º de la Ley de Pesca). Para estos efectos, la Subsecretaría otorgará *“un certificado que acredite la individualización del armador industrial titular de la autorización; las características básicas de la nave y la individualización de la o las unidades de pesquería sobre las cuales podrá operar. Estos certificados serán otorgados a petición del titular. Tendrán una duración indefinida mientras se mantenga la vigencia del régimen de plena explotación y no se vean afectados por las causales de caducidad, en que pueden incurrir los titulares de las autorizaciones que fundamentan el otorgamiento de estos certificados”* (artículo 23º inciso 2º de la referida Ley).

117. En aquellos casos en los que rige el sistema de LMCA, la vía para transferir la titularidad de la “cuota individual” de captura es la transferencia de la nave con autorización de pesca vigente a la que está asociada. Asimismo, los armadores pueden asociarse para consolidar sus cuotas individuales (artículo 7º de la Ley de Cuotas) y determinar si realizarán labores de pesca con todas las naves o sólo una parte de éstas (artículo 8º de la misma ley). Igualmente, al permitírsele al armador excluir una o más naves de la actividad extractiva de una determinada pesquería, los certificados que acreditan la historia de captura y capacidad de bodega relacionada con aquellas naves excluidas pueden ser transferidos (artículo 9º de la Ley de Cuotas).

VI.3.1. Transferibilidad de cuotas de pesca y costos de transacción

118. Una vez establecido el régimen jurídico vigente de transferibilidad de autorizaciones y cuotas aplicable al sector extractivo industrial, corresponde analizar sus posibles efectos sobre la libre competencia en dicho sector.
119. Así, en relación a la existencia de costos para transar la titularidad o el uso temporal de las cuotas asignadas por armador, el conjunto de intervinientes en este Expediente ha mencionado, en lo fundamental: (i) la conveniencia de, por un lado, separar la titularidad de las cuotas de pesca de la propiedad de las naves a las que las primeras están actualmente asociadas y, por otro lado, que el mercado de transacciones temporales de cuotas no siga sujeto a las limitaciones de plazo mínimo, ni se restrinja sólo a quienes cuentan actualmente con cuotas de captura (bajo la modalidad de asociatividad para operaciones de pesca, establecida en el artículo 7° de la Ley de Cuotas); (ii) la ausencia de un registro público y transparente de los precios de transferencia de cuotas de pesca; y, (iii) la eventual existencia de asimetrías de información a favor de los incumbentes (aunque sin demostrar el origen de estas asimetrías).
120. En cuanto a la actual indivisibilidad entre la propiedad de una nave y la titularidad de cuotas de pesca, ésta tiende a generar un conjunto de efectos indeseados, desde el punto de vista de la eficiencia productiva, en el uso de las cuotas asignadas por armador. Primero, contribuye a aumentar el costo de entrada para nuevos entrantes a una determinada pesquería. Ello, por cuanto impide adquirir una cuota de captura con una proporción menor a la asociada a cada nave. En segundo término, esta indivisibilidad también puede desincentivar la inversión en nueva tecnología y, con ello, frenar aumentos de productividad en el sector. Un potencial entrante podría preferir producir con una nave ya existente, que tiene cuota asociada, antes que comprar una nueva nave, más eficiente; lo anterior, salvo que la ganancia en productividad justificase solventar el costo de deshacerse de la nave menos productiva.
121. En cuanto al resto de los argumentos mencionados por los intervinientes, sobre los costos de transar la titularidad o uso temporal de las cuotas asignadas por armador, en este Expediente no constan argumentos adicionales ni evidencia específica sobre ellos. Así, el análisis que la próxima sección (VI.3.2) desarrolla sobre el funcionamiento de los mecanismos de transferibilidad de cuotas disponibles en el actual sistema de LMCA, se realizará en función de evidencia e indicadores generales sobre la cobertura, magnitud y patrones de evolución temporal de las transacciones reportadas de cuotas de pesca, considerando el caso de determinadas unidades de pesquería, sin pretender distinguir

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entre fuentes específicas de costos para transar las cuotas de pesca asignadas por armador.

122. Previo a este análisis, a continuación se describen hipótesis sobre el riesgo de que las cuotas de pesca por armador, asignadas bajo el actual sistema de LMCA, sean usadas con fines exclusorios en los mercados de titularidad y uso de cuotas de pesca.
123. Las cuotas de pesca asignadas en el sistema de LMCA a empresas con presencia histórica -llámense incumbentes- en la pesca industrial constituyen un insumo esencial para el desarrollo de esta actividad. Similar argumento es aplicable al acceso a capacidad de procesamiento, localizada en zonas específicas de Chile, para convertir los desembarques pesqueros en producción procesada por la industria de reducción.
124. Así, y por las razones ya expuestas en la sección VI.1.2, las firmas incumbentes y con control de plantas reductoras podrían intentar excluir del mercado a otros competidores que no dispongan de cuotas de pesca, o no tengan acceso garantizado a capacidad de procesamiento para fines de reducción pesquera. Lo anterior, sea negándoles la venta de cuotas (esto es, negando la venta de naves con cuotas asociadas), o no asociándose con ellos para los efectos del artículo 7° de la Ley 19.713, o bien negándoles el acceso a sus plantas de reducción.
125. Naturalmente, la viabilidad de estas hipotéticas estrategias de exclusión requeriría que los agentes objeto de la conducta exclusoria no dispongan de alternativas relevantes de oferta.
126. En el caso del acceso a cuotas de pesca válidas para la industria de reducción, la sección V.5 ya describió la significativa concentración existente en la actual titularidad de cuotas por armador. Asimismo, ya se han descrito las limitaciones que un comprador de pesca enfrentaría en caso de intentar sustituir su aprovisionamiento de pesca industrial con desembarques artesanales.
127. Por otro lado, y ahora en relación con el acceso a capacidad de procesamiento para fines de reducción pesquera, si bien en este Expediente no se cuenta con información sobre los actuales niveles de integración vertical entre armadores incumbentes y plantas de reducción, al año 2003 cerca del 90% del volumen total de producción de la industria de reducción chilena ya estaba bajo control de armadores incumbentes con propiedad integrada a plantas de reducción.
128. Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, resulta plausible que los armadores incumbentes que se encuentran integrados con plantas de procesamiento puedan tener la capacidad de restringir la entrada o crecimiento de firmas rivales con acceso restringido a esos insumos. Lo anterior, en tanto lo limitativo del acceso a los insumos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bajo control de las firmas incumbentes les entregue a ellas una real aptitud para asegurar sus fines exclusorios. En tal caso, la titularidad de cuotas por parte de empresas incumbentes podría transformarse en fuente de conductas contrarias a la libre competencia. Esta hipótesis, sin embargo, debe contrastarse con la evidencia y la realidad del mercado de transferibilidad de cuotas, tal como se presenta en la actualidad, y que a continuación se analiza.

VI.3.2. Análisis del mercado de transferencias de cuotas en lo que concierne a (i) su titularidad y (ii) su uso

129. A continuación se analiza evidencia disponible sobre el funcionamiento del sistema de LMCA en lo que dice relación con la transferibilidad de las cuotas asignadas por armador. Primero, en lo relativo a la transferibilidad de la titularidad de cuotas, esto es, al mercado de compraventas de naves con cuotas asociadas a pesquerías bajo el sistema de LMCA. Después, en lo que dice relación sólo con operaciones de corto plazo respecto del uso de las cuotas por armador, es decir, la opción de asociatividad que contempla el artículo 7° de la Ley 19.713, sobre LMCA.

130. No obstante que el foco prioritario de análisis en este Expediente se ha definido en relación a las pesquerías de las tres principales especies que abastecen a la industria de reducción en Chile, el análisis a continuación también considera resultados observados, en lo relativo a la transferibilidad de las cuotas de pesca, en un conjunto más amplio de las pesquerías industriales sometidas al sistema de LMCA.

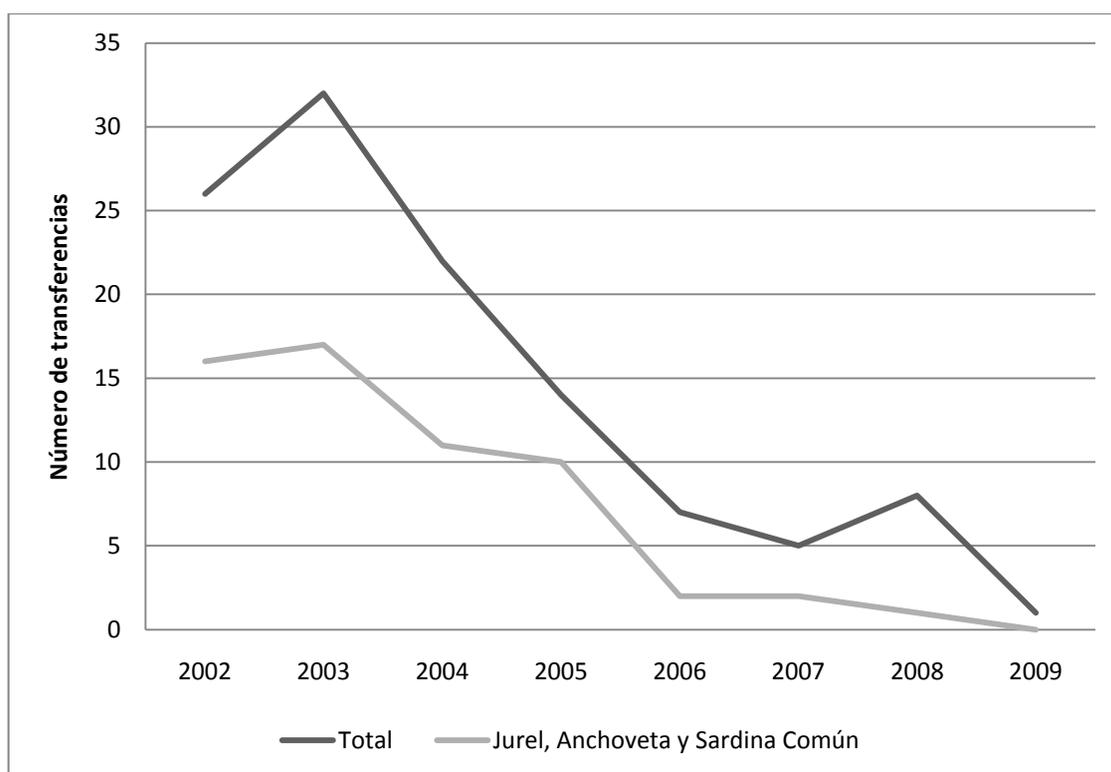
VI.3.2.i. Transferencias de cuotas en lo que concierne a su titularidad: Mercado de compraventas de naves con cuotas de pesca por armador

131. El Gráfico 8 muestra, por un lado, el número total anual de transferencias de naves industriales que tienen permisos de pesca válidos para al menos una de las unidades de pesquería sometidas al sistema de LMCA, considerando el total de unidades de pesquería que han operado bajo este sistema durante el periodo 2002-2009; y, por otro lado, el número anual de transferencias de naves que poseen cuotas de pesca para al menos una de las tres especies pelágicas que constituyen la materia prima predominante para la industria de reducción pesquera (jurel, anchoveta y sardina común)¹⁷.

¹⁷ Estas transferencias corresponden a aquellas en que se compra o vende una nave que puede realizar extracción de al menos una de las tres especies mencionadas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 8: Número total anual de transferencias de naves con permiso de pescapara al menos una de las unidades de pesquería sujetas a LMCA¹⁸



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de Resoluciones entregadas por Subpesca a fojas 2135.

132. En el caso de las principales especies que abastecen a la industria de reducción en Chile, el número anual de transferencias de naves ha seguido la misma tendencia que el agregado de las pesquerías sometidas a LMCA, esto es, una disminución prácticamente continua, convergiendo en los últimos años hacia niveles muy exiguos o derechamente nulos de transferencias (según se considere el total de pesquerías bajo LMCA, o bien sólo aquellas en que participan las tres especies aludidas).
133. Cabe precisar que, en el caso de las tres principales especies que abastecen a la industria de reducción, en las transferencias reportadas en el Gráfico N° 8 no participó ningún genuino nuevo entrante, definido este último como una empresa con control corporativo independiente de las empresas a las que se le asignaron inicialmente cuotas por armador en cada unidad de pesquería, al comenzar el sistema de LMCA.
134. En relación con las razones que explicarían la tendencia de disminución observada en el número anual de compraventas de naves, ha surgido controversia entre los

¹⁸ Se refiere a la compraventa de naves con permisos de pesca para pesquerías bajo LMCA, incluyendo operaciones de absorción de empresa(s) que posea(n) naves con permisos de pesca (y cuotas) para operar en al menos una de esas pesquerías. Se excluyen operaciones de compraventa que no implican un cambio efectivo de propiedad, esto es, en el control corporativo de la persona jurídica que detenta la propiedad de la nave. Así, se excluyen transferencias que, por ejemplo, sean fruto sólo de cambios en la razón social de la empresa que aparece como dueña de la nave en cuestión.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intervinientes en este Expediente. Por un lado, los informes presentados tanto por Asipes como por Sonapesca (a fojas 1720 y 1753, respectivamente) plantearon que esta evolución del mercado es del todo natural, siendo ella una muestra de que éste habría convergido hacia la consolidación y permanencia de las firmas más eficientes. Por otro lado, el informe presentado por Lota Protein, a fojas 1446, afirma que tal patrón de disminución, si bien podría ser interpretado como la consecuencia natural de haber alcanzado el equilibrio eficiente de largo plazo (suponiendo la ausencia de costos de transacción), no es una prueba de que éste sea realmente el caso, y menos aún en el evento de subsistir importantes problemas informacionales en el mercado secundario de transferencia de cuotas de pesca. De este modo, argumenta que la evolución de las transferencias observadas en los últimos años es una muestra de que este mercado secundario ha dejado de funcionar eficientemente, debido a sus imperfecciones y a los problemas informacionales que impiden la anulación completa de los costos de transacción.

135. En opinión de este Tribunal, un factor que probablemente ha contribuido a la tendencia de disminución informada en el Gráfico N° 8 dice relación con la incertidumbre regulatoria asociada al fin de la vigencia del actual sistema de LMCA. En efecto, a medida que se acerca la fecha de expiración de la actual Ley de Cuotas, tiende a aumentar el costo de estimar el valor de las cuotas de pesca. Ello como resultado, entre otros factores, de la incertidumbre respecto a si las actuales titularidades de cuotas serán un factor a considerar, y en qué forma, en la eventual siguiente asignación de cuotas. A inicios del actual sistema de LMCA, las cuotas por armador tenían 10 años de vigencia, lo que proveía incentivos para realizar inversiones que pudiesen recuperarse en un horizonte de similar duración. Pero, a medida que ha transcurrido el periodo de vigencia del actual sistema de LMCA, se torna más dudosa la factibilidad de recuperar eventuales nuevas inversiones, lo que desincentiva la adquisición de cuotas adicionales, mediante la compra de naves, por parte de potenciales compradores. Esta incertidumbre regulatoria también reduce los incentivos de los actuales titulares de cuotas para desprenderse de las mismas.

136. En todo caso, este Tribunal estima que, a partir de la evidencia presentada en el Gráfico N° 8 y de los antecedentes disponibles en este Expediente, no es posible concluir si la tendencia de disminución en las compraventas de naves con cuotas asignadas bajo el sistema de LMCA es consecuencia de distorsiones en el funcionamiento de este mercado, o bien si refleja un proceso de convergencia hacia una estructura eficiente de asignación de cuotas de pesca.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

137. En la siguiente sección se analiza la segunda dimensión posible de transferibilidad de cuotas de pesca, es decir, transferencias de corto plazo respecto al uso de cuotas por armador, sin alterar la titularidad de las cuotas asignadas bajo el sistema de LMCA. Esto se refiere a la opción de asociatividad que contempla el artículo 7° de la Ley de LMCA.

**VI.3.ii. Transferencias en relación al uso de las cuotas asignadas
vía LMCA**

138. El artículo 7° de la Ley de LMCA plantea que los asignatarios de cuotas por armador pueden anualmente asociarse entre sí, dentro de una unidad de pesquería en particular, para efectos de decidir en forma conjunta cómo y cuándo usar el total de cuotas por armador que mediante esa asociación logren reunir.

139. Como ya se ha dicho, esta posibilidad permite que un armador, con asignación de cuota para una determinada pesquería, comparta -dentro de un año calendario- cuotas de pesca a otros armadores que también se encuentren sometidos, en la misma unidad de pesquería, al sistema de LMCA. Los armadores así asociados pueden decidir en forma conjunta con cuáles de sus naves -que tengan cuotas para una determinada pesquería- explotarán las cuotas por armador agrupadas en dicha asociación, y en qué época, lo que flexibiliza y -por ende- facilita la optimización conjunta de sus operaciones de pesca.

140. Este esquema de asociatividad operacional ha sido una práctica ampliamente usada por los incumbentes en el total de las unidades de pesquería sujetas a la Ley de Cuotas, como se muestra en la Tabla 4, siguiente.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

141.

Tabla N° 5: Armadores asociados (% del total de armadores) y % de Cuota Global bajo Asociatividad (artículo 7, Ley 19.713), ambos por unidad de pesquería bajo LMCA (años 2002 y 2009)

| | (1) Número Total de Armadores (por unidad de pesquería) | | (2) % de Armadores Asociados(% de (1)) | | (3) % de la Cuota Global bajo Asociatividad | |
|--|---|------|---|--------|--|--------|
| | 2002 | 2009 | 2002 | 2009 | 2002 | 2009 |
| Anchoveta V - X regiones | 43 | 21 | 93,02 | 85,71 | 77,35 | 76,30 |
| Anchoveta III - IV regiones | 13 | 9 | 100,00 | 88,89 | 99,84 | 99,70 |
| Anchoveta XV - II regiones | 7 | 5 | 42,86 | 80,00 | 75,44 | 80,25 |
| Camarón nailon II - VIII regiones | 22 | 19 | 31,82 | 47,37 | 21,16 | 42,15 |
| Congrio dorado 41°28,6' - 47° L.S. | 9 | 5 | 77,78 | 100,00 | 93,84 | 100,00 |
| Congrio dorado 47° - 57° L.S. | 6 | 5 | 66,67 | 80,00 | 81,94 | 77,92 |
| Jurel III - IV regiones | 25 | 17 | 96,00 | 76,47 | 96,16 | 91,63 |
| Jurel V - IX regiones | 52 | 27 | 94,23 | 96,30 | 76,55 | 89,52 |
| Jurel XIV - X regiones | 44 | 25 | 90,91 | 92,00 | 75,89 | 92,38 |
| Jurel XV - II regiones | 6 | 5 | 50,00 | 80,00 | 84,85 | 82,51 |
| Langostino amarillo III - IV regiones | 12 | 12 | 16,67 | 50,00 | 8,03 | 46,79 |
| Langostino colorado XV - IV regiones | 9 | 7 | 22,22 | 71,43 | 27,16 | 47,31 |
| Merluza común IV - 41°28,6' L.S. | 27 | 27 | 85,19 | 66,67 | 95,61 | 95,19 |
| Merluza de 3 aletas 41°28,6' L.S.-XII región | 6 | 4 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 |
| Merluza de cola V - X regiones | 41 | 24 | 85,37 | 95,83 | 90,04 | 99,64 |
| Merluza de cola XI - XII regiones | 7 | 6 | 100,00 | 83,33 | 100,00 | 99,96 |
| Merluza del sur 41°28,6' - 47° L.S. | 8 | 5 | 87,50 | 100,00 | 97,21 | 100,00 |
| Merluza del sur 47° - 57° L.S. | 6 | 5 | 83,33 | 80,00 | 87,48 | 84,69 |
| Sardina Común V-X regiones | 43 | 21 | 93,02 | 85,71 | 77,95 | 78,02 |
| Sardina Española III-IV regiones | 13 | 9 | 100,00 | 88,89 | 100,00 | 99,83 |
| Sardina Española XV-II regiones | 7 | 5 | 42,86 | 80,00 | 82,06 | 78,91 |

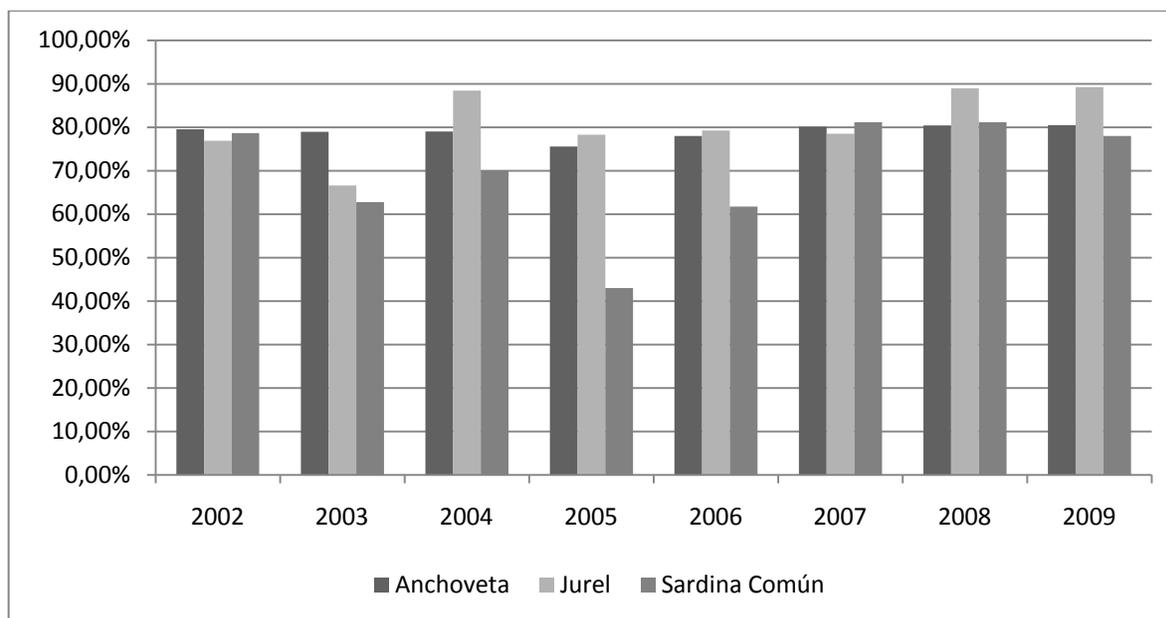
Fuente: Elaboración del TDLC a partir de los datos de Subpesca, a fojas 2135, y de Sernapesca, a fojas 461.

142. Al comparar los años 2002 y 2009, la participación en este tipo de asociatividad se observa claramente creciente, superando en la mayoría de los casos al 75% o incluso más de la cuota global anual o, equivalentemente, del total de armadores titulares de cuotas asignadas bajo el sistema de LMCA.

143. En el caso de las principales especies que abastecen a la producción de harina y aceite de pescado, el gráfico 9, siguiente, muestra que, considerando el total del periodo 2002-2009, los porcentajes alcanzados por las cuotas asociadas han sido mayoritariamente superiores al 60% de las cuotas globales asignadas al sector industrial en las respectivas unidades de pesquería.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 9: Porcentaje de cuota global anual (asignada al sector industrial) bajo asociatividad (tres principales especies, industria de reducción)



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos de Subpesca a fojas 2135.

Nota: Para cada especie, se han agregado las distintas unidades de pesquería.

144. La tendencia general observada de relativamente elevados grados de asociación operacional podría interpretarse, en principio, como indicio de que el mercado secundario para transar a corto plazo el uso de las cuotas asignadas por armador funciona en forma fluida y eficiente. Sin embargo, la sola constatación de esta tendencia no permite descartar la posibilidad de que la asociatividad observada pudiese corresponder, en una fracción relevante, a asociaciones 'cerradas', esto es, con acceso sólo para los titulares con mayor cantidad de cuotas de pesca, y cuya finalidad fuese la exclusión -eventualmente anticompetitiva- de firmas incumbentes más pequeñas o de nuevos entrantes.

145. Con el fin de indagar sobre esta posibilidad, la Tabla N° 6, siguiente, informa los patrones de cambio en la membresía de tales asociaciones, según el número de armadores miembros, que han ocurrido en las principales unidades de pesquería de especies que abastecen a la industria de reducción. Estos cambios (definidos como promedio por año) se reportan diferenciando según el tamaño de la asociación que experimenta cambios en su membresía y según el tipo de cambio observado. Así, en la respectiva columna, se informa el correspondiente número (promedio anual) de armadores que, entre dos años consecutivos: (1) se mantienen en una asociación de la misma categoría de tamaño (grande o pequeña); (2) se cambian hacia una asociación grande, o bien hacia una pequeña; (3) se incorporan ('entran') a alguna asociación sin haber estado el año previo ni en asociaciones grandes ni pequeñas; o, (4) dejan de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participar, durante un año en particular, en la figura de asociatividad. Estos cambios se reportan para los tres primeros años y para los tres últimos de funcionamiento del sistema de LMCA.

Tabla N° 6: Promedio anual de cambios (en número de armadores asociados) en la composición de Asociaciones (Art. 7°, Ley N° 19.713), para periodos 2002-2004 y 2008-2010, en unidades de pesquerías pelágicas bajo LMCA

| | | 2002-2004 | | | | | 2008-2010 | | | | |
|---------------------------|----------|------------------------------|------------------|----------------|---------------|--------------|------------------------------|------------------|----------------|---------------|--------------|
| | | N ^{total} (2002) | Mantienen (1) | Cambian (2) | Entran (3) | Salen (4) | N ^{total} (2008) | Mantienen (1) | Cambian (2) | Entran (3) | Salen (4) |
| Anchoveta (XV-II) | Total | 3 | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 3,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Grandes | 3 | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 3,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Pequeñas | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Anchoveta (III-IV) | Total | 11 | 6,5 | 1 | 0,5 | 3 | 8 | 8 | 0 | 0 | 0 |
| | Grandes | 9 | 6,5 | 1 | 0,5 | 3 | 6 | 6 | 0 | 0 | 0 |
| | Chicas | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 | 2 | 0 | 0 | 0 |
| Anchoveta (V-X) | Total | 40 | 20,5 | 9,5 | 5,5 | 8 | 20 | 17,5 | 0 | 0,5 | 1,5 |
| | Grandes | 21 | 12 | 6,5 | 3 | 4 | 13 | 12 | 0 | 0 | 0,5 |
| | Chicas | 19 | 8,5 | 3 | 2,5 | 4 | 7 | 5,5 | 0 | 0,5 | 1 |
| Jurel (XV-II) | Total | 3 | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 3,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Grandes | 3 | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 3,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Chicas | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Jurel (III-IV) | Total | 24 | 12,5 | 3,5 | 2,5 | 6 | 12 | 12,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Grandes | 15 | 10 | 3,5 | 2,5 | 5 | 12 | 12,5 | 0 | 0,5 | 0 |
| | Chicas | 9 | 2,5 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Jurel (V-IX) | Total | 50 | 25 | 9,5 | 5 | 11 | 28 | 25 | 1 | 0 | 1 |
| | Grandes | 22 | 14 | 8,5 | 4 | 9 | 17 | 15 | 0 | 0 | 0 |
| | Chicas | 28 | 11 | 1 | 1 | 2 | 11 | 10 | 1 | 0 | 1 |
| Jurel (XIV-X) | Total | 40 | 21,5 | 8,5 | 4,5 | 7 | 25 | 20,5 | 0 | 0 | 3,5 |
| | Grandes | 16 | 12,5 | 7,5 | 2,5 | 5 | 14 | 11,5 | 0 | 0 | 2,5 |
| | Chicas | 24 | 9 | 1 | 2 | 2 | 11 | 9 | 0 | 0 | 1 |
| Sardina Común (V-X) | Total | 40 | 20,5 | 9,5 | 5,5 | 8 | 20 | 17,5 | 0 | 0,5 | 1,5 |
| | Grandes | 22 | 15 | 7 | 4 | 5 | 13 | 12 | 0 | 0 | 0,5 |
| | Chicas | 18 | 5,5 | 2,5 | 1,5 | 3 | 7 | 5,5 | 0 | 0,5 | 1 |

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información entregada por Subpesca a fojas 318 y 2135

Notas: La categoría 'Grandes' indica asociaciones que agrupan más del 10% de la cuota global asignada, por unidad de pesquería, a armadores industriales; la categoría 'Chicas' corresponde al resto. Total = Grandes + Chicas; N^{total}: Número total de armadores asociados, por unidad de pesquería, según categoría de tamaño de la Asociación (en el año indicado).

Cada celda indica el correspondiente número (promedio anual) de armadores que, entre dos años consecutivos: (1) se mantienen en una misma categoría de tamaño (Grande o Chica) de Asociación; (2) se cambian hacia una asociación grande o bien hacia una pequeña; (3) se incorporan a alguna Asociación sin haber estado el año previo ni en Asociaciones Grandes ni Chicas; y (4) dejan de participar, durante un año en particular, en la figura de Asociatividad.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

146. Un patrón de evolución común al total de pesquerías reportadas en la Tabla N° 6 es la clara tendencia general, al comparar los años de inicio del sistema de LMCA con los tres últimos disponibles, hacia una menor cantidad de armadores que se cambian de asociación.
147. Por otro lado, es en las pesquerías del Norte Grande (regiones XV y II) en donde se observa la menor cantidad de cambios en la membresía de las asociaciones ocurridos durante los años reportados. De hecho, se observa un único evento de cambio de armador (entrada a una asociación grande) en los 6 años considerados, que corresponde al ingreso, durante el año 2009, de Arica Seafoods Producer S.A. (con 0.41% y 0.71% de participación en la cuota total de Jurel y Anchoveta, respectivamente, en esta zona geográfica) a la asociación formada por Corpesca, South Pacific Korp y San José.
148. A continuación se realiza un análisis más detallado sobre los patrones de modificaciones ocurridas en la membresía de las asociaciones de pesca en los 6 años reportados en la Tabla N° 6, considerando el caso de la unidad de pesquería que agrupa el mayor volumen de captura anual total, esto es, la pesquería de jurel entre las regiones V a IX.
149. En el caso de la pesquería de jurel (regiones V a IX), durante los años 2002-2004 se observa una cantidad importante de cambios en la membresía de las asociaciones. Y esto no sólo en función del número de armadores que entran o salen de determinadas asociaciones, sino también según los volúmenes de captura involucrados y su participación en la cuota global de esta pesquería. Así, los armadores que salen de asociaciones grandes representan, en su conjunto, el 9.6% de la cuota total del año 2002, lo que incluye a empresas como Itata S.A., que dejó una asociación grande poseyendo ese año un 6.2% de la cuota global para esta unidad de pesquería. Por otro lado, los armadores que se cambiaron desde asociaciones pequeñas a grandes entre los años 2002 y 2003 poseían, en conjunto, el 8.9% de la cuota global de jurel en esta zona. Este último grupo incluye a las pesqueras Del Norte S.A. y Del Cabo S.A., representando en su conjunto un 4% de la cuota total asignada para esta unidad de pesquería durante el año 2003.
150. Durante los primeros años de funcionamiento del sistema de LMCA, en esta pesquería de jurel, una proporción mayoritaria de los movimientos involucraron a asociaciones 'grandes'. En particular, los cambios de armadores ocurrieron mayoritariamente desde asociaciones pequeñas hacia grandes. Y, dentro de esta

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dinámica de cambios, un porcentaje significativo de los armadores que se cambiaron desde pequeñas a grandes asociaciones fueron luego absorbidos, con el transcurso del tiempo, por las firmas más grandes con las que inicialmente buscaron asociarse.

151. A lo largo de todo este período, algunas de las empresas con una pequeña participación en las cuotas se han mantenido asociadas entre sí en asociaciones pequeñas, como por ejemplo la de Lota Protein y otros -con aproximadamente un 1.5% de la cuota- y Bahía Coronel con otros, que agrupa cerca de un 6% de la cuota global en esta unidad de pesquería. Este tipo de asociaciones ha mantenido su estructura de membresía y porcentaje agregado de participación en la cuota total asignada a armadores industriales prácticamente invariables desde el año 2002 hasta el 2010, sin relacionarse con las grandes asociaciones de armadores industriales que manejan más del 10% de la cuota.
152. Luego, durante los últimos tres años reportados en la Tabla N° 6, se observa un evidente decaimiento en el nivel de ajustes en la membresía de las asociaciones operacionales en esta unidad de pesquería. Durante estos años, los únicos cambios ocurridos fueron, por un lado, la salida de Salmoprocesos S.A. y Lota Vedde Ltda. de las asociaciones que integraban -que en conjunto contaban con un porcentaje muy bajo de la cuota global de esta pesquería (cercano al 1%)- y, por otro, la salida de Foodcorp S.A. y Friosur IX. S.A. -estos últimos retirándose desde una asociación grande para formar su propia asociación ('pequeña') durante el año 2009- lo que involucró un 9.45% de la cuota global asignada de este recurso.
153. En síntesis, en esta pesquería se observa, y ello como un ejemplo generalizable de lo que también ocurrió en otras de las pesquerías reportadas en el Tabla N° 6, una tendencia a través del tiempo hacia la concentración de las cuotas de pesca en un número más reducido de firmas y un número incluso menor de asociaciones de armadores. Consistente con esta tendencia, y como ya se informó en la Tabla 4, el porcentaje de la cuota global bajo asociatividad en esta pesquería subió, desde 76.5% en el año 2002, a 89.5% en el año 2009.
154. En todo caso, y sobre la base del conjunto de antecedentes considerados en la sección VI.3 de este Expediente, este Tribunal no encuentra evidencia que le permita formarse convicción en cuanto a que la tendencia general hacia una mayor concentración en la titularidad y uso de las cuotas de pesca por armador, bajo el actual sistema de LMCA, pueda estar asociada con estrategias de bloqueo a la entrada de nuevos competidores, eventualmente ilícitas desde la perspectiva de la libre competencia, por parte de las principales empresas incumbentes que participan en los mercados analizados. De hecho, si bien se han constatado ciertos indicios de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

segregación en la membresía de algunas de las asociaciones definidas como ‘grandes’ en el presente análisis, la evidencia disponible no permite concluir, sin embargo, que la razón fundamental de ello se deba a los ajustes requeridos por una natural transición hacia un equilibrio productivo eficiente de largo plazo, o bien a eventuales distorsiones sobre la libre competencia en los mercados afectados.

155. No obstante lo anterior, y dado lo ya señalado sobre la incertidumbre regulatoria creada por el próximo término de la vigencia de la Ley de Cuotas, junto con las principales fuentes de costos de transacción que el conjunto de intervinientes en este Expediente ha identificado como existentes en el mercado de intercambio de cuotas vigente, este Tribunal estima que las actuales condiciones de funcionamiento del sistema de LMCA favorecen la ocurrencia de pérdidas de eficiencia productiva.
156. Por ello, la Proposición de este Tribunal se centrará en mejorar tales condiciones, a fin de que se permita el perfeccionamiento del mercado de transacciones de cuotas de pesca, favoreciéndose así la eficiencia productiva en las pesquerías sujetas al sistema de LMCA.

VII. Conclusiones.

157. Este Tribunal es de la opinión que debe desestimarse la argumentación defendida, entre otros, por Asipes y Sonapesca, en cuanto a que se habría producido el ingreso de genuinos nuevos competidores en las pesquerías sujetas a LMCA. Lo anterior, toda vez que, de acuerdo con lo informado por Subpesca a fojas 2135 sobre compraventas de naves con permisos de pesca para las tres principales especies (anchoveta, jurel y sardina común) que abastecen a la industria de reducción en Chile, es posible afirmar que en esta industria no se ha producido el ingreso de ningún nuevo entrante, entendiéndose por “nuevo entrante” a una empresa con control corporativo independiente de las empresas a las que se le asignó inicialmente cuotas por armador en cada unidad de pesquería, al comenzar el sistema de LMCA en febrero del año 2001.
158. En segundo lugar, este tribunal ha constatado un evidente aumento en la concentración en la industria de reducción pesquera sometida al sistema de LMCA. Al respecto, se ha argumentado por algunos de los intervinientes que esta mayor concentración llevaría necesariamente asociados riesgos indeseados desde el punto de vista de la libre competencia. Sin embargo, este Tribunal no ha encontrado en el Expediente indicios suficientes de que, en dicha industria, los productores nacionales tengan capacidad para afectar los precios –al menos los de las harinas y del aceite de pescado- durante periodos prolongados, atendida la existencia de sustitutos y de la competencia internacional. Por lo tanto, este Tribunal no puede tener por demostrada,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prima facie, la existencia de poder de mercado por parte de algún productor o conjunto de productores nacionales de harina y aceite de pescado. Lo anterior, habida cuenta de la información que se ha tenido a la vista en este Expediente sobre el comportamiento de los precios observados, hasta mediados del año 2010.

159. Por las razones ya expuestas, este Tribunal concluye también que, para alcanzar equilibrios de mercado que sean compatibles con asignaciones eficientes de recursos, es indispensable mantener y perfeccionar un sistema eficiente de cuotas individuales de captura máxima como proporción de una cuota global, siempre y cuando la cuota global sea fijada en una cantidad no superior a la estimada como disponible por los agentes económicos.
160. Dado lo anterior, y ahora en cuanto a la argumentación de la necesidad de subastar o licitar al menos parte de la cuota global anual en unidades de pesquería sujetas a LMCA, para efectos de evitar riesgos de conductas anticompetitivas, el análisis desarrollado por este Tribunal permite arribar a la convicción de que, desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, no es estrictamente necesario implementar un mecanismo de este tipo para asignar cuotas de pesca. Lo anterior, con independencia de la idoneidad de dicho sistema para alcanzar otros fines que se pudiesen estimar como pertinentes en la discusión legislativa que se desarrolle al respecto.
161. En lo que concierne a las divergentes interpretaciones de algunos de los intervinientes en este Expediente, sobre las consecuencias para la libre competencia de una alegada tendencia de disminución en las transferencias de las cuotas en pesquerías bajo el sistema de LMCA, este Tribunal ha constatado que, al comparar los primeros años de funcionamiento (2002-2004) del sistema de LMCA con los tres últimos (2008-2010), es efectivo que: (i) en el conjunto de las unidades de pesquería sujetas al sistema de LMCA, se observa una tendencia general de disminución en el número de las compraventas de naves con cuotas de pesca asociadas a pesquerías bajo este sistema; (ii) en el caso de las principales pesquerías que abastecen a la industria de reducción, además, se observa una tendencia general hacia un menor número de armadores (con cuotas bajo el sistema de LMCA) que se cambian, entran o salen de asociaciones de pesca; y (iii) al analizar el caso específico de la pesquería de jurel entre las regiones V^a a IX^a, se constata que, respecto de armadores con pequeñas participaciones en la respectiva cuota global y que han seguido participando como firmas independientes en el esquema de asociatividad, las asociaciones en las que éstos participan -en general- han mantenido casi invariables tanto su estructura de membresía (armadores participantes) como su porcentaje consolidado de participación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la cuota global, desde el año 2002 hasta el 2010, sin relacionarse con las grandes asociaciones de armadores industriales que manejan más del 10% de la cuota.

162. No obstante lo anterior, este Tribunal no ha encontrado en el Expediente indicios suficientes que permitan asociar tales tendencias de transferibilidad con estrategias de bloqueo a la entrada o al crecimiento de firmas rivales, por parte de los principales incumbentes que participan en los mercados analizados.
163. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, y considerando las actuales reglas de funcionamiento del sistema de LMCA, este Tribunal estima que aún así existen distorsiones en materia de eficiencia productiva en la industria pesquera bajo análisis, que afectan la libre competencia. En efecto, se han analizado e identificado fuentes de costos de transacción en el intercambio de la titularidad y uso de las cuotas de pesca que, en opinión de este Tribunal, tienen la aptitud de crear pérdidas de eficiencia productiva. Entre estas fuentes de costos de transacción, se encuentran: (i) la indivisibilidad entre la cuota de pesca y la nave a la cual ella está asociada, (ii) la incertidumbre regulatoria que conlleva el término de la vigencia de la actual Ley de LMCA, (iii) la ausencia de información pública y transparente sobre los precios de transferencia de las cuotas de pesca por armador, tanto respecto de sus titularidades como de sus usos a corto plazo, (iv) el límite temporal de las cuotas; y (v) las restricciones para la participación en las asociaciones de pesca.
164. Así, tomando en cuenta dichos riesgos, este Tribunal ha llegado a la conclusión que, para mejorar el funcionamiento del mercado de intercambio de cuotas de pesca, se requiere establecer cuotas individuales de pesca de mayor duración que la actual, no descartándose incluso que éstas sean indefinidas. En caso que no se opte por hacerlas indefinidas, es recomendable que los actores del mercado sepan con anticipación y certeza, y desde que se les asignen dichas cuotas, cuál será el mecanismo de reasignación de las mismas a su vencimiento. En otras palabras, este Tribunal considera inconveniente, para el buen funcionamiento del mercado, legislar en esta materia mediante el expediente de las denominadas “leyes cortas”, o sin vocación de permanencia en el tiempo.
165. Lo anterior presupone, como requisito indispensable, que se incorporen mejoras en las reglas de transferibilidad propiamente tal de las cuotas asignadas, esto es, separadas de la nave u otro activo que hubiese dado origen inicialmente a estas cuotas, y de forma plenamente divisible. Sólo así la mayor duración de la vigencia del sistema de cuotas individuales podrá favorecer, en forma efectiva, la obtención de ganancias de eficiencia en la industria pesquera nacional.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

166. Así, para mejorar la transferibilidad de cuotas individuales este Tribunal estima que se requiere, al menos, que no se establezcan restricciones respecto de quiénes estarán habilitados para ser titulares de cuotas (de manera de que diversos agentes económicos puedan participar en dicho mercado), implementar un mercado de intercambio formal de cuotas individuales, basado en un registro público de sus titulares, transferencias y gravámenes, que entregue a los agentes económicos información relevante respecto del precio y condiciones de cada transacción, y evitar el uso de cuotas “de investigación” –salvo justificación técnica y científica, y siempre que sea sin fines comerciales- como mecanismo para incrementar la capacidad de captura de uno o más titulares de cuotas individuales, de forma tal que no se altere arbitrariamente el valor de sus respectivas cuotas respecto de los demás titulares.

167. Por otra parte, en este Expediente también ha quedado de manifiesto la importancia del sector artesanal en un conjunto de las unidades de pesquería hoy sujetas al sistema de LMCA. En estos casos, flotas artesanales e industriales comparten, en los hechos, la explotación de un mismo recurso pesquero. Al respecto, el sector artesanal -desde inicios de la década pasada- ha sido crecientemente incorporado a regulaciones basadas en cuotas globales anuales de pesca que, en algunos casos, han sido complementadas con esquemas colectivos de administración a nivel de comunidades o asociaciones de pescadores artesanales, con el objeto de regular la explotación de las cuotas globales asignadas. A pesar de lo anterior, todavía se mantienen incentivos inadecuados para el uso eficiente de los recursos pesqueros. Por lo mismo, en opinión de este Tribunal, es indispensable que las regulaciones aplicables al sector artesanal converjan hacia sistemas compatibles con el funcionamiento eficaz y eficiente del sistema de cuotas individuales.

VIII. Propositiones.

Del análisis realizado, y habida cuenta del término de la vigencia de la Ley N° 19.713, este Tribunal estima justificado proponer el establecimiento de normas legales –y, eventualmente, reglamentarias- que contemplen un sistema de cuotas máximas de captura individual en aquellas pesquerías calificadas en régimen de “plena explotación” y, si procediere, en aquellas pesquerías “en recuperación” o de “desarrollo incipiente”, todo ello en los términos que a continuación se indican:

- a) Establecer un sistema de plena y libre transferibilidad de las cuotas individuales de captura, que contemple la divisibilidad de las mismas, por una parte, y la posibilidad de transferir tanto su titularidad como su goce o uso, por la otra;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b) Eliminar la vinculación obligatoria entre cuota individual de captura, autorización de pesca y nave, estableciendo instrumentos eficaces de registro y fiscalización;
- c) Eliminar las restricciones respecto de quiénes pueden ser titulares de cuotas;
- d) Considerar una mayor extensión de la duración de las cuotas individuales de captura, pudiendo incluso establecerse su duración indefinida. En caso que se opte por no hacerlas indefinidas, se propone establecer un mecanismo de reasignación de las mismas, a su vencimiento, claramente determinado al momento de su asignación inicial;
- e) Implementar un mercado de intercambio formal de cuotas individuales, basado en un registro público de sus titulares, transferencias y gravámenes, con información respecto del precio y condiciones relevantes de cada transacción;
- f) Establecer asimismo un sistema de cuotas, sean individuales o asignadas a colectivos determinados, respecto de las cuotas globales de pesca artesanal, bajo condiciones análogas a las indicadas precedentemente; y,
- g) Evitar el uso de cuotas de investigación u otras no consideradas en la determinación inicial de la cuota global de captura, como mecanismo para incrementar, sin justificación técnico-científica clara y precisa, o con fines comerciales, la capacidad de captura de uno o más agentes económicos en particular.

Oficiese al Sr. Presidente de la República, por intermedio del Sr. Ministro de Economía, Fomento y Turismo, y publíquese en la página web del Tribunal.

Notifíquese por estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol ERN N° 12-10

Pronunciada por los Ministros Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Presidente subrogante, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Juan José Romero Guzmán.