

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, quince de junio de dos mil diez.

VISTOS:

1. A fojas 70, Lota Protein S.A. solicitó a este Tribunal ejercer las facultades contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, y específicamente:

(i) Determinar que la omisión de Subpesca en implementar el sistema de subastas a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, constituye un acto o hecho que infringe el DL 211, al establecer restricciones indebidas al acceso y crecimiento de actores al mercado de la pesca industrial, por la vía de imponer y mantener barreras a la entrada que inhiben la competencia (i) de modo general, en el mercado de la pesca industrial y en el mercado de cuotas de pesca; y, (ii) específicamente, en los mercados de pesca industrial y de cuotas de jurel de la III a IV Regiones, de la V a IX Regiones, de la X Región y de la XIV Región. Todo ello, en directo beneficio de los actores preexistentes con una posición preponderante en el mercado.

(ii) En uso de las potestades que le confiere el artículo 18 N°2 del DL 211, exigir a Subpesca la efectiva aplicación del sistema de subastas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley de Pesca y la dictación, en el más breve plazo, del Reglamento referido en dicho precepto, permitiendo que la parte ahí prevista de la cuota global de captura para el sector pesquero industrial, se asigne a través del mecanismo de pública subasta, en los términos señalados por el artículo 27 de la Ley de Pesca.

(iii) Establecer que el factor o criterio de adjudicación para la subasta de las mencionadas cuotas –insumos esenciales–, no se constituya únicamente por el mayor precio ofrecido, sino que considere también variables de adjudicación pro-competitivas (v.gr. a través de límites a la acumulación de cuotas de captura y sanciones por el no uso de las mismas), sea a través de condiciones que Subpesca deba respetar al momento de elaborar el Reglamento, o conforme a una instrucción de carácter general que este H. Tribunal dicte al amparo del artículo 18 N°3 del DL 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Recomendar al Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Economía, Fomento y Turismo que, en el perfeccionamiento de la Ley de Pesca, y una vez terminada la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas en 2012, proponga las siguientes modificaciones normativas:

a. La exigibilidad, sin excepciones y para la totalidad de la cuota de captura, de un mecanismo de subastas similar al que contempla la actual Ley de Pesca para la renovación parcial de la asignación de las cuotas de pesca; o en subsidio, la exigibilidad de un mecanismo de subasta para un porcentaje de la cuota, perfeccionado respecto del que contempla la Ley de Pesca vigente;

b. La derogación, al ser contraria a la libre competencia, de la actual conformación orgánica de los Consejos Nacional y Zonales de Pesca establecida en los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca, y la eliminación de su participación en la toma de decisión referida a la aplicación del mecanismo de subasta de cuotas de pesca, y a la declaración del cierre de las unidades de pesquería; ello, por constituir tales Consejos una instancia de interacción entre los agentes del mercado de pesca industrial y, al mismo tiempo, facilitar la imposición de barreras de entrada y fallas a la regulación dadas por una confusión entre las labores de regulador y regulado; y;

c. La modificación del actual sistema de transferencia de cuotas de captura pesqueras, con el objeto de fomentar la creación de un verdadero mercado secundario para estos derechos, que permita a nuevos actores adquirir las cuotas de captura indispensables para su ingreso al mercado, o a los actores pequeños ampliar su cuota a un nivel competitivo. Ello, además, en directo beneficio de una mayor transparencia en los precios, un mayor dinamismo del mercado, y así, un fortalecimiento de la libre competencia.

2. Para todo lo anterior, Lota Protein S.A. solicitó que se diera inicio al procedimiento no contencioso de consulta reglado por el artículo 31 del Decreto Ley N°211, invocando un precedente de la Excm. Corte Suprema que manifiesta que este Tribunal está impedido de ejercer las atribuciones que le confiere el numeral 4 del artículo 18° del cuerpo legal mencionado, en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia en un procedimiento contencioso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Habiéndose dado inicio al procedimiento no contencioso de consulta incoado por Lota Protein S.A., se han recabado antecedentes y opiniones de autoridades y servicios públicos, agentes económicos concernidos del sector pesquero industrial y artesanal y, por último, se ha recibido también el informe preceptivo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE);

4. Varios de los intervinientes han planteado que la consulta de autos es improcedente e inadmisibles, por su naturaleza contencioso administrativa (Subpesca a fojas 342, el Consejo Nacional de Pesca a fojas 429, Sonapesca a fojas 600 y Asipes a fojas 637). Algunos de ellos, manifiestan que dicho vicio afecta la totalidad de las peticiones contenidas en la consulta, mientras que otros, plantean que ello ocurre sólo respecto de algunas; y,

5. En esta última posición se ha manifestado la FNE a fojas 694 al señalar que las dos primeras peticiones de Lota Protein S.A. dependen de si el artículo 27 de la Ley de Pesca es aplicable o no a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.713 en 2001 y, aunque lo fuera ha sostenido que la del número (1. i) anterior es propia de un procedimiento contencioso, y la del número (1. ii) es inocua al no haberse cumplido las condiciones que exige previamente el artículo 27 de la Ley de Pesca. En cuanto a la del número (1. iii) la FNE señala que no corresponde analizar las condiciones de una licitación al amparo del señalado artículo 27, sino una vez expirada la vigencia de la LMCA, ya citada, en el año 2012.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que en consideración a las cuestiones suscitadas respecto de la improcedencia o inadmisibilidad de la consulta de autos, fundadas en que este procedimiento no sería el indicado para resolver las peticiones formuladas por Lota Protein S.A., este Tribunal considera necesario pronunciarse desde luego respecto de dichos planteamientos, a fin de proporcionar certeza y evitar la nulidad de actuaciones que pudieran conllevar vicios;

Segundo. Que, tal como ha resuelto este Tribunal en ocasiones anteriores, es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes, la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tercero. Que, este Tribunal coincide con lo planteado por varios de los intervinientes y por la Fiscalía Nacional Económica en cuanto considera que las peticiones contenidas en la consulta de autos, y transcritas con los números **1.(i)**, **1. (ii)** y **1. (iii)** de la parte expositiva de la presente resolución, tienen naturaleza contenciosa, y no pueden por ello ser objeto de un procedimiento no contencioso de consulta regido por el artículo 31 del Decreto Ley N°211;

Cuarto. Que en efecto, la decisión que se solicita adoptar en cada una de ellas afecta directamente a un tercero, distinto de la consultante, sea imputándole directamente la comisión de una infracción y ordenándole ejecutar aquello que no ha querido o podido hacer, en este caso implementar el sistema de subastas a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, y hacerlo bajo determinadas condiciones que la consultante considera “pro-competitivas”;

Quinto. Que la circunstancia de que la consulta contenga alegaciones o peticiones propias de un procedimiento contencioso, constituye fundamento suficiente para declarar su inadmisibilidad, tal como ha ocurrido, por ejemplo, en las resoluciones de término números 32/2006, 33/2006, 47/2007 y 59/2008, todas de este Tribunal;

Sexto. Que, por su parte, la solicitud contenida en el número **1. (iv)** de la parte expositiva de esta resolución, se refiere a una potestad privativa y discrecional de este Tribunal, cuyo ejercicio no tiene un procedimiento asignado por el Decreto Ley N° 211, de modo que esta magistratura no está obligada a pronunciarse sobre ella a solicitud de parte;

Séptimo. Que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que se han aportado valiosos antecedentes que pueden ser utilizados para ejercer la potestad que a este Tribunal confiere el artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211, si así se estima conveniente hacerlo, u na vez analizados éstos;

Y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 83 Y 84 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 18 del Decreto Ley N°211,

Se resuelve corregir el procedimiento de autos en el sentido de:

1. Declarar la inadmisibilidad de la consulta de autos y por tanto la nulidad de todo lo obrado. Lo anterior, sin perjuicio de otros derechos de la consultante;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. De oficio, tener en consideración los antecedentes aportados al procedimiento de autos para el solo objeto de ejercer, fundada, informada y participativamente, las facultades privativas y discrecionales que a este Tribunal confiere el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N°211; y,

3. Citar a una audiencia pública para el 12 de agosto de 2010, a efectos de que quienes hubieren aportado antecedentes puedan formular opinión, la que será considerada por el Tribunal al momento de decidir formular o no alguna recomendación de modificación, derogación y/o dictación de norma.

Notifíquese por cedula a la consultante y póngase en conocimiento de quienes hayan aportado antecedentes en autos.

Rol NC N°379-10

Pronunciada por los Ministros Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, actuando como presidenta, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Joaquín Morales Godoy.