

**En lo principal**, se tenga presente al momento de pronunciarse sobre el ejercicio de facultad que indica; **en el primer otrosí**, acompaña documentos, para ser considerados en la oportunidad correspondiente; **en el segundo otrosí**, acompaña informe en derecho, para ser considerado en la oportunidad correspondiente; y, **en el tercer otrosí**, acompaña versiones electrónicas.

## **H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

**Nicole Nehme Zalaquett y Benjamín Mordoj Hutter**, abogados, en representación de **Lota Protein S.A.** (en adelante "Lota Protein"), en los autos caratulados "Artículo 18 N°4 DL 211 sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros", **Rol ERN N°12-2010**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Profundizamos a continuación algunos de los antecedentes presentados por Lota Protein, y que este H. Tribunal consideraría al momento de evaluar la procedencia de ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211 ("DL 211"), en conformidad con lo dispuesto en su resolución de 15 de junio de 2010.

Así, entregamos algunos argumentos adicionales que justifican la necesidad de que el H. Tribunal recomiende –una vez finalizada la vigencia de la Ley N°19.713 sobre Límites Máximos de Captura por Armador ("Ley N°19.713" o "Ley de Cuotas Máximas"), en diciembre de 2012- la implementación, en la nueva ley que la suceda, de un mecanismo de subastas efectivamente aplicable para la fracción industrial de la cuota global de captura, y que dicho método se encuentre diseñado en términos pro-competitivos; todo lo cual resulta especialmente relevante dada la limitada transferibilidad que afecta a las cuotas de pesca, producto de los relevantes costos de transacción y asimetrías informacionales que a su vez afectan a la transferencia de tales cuotas. Lo anterior, con miras a favorecer la eficiencia asignativa respecto de recursos escasos y esenciales, como lo son las cuotas de pesca para el sector industrial.

A modo de síntesis, esta presentación se basa en los siguientes elementos de análisis, los cuales sirven de sustento a la solicitud de que este H. Tribunal formule al Poder Ejecutivo las recomendaciones indicadas precedentemente:

1. Las cuotas de pesca, creadas por la Ley de Cuotas Máximas, suponen la restricción al acceso de un recurso escaso y común como es la pesca, desde que las principales características de esta última actividad es que ella se encuentra sujeta a rivalidad y no exclusión.
2. Más allá de consideraciones recaudatorias, que no son relevantes en esta sede, en principio se puede entender que el mecanismo de asignación de las cuotas industriales resulta indiferente desde el punto de vista de la eficiencia asignativa y la maximización del bienestar social, desde que podrían existir transferencias que asegurarían la reasignación de tales cuotas hacia los agentes más eficientes. Así lo han entendido los *incumbentes* de este mercado, como queda claro de sus opiniones entregadas ante este H. Tribunal. Sin embargo, esa apreciación de los

*incumbentes* es errada para este caso: el mecanismo de asignación inicial no resulta en nada indiferente a la eficiencia asignativa si la transferencia de cuotas está afectada a costos de transacción y problemas informacionales relevantes.

4. En efecto, es un requisito fundamental para que se cumpla con la premisa de la neutralidad de la forma inicial de asignación, el que las cuotas sean efectivamente transables; y, más importante aun, que los costos de transacción y las asimetrías de información vinculadas a la transferencia de tales cuotas sean bajos o nulos.

5. En este contexto, debe analizarse si, como sucede en la actualidad, una regulación que asigna los derechos en base a consideraciones de capturas históricas y capacidad de bodegaje *corregida* cumple con los objetivos de eficiencia asignativa, cuando sí estamos en presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales y, adicionalmente, si resultaría realmente plausible eliminar tales costos y asimetrías en la práctica.

6. Este aspecto es esencial, desde que uno de los objetivos de la legislación antimonopolios chilena es, además del incremento en la función de bienestar del consumidor, la protección de equilibrios eficientes; entendiéndose esto último como un mecanismo para alcanzar el primer objetivo indicado-<sup>1,2,3</sup>.

---

<sup>1</sup> Que la eficiencia asignativa, como causa de la maximización del bienestar social, forme parte de los objetivos del régimen chileno de defensa de la libre competencia, es una materia conteste. Vid. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: "Chile - Peer Review of Competition Law and Policy", año 2004; p.18. "Chile's government regards the principal goal of its competition law as being to promote economic efficiency with the expectation that in the long run this maximises consumer welfare. The law does not express this (or any other) goal, though, and it contains one provision that implies a non efficiency goal. For at least the first fifteen years, Chile's enforcement institutions gave decisive weight to a variety of values other than efficiency and consumer welfare. The absence of specific goals in the law, combined with a shift toward emphasis on efficiency in practice, is a pattern found in many OECD countries". Traducción Libre: "El gobierno de Chile considera, como meta principal de su derecho de la libre competencia, la promoción de la eficiencia económica, con la expectativa de que, en el largo plazo, ello maximice el bienestar del consumidor. Sin embargo, la ley no señala expresamente este (o cualquier) objetivo y contiene una norma que implica una meta no basada en la eficiencia. Por lo menos durante los primeros quince años, los organismos fiscalizadores otorgaron un peso decisivo a una variedad de valores distintos que la eficiencia y el bienestar del consumidor. La ausencia de metas específicas en la ley, combinado con un cambio hacia el énfasis de la eficiencia en la práctica es un patrón que se encuentra en muchos de los países de la OCDE".

<sup>2</sup> En este sentido también la Sentencia N°88 de 15 de octubre de 2009. Considerando 79°, citando además Sentencia N°45 de 26 de octubre de 2006, Considerando 56°: "[C]onviene preguntarse en qué medida resulta razonable el objetivo buscado y en qué medida resulta proporcionado el medio regulatorio con que se pretende alcanzar dicho objetivo, y en qué medida es ésta la aproximación interpretativa más afín con los valores subyacentes de nuestro sistema constitucional y legal. Al respecto, este Tribunal ha manifestado, en ocasiones anteriores, que *'en toda actividad económica, incluso las reguladas, existen riesgos, entre los que se cuenta la aparición de nuevas tecnologías que puedan sustituir a las tradicionales, lo que obliga a las empresas preexistentes a adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad. Ello es lo propio de nuestro sistema económico y no sólo es legítimo sino también positivo desde el punto de vista del bienestar social, pues lleva al desplazamiento de los recursos productivos hacia sus usos más eficientes'* (...)" (Cursivas en el original).

<sup>3</sup> Incluso más, tales objetivos forman parte de obligaciones asumidas por el Estado de Chile en múltiples Tratados Internacionales suscritos con distintos países. A modo de ejemplo, el Decreto N°312 de 31 de diciembre de 2003, que promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América dispone, en el artículo 16.1.1 de su Anexo, que: "Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas". Se entiende, en consecuencia, que es el DL 211 el estatuto legal que precisamente cumple con dicha obligación.

7. Pues bien, en Chile, la existencia de pocas transacciones de cuotas industriales en un mercado abierto, se debe –con absoluta certeza- a la presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales sumamente relevantes en el mercado pesquero industrial. Ello, además, en el contexto de un mercado poco profundo donde existen pocos actores.

8. Como consecuencia de lo anterior, cualquier transacción que hipotéticamente se produzca en el mercado pesquero industrial tendría más bien un carácter de negociación bilateral, antes que el de una transacción celebrada en el contexto de un mercado abierto y profundo. Y este tipo de transacción bilateral presenta, como problema esencial, su materialización en un contexto de incertidumbre en relación al precio de la cuota industrial. Ello, desde que:

(i) La cuota no asegura un nivel determinado de captura, pues dicha captura depende de la biomasa efectivamente disponible. En consecuencia, pueden existir divergencias entre las partes de una eventual negociación en lo que respecta a cuánta pesca se encuentra realmente asociada a dicha titularidad. Ello, naturalmente, no ocurría en un mercado abierto y profundo, en donde la referida divergencia se resolvería fácilmente por la vía de un precio determinado que sea resultado de las interacciones dadas en tal mercado abierto. Y,

(ii) Las cuotas no otorgan derechos de captura perpetuos, sino que tienen un determinado plazo asociado. En este contexto, durante la vigencia de dichas cuotas, el propietario de las mismas puede asignarles un valor distinto al valor que les asigne un potencial adquirente, desde que entre ambas partes existirán expectativas distintas respecto a la posible renovación automática de dichas cuotas. El vendedor valorará las cuotas a un precio mayor sobre la base de consideraciones históricas y de la confianza del vendedor en el éxito del *lobby* para su renovación; mientras que el comprador adoptará la postura, consistente con el texto de la ley, para valorar la renovación, más aun cuando no le será posible contrastar la evaluación del vendedor por la ausencia de un mercado abierto y profundo.

En efecto, y más allá de los antecedentes de hecho que se acompañan en un otrosí, es sintomático de lo anterior que, en estos autos, la Asociación de Industriales Pesqueros de la Región del Biobío A.G. (“ASIPES”) haya calificado como *expropiatoria* a la ausencia de una renovación automática de sus titularidades<sup>4</sup>, y que diversos estados financieros de empresas *incumbentes* valoricen a estas alturas a sus cuotas, públicamente y para efectos financieros, como *perpetuas*.

9. En este contexto, y más allá de la conveniencia de establecer cuotas de pesca industriales de un mayor plazo (v.gr. 20 años o más), una regulación que apunte hacia la maximización de la eficiencia asignativa debe –en presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales de muy difícil mitigación y/o eliminación en la práctica- propender hacia un mecanismo de asignación que derechamente favorezca la señalización correcta de un precio. Dicha señalización permitiría a los potenciales adquirentes de dichas cuotas evaluar informadamente la conveniencia de adquirirlas y, de paso, permitirá que en definitiva el mercado termine

---

<sup>4</sup> Vid, ASIPES.; pp.90-91.

asignando las cuotas a quienes sean más eficaces en explotarlas. Pero ausente dicha información eficaz, que sólo las licitaciones podrían entregar, la eficiencia asignativa que este H. Tribunal está llamado a tutelar estaría lejos de ser alcanzada.

**10.** En suma, para lograr el objetivo anterior, el mecanismo adecuado de asignación es necesariamente la subasta, la que debe además encontrarse diseñada bajo criterios pro-competitivos como los que este H. Tribunal ha establecido en el pasado. Y con el objeto de evitar que dicha subasta replique los problemas de eficiencia que tiene un sistema de asignación histórica y capacidad de bodegaje *corregida* cuando existen costos de transacción y asimetrías informacionales, es recomendable que el H. Tribunal evalúe, por ejemplo, el que la regulación incorpore un sistema de subastas parciales y sucesivas en el tiempo (esto es, de un porcentaje de la cuota industrial total subastado de forma gradual en el tiempo) o mecanismos de efectos equivalentes. Ello permitiría la deseada señalización de precios, para cada oportunidad en que dicho porcentaje de la fracción industrial de la cuota de captura sea subastada.

En virtud de lo señalado, esta presentación contiene las siguientes conclusiones:

Primero, en presencia de costos de transacción relevantes y asimetrías de información de muy difícil eliminación y/o mitigación, un sistema de subastas constituye el único mecanismo de señalización real de precios, que permite lograr la mayor eficiencia asignativa posible y, por consiguiente, cumplir con un objetivo fundamental de la legislación de libre competencia;

Segundo, junto con lo anterior, un sistema de subastas correctamente diseñado, promovería la innovación<sup>5</sup> en el mercado pesquero industrial, a través de una mayor competencia dinámica; y,

Tercero, finalmente, la adopción de un sistema de subastas parcial y sucesivo en el mercado pesquero industrial, poseería impactos positivos en el mercado conexo de la pesca artesanal. En efecto, siendo la pesca una actividad centrada en el aprovechamiento de recursos naturales, la existencia de simetrías informacionales, como a las que dan lugar las subastas, promueve también ventajas para los pescadores artesanales.

Estas y otras materias se tratan a continuación de acuerdo con el índice que sigue:

## Índice

- I. **En presencia de costos de transacción y de asimetrías de información, como es el caso, la elección del mecanismo de asignación inicial de derechos de propiedad es sumamente relevante**
- I.1. **Antecedentes generales**
- I.2. **Existencia de costos de transacción y asimetrías de información no mitigables ni eliminables, y su impacto en la eficiencia asignativa de las cuotas de pesca industriales**

---

<sup>5</sup> Para efectos de esta presentación, se entiende por innovación la adquisición o adaptación de nuevas tecnologías más eficientes, en beneficio de una mayor eficiencia productiva.

- I.2.1. Inexistencia de un verdadero mercado secundario que favorezca la transferencia de cuotas
- I.2.2. Existencia de importantes asimetrías de información e incertidumbre acerca del plazo de las cuotas
- I.2.3. Costos asociados a la incertidumbre regulatoria
- I.2.4. Comportamiento estratégico de los *incumbentes* de mayor tamaño. *Lobby* y sobreinversión
- I.2.5. Costos vinculados a la integración vertical
- I.2.6. Diseño orgánico de la institucionalidad regulatoria en materia de pesca industrial. Costos asociados a la co-regulación
- I.2.7. Conclusiones parciales. Presencia de importantes costos de transacción y asimetrías informacionales en el mercado de cuotas pesqueras industriales
- I.3. Consecuencias de la ausencia de subastas en la eficiencia asignativa del mercado pesquero industrial. Cuasi-rentas apropiadas por los *incumbentes* y riesgos de interacción**
- II. Beneficios de una subasta como único mecanismo eficiente para asignar las cuotas de pesca en presencia de las asimetrías de información y los costos de transacción descritos**
- III. Efectos de las distorsiones regulatorias señaladas en la innovación adaptativa**
- IV. Eficiencias que un mecanismo de subastas de la cuota global de captura industrial tendría en el mercado conexo de la pesca artesanal**
- IV.1. Las subastas en el mercado pesquero industrial. Inmutabilidad de la cuota global artesanal
- IV.2. Beneficios para el mercado conexo de la pesca artesanal derivados de subastas de las cuotas industriales. Nivelación de la información disponible
- V. Revisión de algunas críticas efectuadas en relación al mecanismo de subastas de cuotas pesqueras industriales**

## I.

### **En presencia de costos de transacción y de asimetrías de información, como es el caso, la elección del mecanismo de asignación inicial de derechos de propiedad es sumamente relevante**

#### **I.1. Antecedentes generales**

Desde hace varios años, la literatura económica ha centrado su interés en las relaciones entre costos de transacción y asignación inicial de derechos de propiedad (en su sentido económico), controvirtiendo así la hipótesis inicial de que, conforme al teorema de Coase, resultaría indiferente –en términos de eficiencia final en el funcionamiento del mercado- cómo, a quién o en qué cantidad se produjera la asignación inicial de tales derechos<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Es el caso de Montgomery, W.D. "Markets in licences and efficient pollution control programs": "[T]he management agency can distribute licenses as it pleases. Considerations of equity, of administrative convenience, or of political expediency can determine the allocation. The same efficient equilibrium will be achieved", *Journal of Econom. Theory* 5, 395-418 Citado en Stavins, Robert. "Transaction Costs and Tradeable Permits". *Journal of Environ. Econom. And Manag.* 29, 1995; p.142-143. Traducción libre: "[L]a agencia administrativa puede distribuir las licencias como mejor le parezca. Consideraciones de equidad, conveniencia administrativa, o de conveniencia política pueden determinar la asignación. El mismo equilibrio eficiente será alcanzado".

Así las cosas, hoy resulta patente que, en presencia de costos de transacción relevantes, el mecanismo de asignación inicial de derechos de propiedad por parte del regulador –en este caso, de las cuotas de captura pesqueras- constituye un aspecto que no sólo no es indiferente, sino que, por el contrario, es esencial para el posterior funcionamiento eficiente del mercado – más allá de las consideraciones de equidad distributiva que, también, han sido importantes para evitar métodos discrecionales de asignación de tales derechos-:

“[W]ith transaction cost functions of the form experienced in practice, the quantity of transactions, the equilibrium allocation of permits, and hence the aggregate costs of control (again, the degree of relative cost effectiveness) are all sensitive to the initial allocation of permits. This contrasts sharply with the typical response of economists to politicians’ concerns with permit allocations, namely, with the claim that the equilibrium allocation of permits and the aggregate costs of control are independent of the initial allocation”<sup>7</sup>.

En este sentido, queda en evidencia la importancia de la asignación inicial de derechos de propiedad (en su sentido económico) en presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales. Así, una asignación inicial, que pretenda ser neutra a tales costos y asimetrías, derivará en estructuras de mercado sub-óptimas. Tal circunstancia redundará a su vez en pérdidas de eficiencia asignativa. Precisamente –como se verá a lo largo de esta presentación- la actual estructura y nulo dinamismo del mercado pesquero industrial, constituye uno de los mejores ejemplos de por qué la asignación inicial de las cuotas de captura industrial es extremadamente relevante desde el punto de vista de una regulación socialmente eficiente.

Asimismo, se explicará por qué la mitigación y/o eliminación de los costos de transacción y asimetrías de información en este mercado resulta virtualmente imposible en la práctica; y, en consecuencia, por qué estimamos que las premisas de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) –materializadas en su presentación de 9 de junio de 2010- resultan sumamente correctas<sup>8</sup>, mas no así las conclusiones a que tales premisas dan lugar en su presentación, y que se refieren a la supuesta indiferencia del método de asignación de las cuotas industriales en presencia de costos de transacción presumiblemente nulos<sup>9</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de que la FNE, de modo explícito, señaló que el nuevo marco regulatorio del mercado pesquero industrial, a dictarse con posterioridad al término de vigencia de la Ley N°19.713, sí puede incorporar a las subastas como mecanismo de asignación en la medida que esta nueva regulación posea criterios pro-competitivos<sup>10</sup> –es decir, aquellos que este H. Tribunal puede recomendar en uso de sus facultades privativas y discrecionales-.

---

<sup>7</sup> Stavins, Robert. “Transaction Costs and the Performance of Markets for Pollution Control”, CSIA Discussion Paper 93-02, Kennedy School of Government, Harvard University, May 1993; p.6. Énfasis agregado. Salvo que se indique lo contrario, todos los énfasis han sido incorporados por Lota Protein. Traducción Libre: “[C]on las funciones de costo de transacción experimentadas en la práctica, la cantidad de transacciones, la asignación en equilibrio de los permisos y, por lo tanto, los costos agregados de control (nuevamente, el grado de efectividad del costo relativo) resultan todos sensibles a la asignación inicial de los permisos. Esto contrasta abruptamente con la típica respuesta de los economistas a las preocupaciones de los políticos, en relación con la asignación de permisos, típicamente, con el reclamo de que la asignación en equilibrio de los permisos y los costos agregados de control son independientes de la asignación inicial”.

<sup>8</sup> Informe de la FNE de fecha 9 de junio de 2010; pp. 33-35, §93-95.

<sup>9</sup> Ibid., p.36; §101.

<sup>10</sup> Ibid., pp.36-37; §102.

En cuanto a la definición de costos de transacción, se entiende que, para llevar a cabo una transacción en el mercado, es necesario –entre otras cosas- identificar con quién se desea contratar; informarle que se desea contratar y en qué términos; llevar a cabo las negociaciones que conduzcan a un acuerdo; y, efectuar la fiscalización acerca del cumplimiento de tal acuerdo<sup>11</sup>. Es por lo anterior que, bajo dicha definición, se ha entendido que los costos de transacción involucran todos aquellos costos asociados a la toma de una decisión asignativa, incluyendo los costos de incertidumbre en relación con el resultado de tal decisión<sup>12</sup>.

En virtud de lo anterior, se ha señalado que:

“When considered in relation to existing property rights and contract rights, transaction costs consist of the costs of defining and measuring resources or claims, plus the costs of utilizing and enforcing the rights specified. Applied to the transfer of existing property rights and the establishment or transfer of contract rights between individuals (or legal entities), transaction costs include the costs of information, negotiation, and enforcement”<sup>13</sup>.

En el marco de derechos de propiedad transferibles, se ha intentado clasificar los costos de transacción existentes en relación con su asignación. Tomando una taxonomía utilizada en la literatura económica relativa a esta materia, la siguiente tabla muestra la especificación de algunos de tales costos de transacción involucrados:

---

<sup>11</sup> Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics*, 1960; p. 15.

<sup>12</sup> Challen, R. (2000). *Institutions, Transaction Costs and Environmental Policy: Institutional Reform for Water Resources*, Cambridge (Mass.). Citado en Crals, Evy y Vereeck, Lode. “Taxes, Tradable Rights and Transaction Costs”. *European Journal of Law and Economics*, 20, 2005; p.204.

<sup>13</sup> Furubotn, E. G. y Richter R. (1997). *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press; p.43. Traducción Libre: “Cuando son considerados en relación con derechos de propiedad existentes o derechos contractuales, los costos de transacción consisten en los costos de definición y medición de los recursos o reclamaciones, más los costos de utilizar y ejercer los derechos especificados. Aplicado a la transferencia de derechos de propiedad existentes y al establecimiento o transferencia de derechos contractuales entre individuos (o personas jurídicas), los costos de transacción incluyen los costos de información, negociación y aplicación”.

**Cuadro N°1**

<b>Costos de Transacción</b>	<b>Fijos (ex ante)</b>	<b>Variables (ex post)</b>
<b>-Costos de mercado</b>	-Costos de obtención de información	-Costos por concepto de contratación de seguros
	-Costos de búsqueda	
	-Costos de señalamiento	
	-Costos de negociación	
	-Costos de contratación	
<b>-Costos de administración</b>	-Costos de establecimiento y puesta en marcha	-Costos de monitoreo
		-Costos de cumplimiento
		-Costos asociados al vínculo contractual
<b>-Costos políticos</b>	-Costos asociados al <i>lobby</i>	-Costos operacionales
	-Costos de obtención de apoyo público	-Costos de cumplimiento
	-Costos de dictación de la regulación	-Costos por mora

Fuente: Crals y Vereeck<sup>14</sup>.

Como se describe *infra*, los costos de transacción y asimetrías informacionales existentes en el mercado de la pesca industrial, en general, y en la transferencia o comercialización de cuotas de pesca, en particular, son extremadamente relevantes. Y, en presencia de tales costos y asimetrías –que resultan, en la práctica, imposibles de eliminar-, el mecanismo de subastas como método de asignación inicial de las cuotas de pesca –esto es, de los derechos de propiedad creados por la regulación con el objeto de permitir el acceso al recurso común que es la pesca- constituye el único medio óptimo, socialmente eficiente y favorecedor de la eficiencia asignativa que permita eliminar los sesgos y distorsiones que el método de asignación de la Ley de Cuotas Máximas –y la no aplicación del artículo 27 de la Ley N°18.892 (“Ley de Pesca”)- han generado en el mercado de la pesca industrial en Chile.

En efecto, tratándose de mercados sobre recursos comunes, los beneficios de las asimetrías de información y de los costos de transacción recaen en quienes tienen acceso directo y posible a dicha información, permitiéndoles obtener cuasi-rentas de escasez. Ello, en perjuicio de quienes carecen de un acceso a dicha información (típicamente los potenciales entrantes, empresas existentes de menor tamaño y pescadores artesanales).

<sup>14</sup> Op. Cit., Nota N°12.; p.206.

## **I.2. Existencia de costos de transacción y asimetrías de información no mitigables ni eliminables, y su impacto en la eficiencia asignativa de las cuotas de pesca industriales**

Como se ha señalado, en presencia de costos de transacción elevados, el mecanismo de asignación inicial de derechos de propiedad (en sentido económico) es determinante para el funcionamiento de un mercado secundario de los mismos. La existencia de tales mercados secundarios resulta esencial para un funcionamiento óptimo del mercado –favorecedor de la eficiencia asignativa-, tal y como lo ha señalado la FNE a en su presentación de 9 de junio de 2010<sup>15</sup>.

En el extremo –y, en cierta medida tal como sucede con los derechos asignados por la Ley de Cuotas Máximas-, frente a elevados costos de transacción y asimetrías informacionales, una mala asignación inicial puede evitar la creación de un mercado secundario que permita una reasignación eficiente de tales derechos. En este sentido, el hecho de que prácticamente las únicas transacciones de cuotas de pesca en Chile se hayan producido inmediatamente después de la dictación de la Ley de Cuotas Máximas –y que las posteriores hayan sido marginales- da cuenta de que en la práctica no ha existido ni existe un mercado secundario abierto y profundo de cuotas industriales.

En efecto, tales transacciones –inmediatamente posteriores a la Ley de Cuotas Máximas- se produjeron en el contexto de un proceso de concentración de la industria, donde los armadores integrados de mayor tamaño adquirieron los barcos y cuotas a quienes no estaban integrados –ni podían hacerlo, precisamente, porque sus pequeñas cuotas no les permitían alcanzar la escala mínima para la producción-. Con posterioridad al referido proceso de concentración, prácticamente no se produjeron más transacciones de cuotas de pesca en Chile; y, con claridad, es posible afirmar que no ha existido para nada un dinámico mercado secundario de transacciones de cuotas de pesca. En la sección siguiente se analiza el volumen de transferencias de cuotas y la supuesta existencia de nuevos actores que han ingresado al mercado por la vía de la adquisición de sus derechos a los actores *incumbentes*, concluyéndose fundadamente que tal supuesta transferencia eficaz de cuotas y entrada de nuevos actores, que algunos han invocado ante este H. Tribunal, se aleja simplemente de la realidad.

Así, se aplica plenamente a nuestro caso, la premisa según la cual los costos de transacción son relevantes para la profundidad de un mercado secundario de estos derechos. Y la ausencia de tal mercado es en parte relevante revelador de la existencia de tales costos de transacción:

“[T]he analysis indicates that the level of trading should be significantly greater in markets with systematically lower transaction costs”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Vid., p.35, §95: “A juicio de esta Fiscalía, resultaría conveniente incorporar otros mecanismos que reduzcan los costos de transacción asociados, permitiendo, de este modo, fortalecer los mercados secundarios de cuotas transables, los cuales – respetando las particularidades de cada pesquería- favorezcan la entrada de nuevos actores al mismo y, al mismo tiempo, una explotación sustentable de los recursos”.

<sup>16</sup> Cfr. Stavins, Robert (1993), Op. Cit.; p.31. Traducción Libre: “El análisis indica que el nivel de transferencia debiera ser significativamente mayor en aquellos mercados con costos de transacción sistemáticamente menores”.

Como se explicó por Lota Protein en su presentación de 19 de marzo de 2010, existen buenos argumentos para entender que en Chile, la prácticamente inexistente contratación sobre cuotas de pesca –y ausencia del mercado secundario correspondiente- es fuertemente reveladora de los costos de transacción y asimetrías informacionales que afectan a la industria.

Así las cosas, no es propiamente adecuado hablar de la existencia actual, en Chile, de cuotas individuales transferibles o ITQ (*Individual Transferable Quotas*), desde que la transferibilidad ha sido, en los hechos, una condición ajena al régimen regulatorio de la pesca industrial. Simplemente, estamos frente a “cuotas individuales”.

A continuación listamos algunos de los costos de transacción y asimetrías de información presentes en el mercado pesquero industrial.

### I.2.1. Inexistencia de un verdadero mercado secundario que favorezca la transferencia de cuotas

Según se indicó en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, y tal como lo revela la evidencia empírica, no existe un verdadero mercado secundario relacionado con las cuotas pesqueras industriales (aun pese a que las cuasi-rentas de escasez del recurso pesquero irían exclusivamente a los *incumbentes* que recibieron esos derechos gratuitamente). Ello constituye un síntoma, a la vez que una causa, de los costos de transacción y asimetrías informacionales asociados a las cuotas de pesca. En efecto:

(i) Las pocas transferencias que se han efectuado, han sido en el contexto de operaciones de concentración entre actores *incumbentes*, siendo por lo tanto transferencias *endógenas* que no pueden ser consideradas como parte de un funcionamiento eficiente de un mercado profundo y abierto. Por el contrario, las transferencias *exógenas* –esto es, aquellas relacionadas con el ingreso de nuevos actores- no se han verificado.

Esto es consistente con lo señalado por la FNE en diversos párrafos de su informe de 9 de junio de 2010, muy a diferencia de lo expuesto por la Subsecretaría de Pesca (“SUBPESCA”) en los antecedentes que esta última aportara al H. Tribunal. Señaló la FNE:

“37. como se observa, inicialmente, en el año 2001 –con la entrada en vigencia de la LMCA- se produjo una gran cantidad de transacciones de las embarcaciones, con sus derechos de extracción asociados (142 transacciones, entre la III y X regiones).

39. Cabe señalar que, de acuerdo a la información tenida a la vista al momento de realizar este informe, entre los años 2001 y 2009, un grupo muy minoritario de las transacciones realizadas involucran la entrada al mercado de nuevos actores.

40. En su mayoría, las transacciones de embarcaciones con cuotas de pesca involucran a empresas ya establecidas en la propia zona, las cuales amplían su capacidad extractiva, a raíz de la compra de los derechos a actores que salieron del mercado. Estas transacciones significaron, a nivel global, una cierta concentración de la industria. Otro grupo importante de transacciones corresponde a pesqueras con presencia en alguna zona de pesca específica que decide expandir sus posibilidades de extracción hacia otras zonas de pesca.

42. De lo expuesto se desprende que, si bien existió un alto grado de transferibilidad de los CIP de jurel en los primeros años de vigencia de la LMCA, durante los últimos años prácticamente no se realizaron transacciones y éstas, en su gran mayoría, involucraron empresas ya establecidas y no a nuevos entrantes<sup>17</sup>.

En realidad, precisando lo explicado por la FNE, no tenemos conocimiento de nuevos entrantes en el mercado desde el año 2001 a la fecha. De hecho, la cita contenida en el informe de la FNE, específicamente en su §39, no resulta del todo acertada. En efecto, las empresas Salmones y Pesquera Nacional S.A., Salmoalimentos S.A. y Salmoprocesos S.A., constituían personas relacionadas de Pesquera Nacional Limitada, que sí era un actor presente en el mercado con anterioridad a la dictación de la Ley de Cuotas Máximas, lo que ratifica la ausencia de entrada al mercado por la vía de adquisición de cuotas.

**(ii)** La opción de asociarse anualmente para la explotación de las cuotas pesqueras, prevista en los artículos 7 y 8 de la Ley de Cuotas Máximas –que en la práctica funciona como una especie de arrendamiento y que, por ello, algunos *incumbentes* han defendido como un indicio de la supuesta existencia de un mercado secundario-, es más bien una situación marginal, que en nada altera la falta de transacciones reales en la industria. Tal situación se produce además precisamente porque el método de asignación de la Ley de Cuotas Máximas dejó a algunos pocos armadores con cuotas insuficientes para ser explotadas o procesadas por sí mismos, siendo el arrendamiento la única opción que tuvieron para explotarla. Así, desde el año 2001 a la fecha, el volumen total de arrendamientos no ha representado más de un 0,6% de la cuota global de captura<sup>18</sup>.

De hecho, la circunstancia de que los actores *incumbentes* con un bajo nivel de asignación de cuotas individuales hubiesen optado por celebrar este tipo de arrendamientos sobre sus cuotas –en lugar de venderlas-, pudiera, hipotéticamente, constituir también un indicativo de los costos de transacción presentes en este mercado –y la consiguiente imposibilidad de transferir sus derechos en un mercado secundario-

**(iii)** Los derechos sobre las cuotas se concibieron jurídicamente como derechos *reales* (y no personales), exigiendo la Ley de Cuotas Máximas en el inciso 1° de su artículo 9° que la transferencia de las cuotas se encuentre necesariamente asociada a la nave de que se trate, lo que incrementa asimetrías de información derivadas de la falta de conocimiento del adquirente del verdadero estado de las naves involucradas.

Ahora bien, lo cierto es que tal situación no se vería realmente resuelta por un cambio de la regulación en materia de transferibilidad, que otorgue a las cuotas un carácter *personal* o abstracto, como ha sido sugerido por algunos *incumbentes*<sup>19-20</sup>. En efecto, si bien ello

---

<sup>17</sup> Vid., pp.15-16.

<sup>18</sup> En efecto, según información del Servicio Nacional de Pesca, de las 2,8 millones de toneladas correspondientes a las principales pesquerías sometidas a la Ley de Cuotas Máximas (Jurel, Sardina Común, Anchoqueta y Sardina Española), sólo un 0,6% corresponde a armadores que se deben asociar bajo la especie de arrendamiento descrita.

<sup>19</sup> Vid. Sarquis, Rodrigo, Diario El Mercurio de 10 de mayo de 2010, página B7: “Asipes plantea crear mercado para transferir cuotas pesqueras”: “[D]esde que esta ley se definió hemos planteado que el concepto de transferibilidad de las cuotas sea

solucionaría uno de los costos de transacción asociados –la necesidad de adquirir infraestructura a veces innecesaria para desarrollar la actividad pesquera o cuyas condiciones reales no se conozcan- no eliminaría problemas de asimetrías de información y comportamientos estratégicos de los *incumbentes*, según se desarrolla más adelante. Por eso, si efectivamente se quiere mejorar la transferibilidad de las cuotas, tal como ha sido propuesto, establecer un mecanismo de subastas es una condición esencial.

### I.2.2. Existencia de importantes asimetrías de información e incertidumbre acerca del plazo de las cuotas

La ausencia de un mecanismo de subastas que, entre otras virtudes, permitiría la señalización de un precio para las cuotas pesqueras industriales, aumenta los costos de transacción y las asimetrías informacionales en esta industria.

En efecto, uno de los costos propiamente asociados a las tratativas o negociaciones por cuotas pesqueras, lo constituye la obtención de información y determinación del precio del derecho a transferir. La ausencia de información pública y fácilmente contrastable, respecto del valor de las cuotas pesqueras industriales –que se encontraría disponible mediante un sistema de subastas- ha permitido que hoy, junto con una nula transferibilidad *exógena* de las cuotas de pesca, exista una verdadera divergencia en cuanto a la valorización que de las mismas debe hacerse entre las partes, lo que no se produciría en el contexto de un mercado abierto y profundo.

De hecho, resulta fuertemente sorprendente el que varios estados financieros de empresas pesqueras industriales, describan las cuotas de pesca como activos permanentes o perpetuos, en circunstancias que la Ley de Cuotas Máximas, como es público y notorio, culmina su vigencia el año 2012<sup>21</sup>.

En tal escenario, parece evidente el efecto de la asimetría de información y la imposibilidad o enorme dificultad de transacciones, si los *incumbentes* valoran sus cuotas como perpetuas mientras los eventuales adquirentes lo hacen de acuerdo al valor de su plazo residual. Si un potencial vendedor valoriza su derecho como perpetuo y un potencial comprador lo valoriza según su vigencia jurídicamente establecida, existirá poco espacio para encontrar un precio de equilibrio asociado a tales cuotas.

---

mejorado, de tal manera que a través de este proceso podamos tener una industria eficiente y que quienes quieran desarrollar esta actividad puedan hacerlo en forma expedita al comprar o arrendar cuotas', señaló el presidente del gremio, Rodrigo Sarquis (...)"

<sup>20</sup> Vid. Silva, Federico, Diario La Tercera de 13 de mayo de 2010, página 4. "La necesaria ley de cuotas pesqueras": "[L]o que la gran mayoría de las legislaciones modernas contempla, pero que en Chile no está incorporado (sic) a cabalidad, es la posibilidad de que las cuotas individuales de captura sean transferibles, lo que probadamente permite un mayor acceso al sector pesquero a aquellos que tengan mejores proyectos de desarrollo para el país. Habrá que debatir si esta condición debe quedar limitada o no a capitales nacionales (...)"

<sup>21</sup> Concretamente, estados financieros presentados a la Superintendencia de Valores y Seguros por parte de las empresas Eperva S.A. y sus filiales; Pesquera Iquique-Guanaye S.A. y sus filiales; y, Pesquera Itata S.A. y sus filiales. Se adjuntan, en un otrosí, copias de dichos estados financieros.

Lo dicho releva asimismo la circunstancia preocupante de que los *incumbentes* –o al menos algunos de ellos- valoran sus cuotas de pesca de acuerdo a criterios que no cuentan con una justificación regulatoria más allá de sus meras expectativas o, peor aun, que las valoran en base a la confianza de que la industria vaya a *conseguir* la perpetuación del plazo de las cuotas después de la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas. Esta misma circunstancia pone enormes costos de transacción y asimetrías de información en la posible negociación sobre cuotas de pesca.

Tal circunstancia, como se ha dicho, se reduciría fuertemente en un escenario en que existan subastas –una de cuyas posibilidades es que se diseñen como parciales y sucesivas- de las cuotas de pesca, desde que la información disponible permitiría transferencias mucho más dinámicas y eficientes, en el contexto de un mercado abierto y profundo. Adicionalmente, esto revela la importancia de definir jurídicamente, y de manera clara, el plazo de las cuotas de pesca, una vez que venza la Ley de Cuotas Máximas; y hace recomendable, muy probablemente, otorgar a las cuotas de pesca una extensión más larga (v.gr., de 20 años o, inclusive, a perpetuidad) con plena claridad acerca de sus mecanismos subsiguientes de asignación, renovación, terminación y caducidad, entre otras cosas. En este último aspecto, Lota Protein coincide con lo manifestado por la FNE en su informe de 9 de junio de 2010<sup>22</sup>.

### I.2.3 Costos asociados a la incertidumbre regulatoria

En línea con lo señalado en el acápite anterior, la fuerte labor de *lobby*<sup>23</sup> presente en este mercado, deviene en un escenario de incertidumbre regulatoria que afecta fuertemente la decisión de inversión de potenciales adquirentes. Por lo demás, y como se ha señalado en relación con otros derechos de propiedad en teoría transables<sup>24</sup>, este fenómeno no es exclusivo del mercado nacional de la pesca industrial y, en consecuencia, puede asociarse a los denominados *costos de dictación de la regulación*.

Es así como, en el caso chileno, no es poco común hacer mención al *lobby* pesquero industrial, incluso en referencia a entidades como la Sociedad Nacional de Pesca A.G.<sup>25</sup>. Por su parte, y tal

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, vid.; p.35, §95 letra a).

<sup>23</sup> Para efectos de esta presentación, entendemos por *lobby* a la actividad referida a tratar de influir en un sentido determinado sobre quienes detentan poder o deben tomar decisiones. Cfr. Biblioteca del Congreso Nacional, Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo, Año, N°264, diciembre de 2003. Disponible en <[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-24.0971900095/documentos\\_pdf.2005-10-24.8408332339/](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-24.0971900095/documentos_pdf.2005-10-24.8408332339/)>.

<sup>24</sup> Cramton, Peter y Kerr, Suzi. "Tradeable Carbon Permit Auctions: How and why to auction not grandfather"; Energy Policy, 30, 2002; p.1.

<sup>25</sup> Vid. Diario La Tercera, 9 de mayo de 2002. "Lobby Pesquero Contra Pacto con UE": "Los empresarios del rubro pesquero, liderados por Roberto Izquierdo -presidente de Sonapesca y dueño de Alimar-, están desplegando un fuerte lobby para modificar los ítems del acuerdo entre Chile y la Unión Europea (UE), cuyo término de negociaciones fue anunciado el 26 de abril. El principal foco de las gestiones del sector privado ha sido el Congreso, debido a que en esa instancia tiene que ser ratificado el tratado de asociación política y económica para tener vigencia. Aunque han contactado a algunos diputados, su mayor foco han sido los senadores, ya que es ahí donde finalmente se zanjará la discusión. 'Más que contratar un lobby profesional, lo que hemos hecho es contactar directamente a los parlamentarios y explicarles lo delicado de lo que se acordó en la última etapa de las negociaciones y corregir el texto final del acuerdo', explicó un empresario del sector. Los contactos entre el mundo de la pesca y los congresistas no es nuevo y ya durante la discusión de la Ley de Pesca de 1991 se ejerció una fuerte presión en Valparaíso (...) Prueba del poderoso lobby pesquero fue la serie de inquietudes planteadas ayer por los miembros de la Cámara Alta durante la exposición que realizó la ministra de Relaciones Exteriores, Soledad Alvear, y el director de Relaciones Económicas de la Cancillería, Osvaldo Rosales, de los términos del acuerdo (...)."

como fue expuesto en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, pareciera atribuirse a ello la inaplicación hasta la fecha del artículo 27 de la Ley de Pesca<sup>26</sup>.

Finalmente, la circunstancia de que los Consejos de Pesca –integrados mayoritariamente por los *incumbentes* de mayor tamaño- hubiesen aprobado, en los últimos años, una cuota global de captura industrial muy superior a la verdadera cantidad de recursos disponibles como capacidad de pesca –como es el caso del jurel-, puede también ser indicativo de esta fuerte actividad de *lobby*<sup>27</sup>. Dado este desalineamiento, no es poco común entender que, en los hechos, y debido a la nula existencia de una institucionalidad científica que sea vinculante para las decisiones regulatorias, se ha involucionado hacia un estadio de *carrera olímpica* (donde, considerando la escasez del recurso, se trata de capturar lo más rápidamente posible, en el entendido que nunca se superará el límite máximo de la cuota).

Tal circunstancia constituye, además, un potencial desincentivo para eventuales adquirentes –y el consecuente impacto en la voluntad de compra de las cuotas disponibles de los *incumbentes*– al no existir certeza alguna respecto de la cantidad efectiva que será capturada. Esta dificultad para incentivar la transacción de cuotas de pesca industriales, se ve además potenciada por la dificultad que tendría el potencial adquirente de acceder a los Consejos de Pesca que influyen en la cantidad que se fija por concepto de cuota global de captura.

#### 1.2.4. Comportamiento estratégico de los *incumbentes* de mayor tamaño. *Lobby* y sobreinversión

Según se ha señalado, la actividad de *lobby* es particularmente fuerte en esta industria. Se trata, en consecuencia, de un comportamiento estratégico de muy difícil nivelación por parte de potenciales adquirentes de cuotas. De hecho, no es sorprendente que en este mismo procedimiento, los actores industriales más poderosos hubiesen optado por presentar sus consideraciones a través de las principales entidades gremiales y que éstas se hubiesen inclinado por una virulencia totalmente excedida en sus presentaciones.

Ello es propio de mercados concentrados en pocos *incumbentes*, los que tienden siempre a mostrar un mayor rechazo hacia mecanismos de subastas sobre derechos de propiedad, por oposición a la asignación de derechos mediante criterios tales como los registros históricos:

---

<sup>26</sup> Vid. Presentación citada, nota al pie N°69.

<sup>27</sup> Vid. Muñoz, Alex en Diario La Tercera de 24 de mayo de 2010. “Cuotas de pesca y sustentabilidad”: “[D]esde ese punto de vista, el actual LMCA despierta serias dudas sobre su idoneidad para mantener a las pesquerías en niveles de extracción razonables y evitar la declinación de los stocks pesqueros. Estudios señalan que el régimen de cuotas actual está subestimando el efecto de la pesca, porque incentiva el subreporte de las capturas con el fin de ajustarse al límite asignado. Esto, a su vez, conduce a tener percepciones más optimistas sobre el real nivel de biomasa y, por lo tanto, a otorgar cuotas excesivas. Lo anterior queda graficado al ver, por ejemplo, la evolución de la pesquería del jurel, donde los desembarques se redujeron en un 49% entre los años 1998 y 2009, aun siendo una pesquería sujeta a cuotas individuales. La industria no ha logrado completar la cuota global de jurel en los últimos años. Que la cuota global anual, que luego se distribuye en individuales, sea aprobada por el Consejo Nacional de Pesca, integrado, en parte, por las empresas que se adjudican las cuotas, favorece el otorgamiento en niveles superiores a los sustentables. Sintomático es que el consejo desatienda muchas veces los informes técnicos que recomiendan niveles inferiores de extracción”.

“[T]he main political economy problem with auctions is that strong vested interests will fight bitterly to claim the rents, by proposing grandfathering and opposing auctions. Industry support is generally needed to pass the regulation as a whole. In the past the vested interests have always won. The industry directly involved usually has much more concentrated interests than consumers, workers and indirectly affected sectors. A key recent example of auctioned rights in the US is the spectrum auctions. In the spectrum auctions the politics may have been altered by the enormous cost to the industry from delays suffered while spectrum rights were fought over. Auctions also had efficiency advantages for the industry because of the extremely complex problem faced when allocating heterogeneous permits with highly interdependent values. The design of the Spectrum Auction reflected this difficulty. In addition, in a fast growing industry, many powerful players were non-incumbents who were unlikely to receive grandfathered permits”<sup>28</sup>.

Como se señaló, la actividad de *lobby* genera distintas percepciones entre potenciales compradores y vendedores respecto de las condiciones esenciales de la cosa vendida. En efecto, si la expectativa del potencial vendedor, respaldada por su *lobby*, es que la cosa vendida posee atributos asociados a una regulación que le sea favorable en el futuro, la dificultad de que se acuerde un precio en el mercado con potenciales compradores se ve severamente comprometida.

La fuerte actividad de *lobby* es, entonces, un indicativo de que el mercado pesquero industrial no se encuentra funcionando bajo un óptimo de eficiencia y que, en consecuencia, requiere de una intervención independiente destinada a mitigar los efectos que tal regulación se encuentra promoviendo y asentando.

Junto con lo anterior, y como se señaló en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, existen indicios claros de que, *ad portas* de la dictación de la Ley de Cuotas Máximas (y probablemente fruto de la actividad de *lobby* antes mencionada), se produjo una sobreinversión en barcos con el objeto de obtener premios en la asignación gratuita de cuotas de pesca, a través del criterio de capacidad de bodega *corregida*<sup>29</sup>. No es de extrañar entonces que la ASIPES

---

<sup>28</sup> Cramton, Peter y Kerr, Suzi, Op. Cit.: p.16. Traducción Libre: “[E]l principal problema de economía política con las subastas, es que los fuertes intereses establecidos pelearán implacablemente por reclamar sus rentas, por la vía de proponer una asignación conforme a criterios históricos y oponiéndose a las subastas. El apoyo de la industria es generalmente necesario para dictar una regulación en su conjunto. En el pasado, los intereses establecidos siempre han ganado. La industria directamente involucrada posee usualmente intereses mucho más concentrados que los consumidores, trabajadores e, indirectamente, los sectores afectados. Un reciente ejemplo clave de derechos subastados en los Estados Unidos son las subastas de espectro radioeléctrico. En estas subastas de espectro radioeléctrico, los políticos pueden haber estado alterados por el enorme costo para la industria ocasionado por las demoras sufridas mientras el espectro radioeléctrico era disputado. Las subastas tienen además ventajas de eficiencia para la industria, debido al extremadamente complejo problema enfrentado cuando se asignan permisos heterogéneos con valoraciones altamente interdependientes. El diseño de la Subasta sobre el Espectro Radioeléctrico reflejó esta dificultad. Adicionalmente, en una industria de rápido crecimiento, varios actores poderosos eran potenciales entrantes que difícilmente recibirían permisos asignados sobre la base de criterios históricos”.

<sup>29</sup> Reproducimos, para estos efectos, aquello que consta en la Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N°19.713: “Tenemos la cuota por grupos con una distribución claramente identificada: una cuota que establece un grupo de los grandes promotores de la ley, un grupo intermedio y también el de la pequeña y mediana empresa, todas con nombre y apellidos. Además, cuando se hace esta asignación y se calcula la cuota de distribución, no ocurre lo planteado por los colegas de la Derecha: que es el premio a la eficiencia y a la competencia, que es la operación del mercado; porque la asignación por área de pesca premia a la bodega obsoleta y a los barcos que no pescaron porque estuvieron guardados; por lo tanto, no hubo inversión. Sin embargo, se castiga a aquellos que invirtieron, tuvieron una flota ágil y fueron eficientes en la pesca. Se premia al que durante años obtuvo cuotas de manera progresiva; pero se castiga al eficiente, que tenía barcos pequeños pero altamente operativos. Aquí hay una distribución interesada, con nombres y apellidos, porque se entrega una gran cuota a los que tenían carcasas de barco, sin actividad, que no generaban pesca; por lo tanto, tampoco empleo”.

veladamente reconozca esta circunstancia, aunque culpando a Lota Protein de una supuesta voluntad de producir únicamente harina de pescado y, así, de no sobreinvertir cuando otros lo hicieron<sup>30</sup>. De esto también puede derivarse un nuevo costo de transacción: si los vendedores incurrieron en sobreinversión con fines estratégicos, ello en nada supone que eventuales compradores estén dispuestos a pagar por esa sobreinversión, generándose de esa manera una nueva dificultad para consensuar un eventual precio por las cuotas.

Por todo lo anterior, sin dudas en este mercado existe un costo de transacción conductual, asociado a la búsqueda y negociación con los actores incumbentes y cuya causa puede encontrarse en consideraciones estratégicas.

#### I.2.5. Costos vinculados a la integración vertical

Dada la integración vertical presente en calidad de estándar en la industria, las cuotas pesqueras industriales se han asociado a la infraestructura de procesamiento de la captura de insumos de pesca.

En este contexto, no sería de extrañar que los actores *incumbentes*, al eventualmente evaluar una posible transferibilidad de sus cuotas incluyan, dentro de la valorización, a las inversiones efectuadas en infraestructura de procesamiento, dificultando la transferencia de cuotas pesqueras.

Así las cosas, la transferencia de cuotas supone hoy la transferencia también de la infraestructura que, *aguas abajo*, sirve para el procesamiento de lo capturado en virtud de tales cuotas. Esto lleva a que las potenciales transferencias de cuotas incluyan hoy, muy probablemente, la valorización de la infraestructura de procesamiento por parte del vendedor, generándose con ello un costo de transacción adicional, desde que el comprador no necesariamente querrá adquirir las cuotas asociadas a determinados activos (que, por ejemplo, no serán necesarios para el negocio diseñado por el comprador, o no serán de la calidad requerida, o no cumplirán con los requisitos constructivos o de localización por él deseados, etc.).

Las subastas, en cambio, serían neutras a la infraestructura de procesamiento, pues por su intermedio se asignarían pura y simplemente cuotas, sin asociar a ellas necesariamente activos propios de la actividad verticalmente integrada.

---

Discusión en Sala, Cámara de Diputados. Legislatura 343. Sesión 22; p.105. Fecha 5 de diciembre de 2000. Intervención del H. Diputado Navarro.

<sup>30</sup> Vid, ASIPES.; p.18: "De manera que Lota Protein es en sí misma un buen ejemplo de un modelo de negocios coherente con las posibilidades que brinda el marco regulatorio vigente. En efecto, mientras la mayoría realizaba cuantiosas inversiones y se asociaba para enfrentar el nuevo escenario de las cuotas individuales, Lota Protein decidió no realizar las inversiones necesarias para obtener una asignación de captura mayor, pues había optado por concentrarse en la producción de harina de pescado".

### I.2.6. Diseño orgánico de la institucionalidad regulatoria en materia de pesca industrial. Costos asociados a la co-regulación

Tal como se señaló por Lota Protein en su presentación de 19 de marzo de 2010, el inadecuado diseño del sistema institucional de regulación pesquera –que otorga a los propios actores *incumbentes* relevantes potestades co-regulatorias en materia de acceso al mercado– constituye una de las causas de la nula transferibilidad que ha exhibido esta industria. Y como, de conformidad con los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca, los Consejos Nacional y Zonales de Pesca son integrados por los actores de mayor tamaño –pues en la práctica éstos deciden quiénes los representarán en tales instancias–, un potencial adquirente carece de toda certeza respecto a su posibilidad de integrar cualquiera de estos Consejos, quedando al mismo tiempo su actividad determinada en sus destinos por las decisiones de tales Consejos<sup>31</sup>.

Tal circunstancia constituye, *ex ante*, una desventaja para cualquier potencial adquirente, desde que se encontrará supeditado a las decisiones regulatorias que sus propios competidores le impongan. En tal circunstancia, el valor que le asigne al ingreso a este mercado disminuye, y ello se transforma en un costo de transacción adicional que dificultará una eventual negociación con potenciales vendedores.

### I.2.7. Conclusiones parciales. Presencia de importantes costos de transacción y asimetrías informacionales en el mercado de cuotas pesqueras industriales

Como se ha podido apreciar de los acápites anteriores, el mercado de cuotas de la pesca industrial en Chile presenta importantes costos de transacción y asimetrías informacionales que justifican una especial preocupación por seleccionar el método de asignación más eficiente desde el punto de vista de su regulación.

En suma, algunos de los costos de transacción y asimetrías de información identificados –los que no excluyen la existencia de muchos otros–, se radican en:

Primero, una nula transferibilidad, en su sentido *exógeno*, de las cuotas de pesca industriales, lo que es indicativo de costos transaccionales y asimetrías de información relevantes impropios de un mercado abierto y profundo. Ello no se corrige mediante la alternativa de asociación (más propiamente arrendamiento) prevista en los artículos 7° y 8° de la Ley de Cuotas Máximas, en consideración al mínimo volumen que dicha opción ha representado del total de la cuota de captura industrial, desde el año 2001 a la fecha. Tampoco la sola transformación de estas

---

<sup>31</sup> En este mismo sentido, se encuentran las declaraciones de don Francisco Mujica, Presidente de la Asociación de Industriales Pesqueros del Norte A.G. “Nuevo Orden Pesquero”. Diario La Estrella de Iquique, de fecha 9 de junio de 2010; página A-12: “[O]tro tema no menos relevante es la reforma de la actual constitución del Consejo Nacional de Pesca, el cual hoy es una instancia netamente política, donde la participación sectorial está seriamente alterada por las presiones que los diversos estamentos han realizado para aumentar su influencia dentro de éste. En su reemplazo, sería conveniente tener organismos de participación ciudadana regionales separados para el sector acuícola, extractivo y artesanal, con una fuerte participación de especialistas en cada una de estas áreas para que las medidas de manejo propuestas sean realmente efectivas. Hoy en día, el país realiza esfuerzos en investigación pesquera cuyos resultados pocas veces son atendidos por la componente política en aras de un mal entendido beneficio social”.

cuotas de pesca en *personales* o *abstractas*, en lugar del actual sistema *real* de las mismas, augura una mejoría en la transferibilidad de tales cuotas.

Segundo, la existencia de relevantes asimetrías de información entre potenciales compradores y eventuales vendedores, así como una incertidumbre en relación al plazo de duración de las cuotas de pesca industriales. Tales costos son, como se ha visto, un resultado directo de las nulas señales de precio existentes en el mercado respecto del real precio que tales cuotas pudieran tener. Lo anterior, sin perjuicio de la incorrecta forma con que algunos *incumbentes* califican tales cuotas –al contabilizarlas como indefinidas, en contra del texto expreso de la Ley N°19.713-. Todo lo anterior, dificulta una real transferibilidad de cuotas que haga supuestamente indiferente el método de asignación de las mismas, desde el punto de vista de una regulación que propenda hacia la eficiencia asignativa.

Tercero, los costos asociados a la incertidumbre regulatoria y que, conforme a la clasificación entregada *supra* responden a los llamados costos por concepto de *dictación de la regulación*. En ello juega especial relevancia el fuerte *lobby* que la industria pesquera efectúa para lograr una regulación consensuada, en perjuicio de una eficiencia asignativa que maximice el bienestar social<sup>32</sup>. Y, en este sentido, las importantes diferencias, cercanas a un 49% entre las cantidades asignadas por los Consejos de Pesca y aquella cantidad de recursos que efectivamente pueden ser capturados, son un ejemplo de los costos asociados a dicho *lobby* –al aumentar los costos por incertidumbre para potenciales adquirentes, además de favorecer una involución hacia el sistema de *carrera olímpica*-.

Cuarto, los costos de transacción y asimetrías informacionales dadas por los comportamientos estratégicos de los actores *incumbentes* de mayor tamaño, quienes despliegan regularmente una fuerte actividad de *lobby* y, a la vez, han incurrido en una sobreinversión que dificulta la transferibilidad de las cuotas de captura asignadas dentro del mercado, puesto que los compradores no estarán dispuestos a valorizar de la misma manera sobreinversiones incurridas con fines estratégicos.

Quinto, la existencia de relevantes costos de establecimiento y puesta en marcha que, atendida la integración vertical presente en la industria, determinan que el costo de adquisición de una cuota de pesca industrial, deba considerar también el costo de compra de la infraestructura asociada. Ello, con los consiguientes problemas para la señalización de un precio por la cuota de pesca aisladamente considerada. Y,

Sexto, un diseño orgánico de la institucionalidad regulatoria en materia de pesca industrial, que coloca únicamente a *incumbentes* de mayor tamaño en posición de determinar cuestiones de relevante incidencia para el desempeño del mercado, al otorgarles representación en los

---

<sup>32</sup> Sintomático de lo anterior es lo planteado por algunos trabajadores de las empresas *incumbentes* en cuanto a que la regulación que afecta a la industria pesquera industrial, debe ser discutida “al interior de la industria”. Vid. Vera, Sergio en Diario La Tercera de 15 de mayo de 2010, sección Cartas al Director: “La ley de límites máximos de captura no ha dejado completamente contento a nadie, pero ha permitido que la pesca en Chile se administre y regule de buena manera, generando tranquilidad y estabilidad en nuestros puestos de trabajo. Pueden existir diferencias dentro de ésta, pero ese es un tema que debe resolver internamente la industria pesquera”.

Consejos de Pesca. En este contexto, un potencial adquirente sin presencia relevante en la industria, se verá desincentivado a participar de este mercado, cuyos destinos regulatorios estarán en parte esencial en manos de sus competidores.

Los costos de transacción y asimetrías informacionales descritos anteriormente, a modo ejemplar, resultan en la práctica virtualmente imposibles de mitigar y/o eliminar. En consecuencia, los beneficios o cuasi-rentas derivadas de la escasez son obtenidos única y exclusivamente por quienes poseen preferentemente dicha información –esto es de los *incumbentes* de mayor tamaño agrupados en entidades gremiales y que participan de los Consejos de Pesca-, en directo perjuicio de quienes no poseen un acceso directo a tal información.

En este escenario, el mecanismo de asignación inicial sí resulta importante –más aun, es una condición esencial- para soslayar tales problemas.

### **I.3. Consecuencias de la ausencia de subastas en la eficiencia asignativa del mercado pesquero industrial. Cuasi-rentas apropiadas por los *incumbentes* y riesgos de interacción**

Los costos de transacción y asimetrías de información, antes señalados a modo de ejemplo, constituyen algunas de las razones de eficiencia asignativa, que justifican una asignación inicial de las cuotas pesqueras industriales conforme a un mecanismo de subastas –por ejemplo, sucesivo y parcial- adecuadamente diseñado con criterios pro-competitivos.

Y es precisamente la ausencia de tales subastas, sumadas a un diseño orgánico deficiente de la regulación pesquera, la principal razón de que se haya afectado a la eficiencia. En efecto, de las múltiples distorsiones existentes, a continuación se indican aquellas que forman parte de la estructura y comportamiento del mercado pesquero industrial. Por lo tanto, se trata de identificar algunos de los más importantes riesgos derivados de una prórroga o perpetuación del mecanismo de asignación previsto en la Ley de Cuotas Máximas.

Primero. Existencia de un reparto de mercado legal, con bajas a nulas posibilidades de ser desafiado

Tras la lógica del sistema de cuotas individuales creado por la Ley de Cuotas Máximas, se encuentra la mantención del reparto del mercado pesquero industrial en la forma en que éste existía al momento de la asignación. Basta recordar lo señalado por la FNE el año 2001 en su Oficio Ordinario N°971, citado en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> "1. Es evidente que la Ley N°19.713, al asignar, a los armadores autorizados para desarrollar actividades pesqueras extractivas, cuotas de captura para cada unidad de pesquería, en las distintas Regiones del país, distribuyendo entre ellos, anualmente, la cuota global asignada a ese sector industrial, estableció una figura asimilable al reparto de cuotas de producción a que se refiere el artículo 2°, letra a) del Decreto Ley N° 211 y, por tanto, un claro límite a la libre competencia en los respectivos mercados. 2. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 4° del mismo Decreto Ley permite que, mediante decreto supremo fundado, previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, se autorice dicho tipo de actos, 'siempre que el interés nacional lo exija' y en consideración a que ellos sean necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales. Si tal autorización se puede otorgar mediante un decreto supremo, con mayor razón una ley de la República puede establecer normas que impliquen la configuración de una situación como la descrita en el artículo 2° del D.L. N°211 (...). 8. La circunstancia de que, como ocurre en este caso, la aplicación de la ley puede conducir a una situación inconveniente, aconseja también que, de mantenerse una política de protección de los recursos pesqueros, mediante la

Y aunque ello es connatural a la resolución del problema de cómo volver excluyente un recurso común, lo cierto es que ello no obsta a que sea sumamente relevante mantener los adecuados equilibrios que impidan que tal reparto de mercado se transforme en permanente, afectando la necesaria eficiencia asignativa. Como se verá, una de las claves para obtener los adecuados contrapesos a esta necesaria distorsión regulatoria, supone el promover y garantizar una necesaria transferibilidad, a través de una adecuada señalización inicial y sucesiva en el tiempo, del precio de las cuotas industriales de pesca.

#### Segundo. Incentivos o posibilidades para la interacción entre los actores incumbentes

Tal como se expuso el 19 de marzo de 2010 por Lota Protein, es la propia Ley de Pesca –al crear y otorgar importantes potestades públicas a los Consejos Nacional y Zonales de Pesca– la que facilita una instancia de interacción entre los actores *incumbentes*.

Se reemplaza entonces un esquema de necesaria rivalidad en el mercado, por una solución en que son los propios *incumbentes* de mayor tamaño, actuando de consuno, quienes deben decidir cuál es el grado de eficiencia que dicho mercado debe tener<sup>34</sup>. Con ello, operan todos los incentivos para que dicha interacción produzca efectos indeseados para el bienestar social, cuestión que ha sido puesta de relieve por la FNE:

“[A]tendida la constitución de los Consejos, es importante señalar que respecto a la facultad de aprobar la entrega mediante licitación de nuevas autorizaciones de pesca (en aplicación del artículo 27 de la LGP en caso de ser aplicable durante la vigencia de la LMCA), desde el punto de vista de la libre competencia podría existir una ausencia de incentivos para hacer operativos los mecanismos contemplados en la LGP, siempre que la composición numérica de los representantes sea relevante, respecto de una decisión determinada”<sup>35</sup>.

#### Tercero. Presencia de cuasi-rentas de escasez en perjuicio del interés general y la eficiencia

Como se sabe, la existencia de cuasi-rentas de escasez en poder de los sujetos regulados, es frecuentemente un indicativo de que existe una estructura que se aleja de los equilibrios eficientes a los que aspira todo sistema de defensa de la libre competencia. En el caso del mercado pesquero industrial, dichas cuasi-rentas de escasez se encuentran dadas por las siguientes circunstancias:

---

fijación de una cuota global anual asignada al respectivo sector industrial, la cual se justifica por razones de interés general, se debiera cuidar que la aplicación del sistema de distribución de dicha cuota global, que no dice relación con el cuidado del patrimonio pesquero sino con un reparto del mercado, no produzca una restricción severa de la libre competencia. En el futuro, debiera aplicarse un sistema de distribución no solamente basado en antecedentes meramente históricos que se consolidan en virtud de tal aplicación, como ocurre en la actualidad, sino que también considere otros factores, como son, por ejemplo, la evolución de los mercados de destino, los avances tecnológicos y las mejoras en la organización productiva y comercial de los actores existentes y potenciales, que redunden en una disminución de las barreras de entrada a futuro y en la creación de condiciones de mayor competitividad, incorporando algún mecanismo de competición, licitación u otro, que contemple criterios relacionados con el valor de mercado en la asignación de las cuotas de captura”.

<sup>34</sup> Vid., presentación de 19 de marzo de 2010 de Lota Protein, §IV.2.4., en relación con los artículos 146 y 152 de la Ley de Pesca.

<sup>35</sup> Informe de la FNE; p.36, §109.

(i) Se debe contar con una cuota de captura para poder ejercer la actividad económica de pesca. En consecuencia, no existe libertad para todo agente económico interesado. Ello tiende hacia una escasez que, en teoría, se debiera encontrar alineada con la escasez del recurso en que tales cuotas inciden.

(ii) En un contexto de asignación gratuita de las cuotas, como el que ha existido hasta ahora en Chile, todo ingreso que los actores pesqueros industriales reciben por concepto de desarrollo de su negocio, constituye una renta que no retorna en proporción alguna al propietario de los derechos sobre el recurso común, como lo es el Estado de Chile. Asimismo, en un hipotético escenario de transferencia de la cuota pesquera en el mercado secundario, dicho ingreso tampoco compensaría la asignación gratuita inicial prevista por la Ley de Cuotas Máximas.

(iii) Ello resulta además ser una consecuencia del fenómeno de la *surgencia*<sup>36</sup> (*upwelling*), de usual ocurrencia en la costa chilena (presente particularmente entre las latitudes 18° S y 38° S<sup>37</sup>). Este fenómeno favorece el transporte de las especies hacia aguas superficiales y, por lo tanto, tiende a reducir los costos de extracción de los recursos por oposición a aquellos otros lugares en que éstos deben ser extraídos desde aguas más profundas. Así, para una empresa que realice sus labores extractivas en mares con *surgencia*, las cuasi-rentas percibidas serán ciertamente mayores que aquellas percibidas por concepto de extracción en costas que no cuentan con esta ventaja.

El aspecto esencial es, entonces, que la ausencia de un mecanismo que –como las licitaciones– promuevan y maximicen la eficiencia asignativa, permite que dichas cuasi-rentas de escasez se queden en manos de los sujetos regulados originarios. Por el contrario, de implementarse el mecanismo de subastas, dichas cuasi-rentas serían extraídas por el Estado de Chile, en su calidad de dueño del recurso pesquero, además de tenderse de mayor manera a la eficiencia asignativa en los mercados concernidos, según es resorte del H. Tribunal decidir.

## II.

### **Beneficios de una subasta como mecanismo eficiente para asignar las cuotas de pesca en presencia de las asimetrías de información y los costos de transacción descritos**

En las secciones anteriores se ha mostrado que, en presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales de imposible mitigación y/o eliminación, las subastas constituyen el mecanismo más idóneo de asignación de derechos de propiedad en aras a maximizar la eficiencia asignativa. Ello es especialmente relevante cuando tales derechos de propiedad

---

<sup>36</sup> Este fenómeno corresponde a movimientos ascendentes de aguas subsuperficiales de profundidades entre los 100 a 200 metros hacia la superficie, produciendo un aporte de nutrientes a las aguas superficiales ya empobrecidas por el consumo biológico, como resultado de de la remineralización por bacterias de los restos orgánicos que se van acumulando en las capas más profundas de la columna de agua y que al ponerse en contacto estas sales minerales con los organismos fotosintetizadores que habitan la capa superficial del mar, resulta una enorme productividad primaria, lo que se traduce, a través de la cadena alimentaria en una mayor biomasa pesquera radicada en aguas superficiales. Curso de Geografía del mar de la Pontificia universidad Católica de Chile, disponible en: [http://www.uc.cl/sw\\_educ/geo\\_mar/](http://www.uc.cl/sw_educ/geo_mar/). Este fenómeno es propio de ciertos bordes orientales de los océanos, es decir, en las costas occidentales de los continentes, por lo que es posible encontrarlo además en zonas tales como California, Perú, el Mar Árabe, Sudáfrica occidental y Nueva Zelanda oriental.

<sup>37</sup> Bello Mónica, Barbieri María, Salinas Sergio y Soto, Luis. "Surgencia costera en la zona central de Chile, durante el ciclo El Niño-La Niña 1997-1999". En "El Niño-La Niña 1997-2000. Sus Efectos en Chile". CONA, 2004, Chile, Valparaíso; p.78.

constituyen el único medio para acceder a la pesca, adquiriendo así la calidad de insumos escasos y esenciales para el ejercicio de actividades económicas de procesamiento<sup>38</sup>. Lo anterior, se ve agudizado por la casi absoluta integración vertical existente en la industria pesquera, lo que es una particularidad de nuestro país.

En efecto, según ha señalado Lota Protein en su presentación de de 19 de marzo de 2010, la asignación inicial de las cuotas de pesca, efectuada mediante la Ley de Cuotas Máximas sobre la base de criterios de captura histórica y capacidad de bodegaje *corregida*, ha incidido en una asignación ineficiente de estos insumos esenciales y escasos. Y debido a los costos de transacción y asimetrías informacionales existentes (que no pueden ser completamente eliminados), la transferencia de cuotas ha sido nula y, por lo tanto, no ha corregido esta asignación inicial en términos de orientarla hacia una asignación eficiente de estas titularidades.

Por el contrario, las subastas, por ejemplo sucesivas y parciales (esto es, de un porcentaje periódico de la fracción industrial de la cuota de captura), no sólo eliminarían situaciones de derechos preferentes sobre los insumos, sino que, correctamente diseñadas, darían lugar a una señalización de precios que devenga en un nivel óptimo de eficiencia que maximice el bienestar social. Asimismo, un adecuado mecanismo de subastas permitiría que los ingresos percibidos por el Estado puedan ser utilizados en beneficio de la corrección de las distorsiones del propio mercado, como por ejemplo su falta de transparencia. En la especie, una de tales correcciones pudiera ser una adecuada inversión en planes de investigación de la biomasa pesquera<sup>39</sup> o el financiamiento de una institución que independiente y técnicamente defina sus limitaciones.

En el caso del mercado pesquero industrial, es posible advertir los siguientes beneficios para la eficiencia asignativa, que se derivarían de subastas –por ejemplo sucesivas y parciales de porcentajes relevantes de las cuotas individuales de pesca-, en relación a su fracción industrial:

Primero, la subasta constituye el único mecanismo que permite revelar el valor real de las cuotas de pesca (y, por lo tanto, de aquellos derechos gratuitamente asignados a los *incumbentes* en virtud del mecanismo de asignación de la Ley de Cuotas Máximas). Lo anterior, desde que, al no transarse tales cuotas en el mercado, en la actualidad resulta sumamente difícil determinar cuál es el precio de cada una de las cuotas de pesca que se encuentran en poder de los actores pesqueros industriales.

Segundo, vinculado a lo anterior, un mecanismo de subastas como método de asignación de las cuotas de pesca, favorece la transferibilidad de dichas cuotas en presencia de costos de transacción relevantes. En este sentido, las subastas sucesivas y parciales pueden funcionar

---

<sup>38</sup> En estricto rigor, aun en ausencia de costos de transacción, el mecanismo de asignación inicial es relevante en virtud de consideraciones de equidad distributiva de los recursos comunes. Vid. Hahn, Robert W. and Roger G. Noll. "Designing a Market for Tradable Emissions Permits." *Reform of Environmental Regulation*, ed. Wesley A. Magat, p.132. Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1982. Sin embargo, aquí argumentamos que puras consideraciones de competencia justifican también el mecanismo de subastas, precisamente por la presencia de costos de transacción que son, además, de prácticamente imposible eliminación en la práctica.

<sup>39</sup> Cfr. Stavins, Robert (1993), *Op. Cit.*; p38.

como mecanismos señalizadores de precios, disminuyendo los costos de transacción informacionales, al mejorar las condiciones para la aparición de un mercado secundario de cuotas. Y, debe agregarse, ningún otro mecanismo favorecedor de un mercado secundario puede cumplir dicha función señalizadora, en presencia de costos de transacción y asimetrías informacionales de prácticamente imposible mitigación y/o eliminación.

Además, parte del dinero que se recaude a través de las subastas, puede ser invertido en fiscalización y reforzamiento del sistema de cuotas (v.gr. evitar la sobrepesca más allá de las cuotas otorgadas y/o que los titulares de estas cuotas puedan efectivamente capturar lo asignado), así como en investigación e información acerca de la disponibilidad y comportamiento de las pesquerías sujetas a este régimen. Y, en este sentido, al mejorar la información, fiscalización y obtención de antecedentes científicos, sin duda debiera mejorarse la transferibilidad de las cuotas de pesca.

Tercero, las subastas favorecen una asignación eficiente de un insumo esencial y escaso, permitiendo situaciones de equilibrios óptimos en el mercado en que tales insumos inciden, evitando los conflictos propios de otros mecanismos de asignación (como lo son aquellos previstos por la Ley de Cuotas Máximas).

Al respecto, se ha señalado:

“In order to get around the various problems that are involved in using the projected competitive equilibrium as the basis for the initial permit allocation, one might consider the economist’s favorite, auctions.

Auctions eliminate the preferential status of existing sources, and under specified circumstances, auctions exhibit the optimal efficiency properties of a competitive market. Also, auctions can generate substantial revenues for government that could be used to offset distortionary taxes, with potential related efficiency gains.

Moreover, in the presence of transaction costs, auctioning of permits is even more attractive than otherwise. We are left, however, with the reality that political barriers against permit auctions are likely to remain in place for the foreseeable future”<sup>40,41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Stavins, Robert (1993), Op. Cit.; p38. Traducción Libre: “Con el objeto de reunir varios problemas que se encuentran involucrados en el uso del equilibrio competitivo involucrado como fundamento para la asignación inicial de permisos, uno puede considerar a las favoritas de los economistas, las subastas. Las subastas eliminan el estatus preferencial de las fuentes existentes y, bajo ciertas circunstancias, exhiben las propiedades de eficiencia óptima de un mercado competitivo. Asimismo, las subastas pueden generar ingresos sustanciales para el gobierno que pueden ser utilizados para compensar impuestos distorsionadores, con ganancias potenciales de eficiencia relacionadas. A mayor abundamiento, en presencia de costos de transacción, la subasta de permisos es aun más atractiva que en otras circunstancias. Sin embargo, nos quedamos con la realidad de las barreras políticas en contra de la subasta de permisos, las que probablemente se mantendrán en el futuro inmediato”.

<sup>41</sup> Ver también Matulich, Scott y Sever, Murat. “Reconsidering the Initial Allocation of ITQs: The Search for a Pareto-Safe Allocation between Fishing and Processing Sectors”; Land Economics, Vol. 75, No. 2 (May, 1999); p.219: “[A]ny initial property rights allocation intended to eliminate inefficiency also has distributional consequences. Whenever the initial allocation is perceived to redistribute status quo ante wealth, politically powerful interest groups may form to block a switch to ITQ management, jeopardizing the efficiency benefits of rights-based fishing. A Pareto-safe initial allocation may be necessary to garner industry acceptance”. Traducción Libre: “[C]ualquier asignación inicial de derechos de propiedad que tiene como objetivo eliminar la ineficiencia, posee además consecuencias distributivas. Siempre que la asignación inicial es percibida como redistributiva de la riqueza previa del status quo, los poderosos grupos de intereses políticos han podido agruparse para bloquear un cambio en la administración de las ITQ, poniendo en jaque los beneficios de eficiencia de la

En consecuencia, un método –correctamente diseñado– para la subasta de las cuotas de pesca industriales resulta necesario para lograr objetivos de eficiencia que sustentan nuestro sistema de defensa de la libre competencia.

Cuarto, las subastas permiten extraer las cuasi-rentas de escasez por parte de quienes ostentan un derecho inicial y temporalmente asignado como gratuito. Tales cuasi-rentas se evidencian, entre otras cosas, en (i) las utilidades que tales derechos generan, y por los cuales no se desembolsó nada al momento de su otorgamiento; y, (ii) las eventuales rentas que se obtendrían de una transferencia de tales derechos, las que no tendrían ningún costo asociado para el vendedor y constituirían un ingreso respecto de un activo gratuitamente percibido. En ambos casos, los ingresos del beneficiario de tales derechos se igualan inmediatamente con su utilidad.

**En conclusión**, todo lo señalado anteriormente, justifica poner de relieve que los mecanismos de asignación de cuotas pesqueras industriales sí son relevantes en presencia de costos de transacción e información asimétrica, como es plenamente el caso, y que resulta del todo adecuado que este H. Tribunal recomiende que, en la dictación de la ley que suceda a la Ley de Cuotas Máximas se prevea mecanismos de subasta o licitación obligatorios, al menos para parte de las cuotas de que se trate, y de acuerdo con procedimientos y modalidades que maximicen la señalización de precios, requisito éste esencial para propender finalmente a una efectiva transferibilidad de las cuotas de pesca y así a una efectiva entrada de nuevos actores más eficientes en su explotación, si fuera el caso. De esta manera, se propenderá finalmente a una maximización de la eficiencia asignativa, en concordancia con uno de los objetivos principales que el H. Tribunal está llamado a tutelar.

### III.

#### **Efectos de las distorsiones regulatorias señaladas en la innovación adaptativa**

Si bien es cierto que la literatura económica no muestra resultados concluyentes respecto de una relación lineal entre mayor competencia (derivada de una mayor eficiencia asignativa) y mayor innovación (estableciéndose, en algunos casos, una relación no lineal)<sup>42</sup>, existen evidencias recientes que demuestran que frente a un grado mayor de competencia, en presencia de una baja innovación en el mercado, se favorece el desarrollo tecnológico y los estímulos a la inversión por parte de *incumbentes* y nuevos entrantes. Ello tendería a disminuir las cuasi-rentas de escasez identificadas *supra*:

“Antitrust promotes competition out of the belief that competition presses producers to satisfy consumer wants at the lowest price while using the fewest resources. Producer rivalry lets consumers bid for goods and services, thus matching their desires with society's opportunity costs. In economic terms, competition maximizes consumer

---

pesca basada en derechos de propiedad. Una asignación inicial Pareto-segura podría resultar necesaria para obtener la aceptación de la industria”.

<sup>42</sup> Vid. Aghion, Philippe *et al.* “Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship”, *The Quarterly Journal of Economics*, 2005; pp.701-728.

welfare by increasing both allocative efficiency (making what consumers want as shown by their willingness to pay) and productive efficiency (producing goods or services at the lowest cost thus using the fewest resources), and by promoting innovation"<sup>43</sup>.

En efecto, un mayor dinamismo en el mercado puede resultar en un incremento de la eficiencia, al colocar los incentivos de las empresas en aquello que se ha denominado como un *escape de la competencia*. En palabras simples, los agentes económicos estarán dispuestos a sacrificar parte de sus rentas o cuasi-rentas en actividades de innovación, investigación y desarrollo, con el objeto de diferenciar sus productos –normalmente *commodities*- y, de esa manera, afectar la elasticidad de los mismos.

De ahí que se hable de una relación en forma de *U invertida* entre competencia e innovación<sup>44</sup>:

"Dentro del marco que describe la dinámica empresarial desde un punto de vista contable, resulta fundamental la eficiencia en que los mercados asignan los factores productivos. El progreso tecnológico requiere de una reasignación y movilización constante de los factores productivos asociados a este cambio. Si esta reasignación, por ejemplo a través de un proceso de destrucción creativa, tiene costos de ajuste que impiden la agilidad requerida, entonces, ex ante, el retorno a la inversión en cambio tecnológico es menor relativo a la situación en ausencia de estos costos. Por lo tanto, la rigidez microeconómica, entendida en este caso como la falta de movilidad de los recursos productivos de manera de lograr una asignación óptima de éstos, incide negativamente en los esfuerzos de innovación, de escalamiento, y en el proceso de creación y destrucción de empresas en una economía"<sup>45</sup>.

De este modo, se ha demostrado que, en el largo plazo, una política pro-competencia por parte de los reguladores ha motivado la profundización en el acceso al mercado de capitales y una diversificación en la matriz de productos al interior de una misma industria, incorporando de modo rápido los incentivos para generar una competencia por la innovación<sup>46</sup>.

Es por lo anterior que no resulta llamativo encontrar consideraciones de eficiencia dinámica en los análisis de las autoridades de libre competencia, en el marco del derecho comparado<sup>47</sup>. De este modo, se ha entendido que el objeto de protección del derecho de la competencia no alcanza exclusivamente a la eficiencia asignativa y a la prevención de rentas sobrenormales,

---

<sup>43</sup> Gellhorn Ernest, Kovacic, William y Calkins Stephen. "Antitrust Law and Economics". Thomson West, 2004; p.57. Traducción Libre: "El derecho antimonopolios promueve la competencia sobre la base de la creencia de que la competencia presiona a los productores a satisfacer los deseos del consumidor, al menor precio y con la utilización de los menores recursos posibles. La rivalidad entre productores permite a los consumidores pujar por bienes y servicios, igualando en consecuencia sus deseos con los costos de oportunidad sociales. En términos económicos, la competencia maximiza el bienestar del consumidor, por la vía de aumentar tanto la eficiencia asignativa (producir aquello que los consumidores desean según se demuestra por su expectativa a pagar), como la eficiencia productiva (producir bienes o servicios al menor costo posible, utilizando los menores recursos), y promoviendo la innovación".

<sup>44</sup> Cfr. Aghion, Philippe *et al.*, Op. Cit.; p.702.

<sup>45</sup> Marshall, Jorge y Rodríguez, Jorge. "Análisis del Desarrollo Productivo en Chile: Tendencias y Determinantes"; UDP Public Policy Series Working Papers N°6, 2010; p. 28.

<sup>46</sup> Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. "Product Market Competition in the OECD Countries: Taking Stock and Moving Forward". Economics Department Working Paper No. 575; p.6.

<sup>47</sup> Gilbert, Richard. "Competition and Innovation"; Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley, 2007; p.1.

sino que, además, a los riesgos que una estructura competitiva distorsionada puede acarrear en términos de desincentivos a la innovación.

Y en el contexto de derechos de propiedad sobre recursos comunes, como es el caso de las cuotas industriales de pesca, un sistema de subastas—como mecanismo de asignación de tales derechos— ha probado ser mucho más conducente a la innovación en el mercado que otros métodos asignativos en base a criterios históricos. En efecto, una asignación económicamente eficiente privilegia el otorgamiento de dichas titularidades a los agentes económicos que sean capaces de obtener un mayor valor agregado de las mismas; cuestión que, en el contexto de un mercado poco profundo como el chileno, justifica la existencia de licitaciones también desde una perspectiva innovativa.

Así, se ha señalado:

“The choice of auctions over grandfathering has dynamic advantages. Innovation reduces abatement costs. This is always advantageous to firms so they always have an incentive to innovate when economic instruments are used. Innovation, however, also reduces scarcity rents by lowering permit prices. Industry incentives to innovate are even greater with auctions than grandfathering because, when permits are auctioned, innovators do not receive scarcity rents so they unambiguously benefit from the innovation-induced fall in permit prices (...). In contrast, in a grandfathered system the scarcity rents belong to the industry so there is no aggregate gain to industry from reducing them (...). Many of the firms that will need to innovate and make technology investments will be new firms that will not receive grandfathered permits”<sup>48</sup>.

Cabe destacar que, en Chile, la industria pesquera, en conjunto con las restantes actividades sobre bienes transables, muestra una caída en su productividad agregada desde hace dos décadas, en términos de productividad de factores. Lo anterior, ha llevado a señalar que:

“[D]esde una perspectiva de mediano plazo, lo anterior es reflejo de pobres esfuerzos de innovación en el sector transable, el cual no ha podido aprovechar las condiciones favorables del mercado internacional para incrementar la inversión en nuevas tecnologías y así dar un salto significativo en su productividad”<sup>49</sup>.

Y nótese, en este punto, que la circunstancia de que la actividad de pesca industrial sea meramente una de extracción de recursos naturales, no incide en la capacidad de inversión en

---

<sup>48</sup> Cramton, Peter y Kerr, Suzi. Op. Cit.; p.11. Traducción Libre: “La elección de subastas por sobre criterios de asignación históricos, posee ventajas dinámicas. La innovación reduce los costos de disminución [de las emisiones]. Esto resulta siempre ventajoso para las empresas, por lo que siempre tendrán incentivos para innovar cuando se utilizan instrumentos económicos. Sin embargo, la innovación también reduce las rentas derivadas de la escasez al reducir los precios de los permisos. Los incentivos de la industria para innovar son aun mayores con las subastas que con asignaciones conforme a criterios históricos, desde que, cuando los permisos son subastados, los innovadores no reciben rentas derivadas de la escasez por lo que, de modo inequívoco, se benefician de la caída de los precios de los permisos inducidos por la innovación (...) En contraste, en un sistema de asignación conforme a criterios históricos, las rentas derivadas de la escasez pertenecen a la industria, por lo que no existe una ganancia adicional para dicha industria en orden a reducirlos (...) Muchas de las empresas que deberán innovar y efectuar inversiones en tecnología serán nuevas empresas que no recibirán permisos conforme a criterios de asignación históricos”.

<sup>49</sup> Marshall, Jorge y Rodríguez, Jorge, Op. Cit.; p.15.

tecnologías que permitan una diversificación de productos de mayor valor agregado. Como se ha señalado:

“[T]ambién existe evidencia de numerosos países que organizaron con éxito su crecimiento en torno a las actividades de los recursos naturales. En estos casos el crecimiento estuvo acompañado por un proceso de innovación que respondía a las condiciones que existían en los mercados, lo que permitió desarrollar el aprendizaje de los procesos de elaboración de estos recursos, incursionar en actividades proveedoras de insumos y en la construcción de equipos especializados. De esta manera, las actividades que inicialmente se concentraron en la extracción de recursos naturales dieron paso a otros rubros que se formaron en torno a ellos. Este es el caso de los países del norte de Europa, y más recientemente de Canadá, Australia y Nueva Zelanda”<sup>50</sup>.

En la especie, al no existir una señalización del precio de la cuota asignada gratuitamente, en los términos señalados *supra*, un mercado poco profundo y con eventuales transacciones de tipo bilateral –con información asimétrica- determina que las cuotas se encuentren posiblemente asignadas a empresas menos eficientes e innovadoras. Al existir una señalización de precios respecto de las cuotas industriales, es posible esperar transacciones mutuamente valiosas para el titular y un adquirente que tenga interés en hacerla más valiosa por la vía de mayor innovación. Todo ello, en beneficio de la libre competencia.

#### IV.

#### **Eficiencias que un mecanismo de subastas de la cuota global de captura industrial tendría en el mercado conexo de la pesca artesanal**

##### **IV.1. Las subastas en el mercado pesquero industrial. Inmutabilidad de la cuota global artesanal**

En atención a ciertas declaraciones públicas que han pretendido asociar la posición de Lota Protein con una eventual licitación de la cuota asignada a la pesca artesanal<sup>51</sup>, es relevante destacar que la presentación que realizare Lota Protein el 19 de marzo de 2010 siempre se ha vinculado con la fracción industrial de la cuota global de captura, en atención a que **(i)** en el caso del artículo 27 de la Ley de Pesca, la subasta ahí contemplada sólo es aplicable al mercado pesquero industrial; **(ii)** la estructura y características propias del mercado pesquero artesanal (v.gr. su importante atomización y su vínculo *aguas arriba* con el mercado industrial) no hacen relevante una discusión respecto del método de asignación de la fracción prevista para éste; y, **(iii)** la real importancia de la captura artesanal, para efectos de los antecedentes presentados a este H. Tribunal, es su carácter de mercado conexo al de la pesca industrial.

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*; p.10.

<sup>51</sup> Vid. Diario Estrategia, de 20 de mayo de 2010; p.4. “Presidente de SONAPESCA: En [la] Industria Pesquera el Mercado Funciona Transando Empresas o Permisos”: “[E]n tanto, no se licitarían sólo las pesquerías del sector industrial, sino que también, dado que tenemos cuotas globales en jurel, sardina y anchoa, se verían afectados en la fracción artesanal. Ahí se pone complicado el tema”.

En efecto, desde un punto de vista jurídico, que la actividad de pesca artesanal constituye un mercado conexo al de la pesca industrial es una cuestión poco controvertida. El propio funcionamiento de ambos mercados demuestra que, si bien éstos se encuentran interrelacionados, las capturas artesanales tienen, en casi el total de su porcentaje, la calidad de insumos para la producción industrial. Así por lo demás fue expresado en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, al referirse a la forma en que Lota Protein estructura su cadena de comercialización<sup>52</sup>.

Esta diferencia entre la fracción de la cuota de captura asignada al sector pesquero industrial (la que se divide en cuotas individuales), respecto de aquella contemplada para la pesca artesanal (que no contempla esta división) se encuentra detrás de la lógica de excluir a la pesca artesanal del mecanismo de subasta previsto en el artículo 27 de la Ley de Pesca; y, tal diferenciación debiera, además, inspirar a las futuras regulaciones que, una vez terminada la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas, establezca los métodos de asignación de las cuotas industriales.

Un análisis más detallado de este aspecto se encuentra en el informe en derecho elaborado por don Raúl Tavolari Oliveros que se acompaña en un otrosí de esta presentación.

A mayor abundamiento, tanto SUBPESCA como la Contraloría General de la República ("CGR"), han entendido siempre que los regímenes aplicables a la pesca industrial y artesanal son completamente diferenciados –incluyendo, por supuesto, al mecanismo de subastas previsto en la Ley de Pesca-. A modo de ejemplo, el Dictamen N°38.166 de la CGR, de fecha 17 de agosto de 2005:

"[L]a Subsecretaría de Pesca ha informado, en síntesis, que el Área Reservada a la Pesca Artesanal, establecida en el artículo 47 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, es una institución cuya finalidad es establecer una zona 'en que el sector pesquero artesanal pudiere llevar a cabo sus actividades de manera exclusiva', y que su fundamento son 'los aspectos sociales, ambientales, culturales y económicos que involucra la pesca artesanal', la cual, sin embargo, se encuentra sujeta a la posibilidad excepcional de que la Subsecretaría de Pesca otorgue autorizaciones de carácter transitorio para la realización de actividades pesqueras industriales en ella, siempre que se verifiquen los requisitos y condiciones que al efecto impone la citada disposición legal".

En el mismo sentido se pronuncia el reciente Dictamen N°11.414 de la CGR, de fecha 5 de marzo de 2010:

"[E]xpone [SUBPESCA] que la normativa diferenciada de los sectores industrial y artesanal, además de la prevista en la ley, se expresa en diversas regulaciones administrativas, como las artes de pesca que respectivamente se les permiten para la pesquería de que se trata, y añade que autorizar el traspaso de las cuotas entre ambas áreas provocaría un aumento en el esfuerzo de pesca que atentaría contra el fundamento de las medidas de protección y administración adoptadas por la autoridad en el marco de la normativa vigente (...) En consecuencia, es necesario manifestar que no resulta procedente que las cuotas de pesca de merluza del sur (*merluccius australis*), asignadas al sector artesanal en virtud del ordenamiento antes expuesto, sean

---

<sup>52</sup> Vid. presentación de de 19 de marzo de 2010 de Lota Protein; pp.6-7.

traspasadas al sector industrial, toda vez que, como ya ha sido advertido, la actividad pesquera industrial no puede llevarse a efecto en el área de reserva artesanal”.

Dicho lo anterior, y aclarándose por lo tanto los equívocos que en la materia se han podido leer profusamente, entre otras, en la fuente antes citada, Lota Protein entiende que la aplicación –tanto en el corto, como en el mediano plazo- de un mecanismo de subastas públicas de las cuotas pesqueras industriales, se aplicará solamente en lo relativo a la pesca industrial. Más aun, sólo tocará a la pesca artesanal en el sentido que conllevará importantes beneficios para el mercado conexo de la pesca artesanal.

#### **IV.2. Beneficios para el mercado conexo de la pesca artesanal derivados de subastas de las cuotas industriales. Nivelación de la información disponible**

A diferencia de lo señalado por algunos intervinientes en estos autos, de modo contradictorio entre sí<sup>53</sup>, la evidencia entregada por el Servicio Nacional de Pesca muestra que el sector artesanal representa alrededor de un 65% promedio de los desembarques anuales desde la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas hasta el año 2009<sup>54</sup>, muy a diferencia del 80% que representaba al año 2000. Ello, naturalmente excluye al jurel –esto es, a la pesquería más valiosa que permite la producción de bienes distintos de la harina y aceite de pescado- que es capturada íntegramente por el sector industrial, al ser normalmente capturada fuera de las 200 millas.

En términos de cuotas globales asignadas para sardina y anchoveta, la fracción artesanal representa un 38%, que corresponde aproximadamente a 945.000 toneladas (muy por debajo del 1.500.000 asignado al sector industrial).

En este contexto, es esperable que una subasta, bajo alguna modalidad, de la cuota de captura industrial, conlleve claros beneficios para el mercado conexo de la pesca artesanal. En efecto, existiendo asimetrías informacionales entre proveedor y adquirente –respecto de recursos comunes que son transados entre ambas partes-, la existencia de niveles asimétricos de información siempre beneficiará a quien ostente el mayor nivel de información posible.

En este caso, dicha asimetría beneficia siempre a los *incumbentes* industriales, quienes concurren a la negociación en una mejor posición que los actores artesanales. Lo anterior es especialmente relevante, considerando que –a diferencia de lo señalado por SUBPESCA en estos autos<sup>55</sup>- la adquisición de pesca artesanal en muelle o playa no constituye más del 10% de la captura total de este último sector, el que se rige mayoritariamente por contratos de mediano o largo plazo (v.gr. un año y renovables tácitamente) suscritos entre industriales y artesanales.

---

<sup>53</sup> Vid., presentaciones de SUBPESCA y de la Sociedad Nacional de Pesca (“SONAPESCA”). En las páginas 77 y siguientes de su presentación, SUBPESCA atribuye un 80% de la captura total de anchoveta y sardina al sector artesanal. Por su parte, en la página 53 de su presentación, SONAPESCA estima en 43%, indistintamente, las capturas del sector artesanal en relación al total capturado.

<sup>54</sup> Para el año 2008, los desembarques artesanales representaron el 48%.

<sup>55</sup> Vid. p.61, §1.

En este escenario, las cuasi-rentas de escasez quedan entonces del lado industrial, en perjuicio del mercado conexo artesanal que se encuentra mayoritariamente sometido a contratos de larga duración y, por lo tanto, sin capacidad de negociar condiciones más favorables sobre la base de información públicamente disponible. En este aspecto también las subastas tendrían un rol pro-competitivo.

## V.

### Revisión de algunas críticas efectuadas en relación al mecanismo de subastas de cuotas pesqueras industriales

A modo de conclusión, cabe hacerse cargo de ciertas críticas que, públicamente, se han emitido en relación con el método de asignación de las cuotas industriales mediante subastas, algunas de las cuales se encuentran en los documentos que se acompañan en un otrosí de esta presentación<sup>56</sup> y en las opiniones que partes interesadas han presentado a este H. Tribunal:

#### *(i) En cuanto a la supuesta afectación a la sustentabilidad del recurso pesquero (perjuicios a la biomasa)*

En presencia de una regulación que establece, clara y determinadamente, una cuota como límite máximo de captura de las distintas especies, el método de asignación es indiferente para medir sus efectos en la biomasa. Dicho de otro modo, no es pertinente atribuir la responsabilidad *a la forma* en que una cuota se asigna, sino que al cálculo científico que incide para la determinación del volumen equivalente a dicha cuota –sea que la misma se asigne conforme a criterios de captura histórica y capacidad de bodegaje *corregida*, como sucede con la Ley de Cuotas Máximas, o que sea asignada mediante subastas-. Y en este sentido, un sistema de subasta ninguna relación guarda con la determinación de la cuota global de captura ni tampoco con posibles perjuicios o no a la biomasa.

La devastación de un recurso se produce por: **(a)** la fijación de una cuota anual excesiva; **(b)** una inadecuada distribución temporal de las capturas; **(c)** la realización de pesca ilícita; y, **(d)** causas naturales o alteraciones ambientales. En consecuencia, la forma de asignación de la titularidad de las cuotas en nada afecta su sustentabilidad.

Así las cosas, tampoco sería acertada una crítica a los criterios de captura histórica y capacidad de bodegaje *corregida* –introducidos por la Ley de Cuotas Máximas como un método adicional de asignación a la subasta del artículo 27 de la Ley de Pesca- en términos de su afectación a la biomasa y, en consecuencia, argumentar las bondades que conllevaría una licitación para la sustentabilidad de los recursos pesqueros. Como se ha señalado, los métodos de asignación son indiferentes, pues lo determinante es cómo se calcula la cuota global en relación con la capacidad de captura científicamente acreditada.

---

<sup>56</sup> Vid., a modo de ejemplo, Diario el Mercurio. 28 de abril de 2010, B 22: “Pesqueros condicionan inversiones a renovación de cuotas de captura”.

(ii) *En cuanto a la supuesta experiencia negativa que existiría en cuatro pesquerías sometidas al régimen de subastas*

Las licitaciones a las que se ha aludido constantemente<sup>57</sup>, se refieren a las especies *langostino colorado*, *langostino amarillo*, *orange roughy* y *bacalao de profundidad*. De estas especies, sólo el *langostino amarillo* y el *bacalao de profundidad* no están en veda total en la zona licitada; de hecho, el área norte de langostinos colorado y amarillo está sometido a la Ley de Cuotas Máximas, conforme lo señalan los literales o) y p) de su artículo 2°.

De estas especies destaca el *bacalao de profundidad*, el que ha disminuido su abundancia sostenidamente desde 1992. En la actualidad, dicha especie se encuentra en condición deteriorada, lo que no tiene relación alguna con la licitación, sino más bien con que el Consejo Nacional de Pesca, durante los últimos años, ha aprobado cuotas de 3.000 toneladas<sup>58</sup>, muy por sobre las sólo 1.300 toneladas recomendadas por la evidencia científica, a través del propio Instituto de Fomento Pesquero<sup>59</sup>. Copia del Informe emanado de esta última entidad se acompaña en un otrosí de esta presentación.

Es relevante señalar que las subastas de estas especies se encuentran sometidas al Decreto Supremo N°97, de 26 de febrero de 1996 que Reglamenta la Subasta de Permisos Extraordinarios de Pesca (el "Reglamento"), conforme lo establecen los artículos 39 y 40 de la Ley de Pesca respecto de pesquerías declaradas en regímenes de recuperación y de desarrollo incipiente. Y tal Reglamento constituye un perfecto ejemplo de por qué este H. Tribunal debe efectuar recomendaciones que tiendan a un adecuado diseño pro-competitivo de las subastas, desde que:

Primero, dicho Reglamento contempla, en su artículo 2°, como único criterio de adjudicación el mayor precio ofertado, sin considerar los incentivos naturales que poseen los actores preexistentes en licitaciones de este tipo; y sin incluir criterios pro-competitivos como los que ha fijado este H. Tribunal, a modo de ejemplo, en sus Instrucciones de Carácter General N°1/2006 o en su Sentencia N°44/2006<sup>60</sup>.

Segundo, se establecen fuertes barreras a la entrada para potenciales entrantes –incluso extranjeros– desde que, según el artículo 8° del Reglamento, sólo tienen derecho a participar en la subasta los armadores industriales inscritos en el Registro Nacional Pesquero Industrial, acreditando además el dominio de una o más naves con las cuales se explotaría el permiso extraordinario (es decir, para participar en la subasta, se debe poseer una nave). Asimismo, se contempla una expresa limitación para las personas jurídicas con aporte de capital extranjero. Y,

---

<sup>57</sup> Vid., a modo de ejemplo, presentación de ASIPES; pp.53 y 54.

<sup>58</sup> Vid., SUBPESCA: "Cuotas de Captura 2009".

<sup>59</sup> Vid. Instituto de Fomento Pesquero. Informe Prefinal para SUBPESCA. "Investigación Evaluación Stock y CTP Bacalao de Profundidad", enero de 2009; pp.28-29.

<sup>60</sup> Citados en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, respectivamente, pp.11-12 y p.22.

Tercero, como único límite al acaparamiento de cuotas pesqueras por parte de determinados agentes económicos, el artículo 14, inciso penúltimo, del Reglamento establece un límite porcentual de adjudicación del 50% del total de las cuotas a subastar. Como consecuencia de lo anterior, se favorece la creación de un duopolio y se pone en riesgo una verdadera competencia, libre de distorsiones, entre los participantes.

En consecuencia, este argumento no parece atendible en el contexto de la discusión sometida a conocimiento ante este H. Tribunal y, por el contrario, más bien confirma que es esencial que este H. Tribunal recomiende la implementación de un correcto diseño de licitación para efecto de las cuotas de pesca, muy diferente a aquel deficiente diseño contemplado en el Reglamento.

**(iii)** *En cuanto a la supuesta concentración a la que llevaría la adopción de un mecanismo de subastas de las cuotas industriales de captura*

Se ha esgrimido, como fundamento adicional para impedir el rediseño del método de asignación de las cuotas de pesca industrial, con posterioridad al año 2012, que la adopción de un mecanismo de subastas sucesivas y parciales tendería a producir mayor concentración en el mercado, favoreciendo únicamente a aquellos actores con mayores *espaldas financieras* que se encuentren en condiciones de adjudicarse tales cuotas. Más allá de que tal argumento es directa y enteramente contradictorio con la posición uniforme de los *incumbentes* de la pesca industrial, en el sentido que la mayor o menor concentración de la industria no tendría efecto alguno en la libre competencia dada la fijación internacional de los precios relevantes<sup>61</sup> –y alguna coherencia se esperaría en este punto de su parte- igualmente podemos efectuar las siguientes precisiones:

Primero, la mayor o menor concentración de un mercado no está dada por el mecanismo de subasta en sí mismo, sino que por el correcto diseño del mismo a través de los contrapesos adecuados que impidan dicha concentración. Y como primera medida preventiva, una subasta sobre insumos esenciales requiere controlar los llamados incentivos naturales de los actores preexistentes, pues serán estos actores quienes tendrán todo el interés en bloquear el ingreso de mayor competencia al mercado e impedir que la licitación resulte exitosa, desde el punto de vista de la libre competencia.

Así, este H. Tribunal ha señalado, en reiteradas oportunidades, que una subasta que simplemente se efectúe bajo la consideración del mayor precio ofrecido, sin contrapeso alguno, seguramente terminará con una estructura de mercado igual a la actual o, inclusive, más concentrada en beneficio de los actores incumbentes de mayor tamaño<sup>62</sup>. Y es por eso mismo,

---

<sup>61</sup> Vid., ASIPES, p. 23: “[L]a industria chilena de la pesca industrial es tomadora de precios. Esto se debe entre otros factores a la comoditización de la mayor parte de los productos finales, a la estructura de los mercados nacional e internacional (donde el volumen de la producción chilena no está en condiciones de influir decisivamente sobre los precios)”. En el mismo sentido, SONAPESCA, p. 56: “De hecho, 2/3 de la producción nacional de harina y aceite de pescado se exporta y los valores son fijados a nivel mundial, lo que incide en las tarifas que se cobran a nivel nacional, de lo que se sigue que los productores chilenos no tienen capacidad para afectar tales precios”.

<sup>62</sup> Vid. Instrucciones de Carácter General N°1/2006 y Sentencia N°44/2006, ambos de este H. Tribunal. Citados en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010, respectivamente, páginas 11-12 y 22.

que la jurisprudencia de este H. Tribunal ha establecido en varias ocasiones los debidos resguardos para precaver tal nocivo efecto.

Segundo, es por la anterior razón que Lota Protein, de modo consistente con la jurisprudencia de este H. Tribunal y Excma. Corte Suprema<sup>63</sup>, ha señalado que podría establecerse un límite a la participación máxima de los actores en lo que a sus derechos sobre tales insumos esenciales se refiere, u otros criterios de subasta de efectos similares en el mercado. En este caso, ello se cumpliría –de estimarlo el H. Tribunal precedente- al recomendar que una futura regulación contemple la fijación de un tope máximo o límite de acaparamiento de cuotas pesqueras que todos los participantes pudieran adquirir, o algún otro mecanismo con efecto equivalente. De ese modo, se evitaría la tan indeseada (mayor) concentración del mercado pesquero industrial.

Tercero, en este sentido, no debiera descartarse, como mecanismo que promueva una mayor competencia en el mercado, recomendar que la nueva regulación pesquera establezca mecanismos de caducidad de las cuotas de pesca industriales asignadas, en el evento de que las mismas no sean utilizadas durante cierto lapso. De este modo, se evitaría un acaparamiento de este insumo esencial, realizado con el objeto de impedir que terceros accedan a él.

Cuarto, cabe recordar que la afirmación de que las subastas podrían aumentar la concentración del mercado, originalmente provino de las empresas pesqueras industriales interesados en que se les asignen las cuotas a ellos directamente, en desmedro de todos los demás interesados. Quienes pretenden asegurar cuotas para ellos no están preocupados de la concentración del mercado, sino que proteger sus cuasi-rentas de escasez del efecto que tendría la introducción de las subastas.

Si realmente persiguieran maximizar la eficacia asignativa de los mercados concernidos, sin dudas favorecerían que se recomiende que, en la dictación de la ley que suceda a la Ley de Cuotas Máximas se prevea mecanismos de subasta o licitación obligatorios, al menos para parte de las cuotas de que se trate, y de acuerdo con procedimientos y modalidades que maximicen la señalización de precios, requisito éste esencial para propender finalmente a una efectiva transferibilidad de las cuotas de pesca y así a una efectiva entrada de nuevos actores más eficientes en su explotación.

## **POR TANTO,**

**Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pedimos:** tener presente las consideraciones expuestas, al momento de pronunciarse sobre el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 18 N°4 del DL 211.

---

<sup>63</sup> Vid. Informes N°5/2009, N°6/2009 de este H. Tribunal y Sentencia de la Excma. Corte Suprema, causa Rol N°4707-2008, citada en la presentación de Lota Protein de 19 de marzo de 2010; pp.62-63.

**Primer Otrosí:** Con el objeto de ilustrar al H. Tribunal respecto de las materias descritas, acompañamos los siguientes documentos, para ser considerados en la oportunidad correspondiente:

1. Copia del Diario El Mercurio de 28 de abril de 2010, página B22: "Pesqueros condicionan inversiones a renovación de cuotas de captura".
2. Copia del Diario La Tercera de 28 de abril de 2010, página 27: "Grupo Angelini rechaza propuesta de licitar las cuotas de pesca".
3. Copia del Diario Estrategia de 28 de abril de 2010, página 12: "Corpesca: Licitar cuotas permitiría ingreso de 'Aparecidos' a la industria".
4. Copia del Diario Financiero de 28 de abril de 2010, página 7: "Angelini defiende las cuotas de captura para pesqueras tradicionales".
5. Copia del Diario El Mercurio de 10 de mayo de 2010, página B7: "Asipes plantea crear mercado para transferir cuotas de pesca".
6. Copia del Diario La Tercera de 13 de mayo de 2010, página 4: "La necesaria ley de cuotas pesqueras", por Federico Silva presidente de SONAPESCA.
7. Copia del Diario La Tercera de 24 de mayo de 2010, página 4: "Cuotas de pesca y sustentabilidad", por Alex Muñoz, director ejecutivo de Océana.
8. Copia del Diario La Tercera de 15 de mayo de 2010, página 2, sección cartas al Director: "Cuotas de pesca", por Sergio Vera, Presidente Sindicato de Tripulantes Región del Biobío.
9. Copia del Diario Estrategia de 20 de mayo de 2010, página 4: "Presidente Sonapesca: En Industria Pesquera el Mercado Funciona Transando Empresas o Permisos".
10. Copia del Diario La Estrella de Iquique de 9 de junio de 2010, página A-12: "Nuevo Orden Pesquero".
11. Copia del Informe Pre-Final, titulado "Investigación Evaluación Stock y CTP Bacalao de Profundidad", de enero de 2009, preparado por el Instituto de Fomento Pesquero para SUBPESCA.
12. Copia de las páginas pertinentes de los Estados Financieros presentados a la Superintendencia de Valores y Seguros por parte de las empresas Eperva S.A. y sus filiales; Pesquera Iquique-Guanaye S.A. y sus filiales; y, Pesquera Itata S.A. y sus filiales, en que se valorizan sus respectivas cuotas de pesca como indefinidas o perpetuas.

13. Copia de las páginas 191, 192, 193 y 195 del documento elaborado por Dresdner, J., Chávez, C., Villena, M. *et al.* "Evaluación del Impacto de la Aplicación de LMCA en la Estructura de la Industria Extractiva Industrial, en una Perspectiva Histórica", año 2007, en las que se muestra que durante el período inmediatamente siguiente a la asignación efectuada por la Ley de Cuotas Máximas, se produjeron fenómenos de concentración vertical y cuál era la estructura que tenía este mercado al bienio 2004-2005, dividido según zonas geográficas, habiendo pasado ya alrededor de 3 años desde la vigencia de la Ley de Cuotas Máximas.

**Sírvase el H. Tribunal:** tener por acompañados los referidos documentos, para ser considerados en la oportunidad pertinente.

**Segundo Otrosí:** Como antecedente adicional para ser considerado por el H. Tribunal al momento de evaluar la formulación de eventuales recomendaciones al Poder Ejecutivo, acompañamos el informe en derecho elaborado, con fecha 7 de junio de 2010, por el abogado y destacado profesor don Raúl Tavolari Oliveros (el "Informe").

El Informe reviste gran importancia, pues analiza y concluye fundadamente que no es procedente entender aplicable el artículo 27 de la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura ("LGPA") a la fracción de la cuota global de captura fijada para el sector artesanal. De este modo, se controvierte el argumento entregado por la ASIPES, conforme al cual la aplicación del artículo 27 lo sería a la cuota global de captura en su conjunto, y no únicamente a la fracción industrial de la misma<sup>64</sup>. Cabe destacar que igual tipo de argumento se ha emitido en los medios de prensa nacionales<sup>65</sup>.

Adicionalmente, el Informe se refiere brevemente al criterio del inciso 3° del artículo 27 de la LGPA, en lo relativo a permitir el acceso al mercado de los armadores medianos y pequeños.

En términos generales, como se demuestra en el Informe, a pesar de que el artículo 27 de la LGPA sólo se refiere a la cuota global de captura –esto es, sin efectuar ninguna diferencia entre la fracción industrial y aquella prevista para el sector artesanal-, el texto expreso de la LGPA permite concluir con claridad, precisión y seguridad que dicha subasta debe recaer sólo sobre la fracción industrial de la cuota global, respecto de la unidad de pesquería de que se trate.

---

<sup>64</sup> ASIPES, p.44, §4: "[O]curre que la cuota global comprende, como se ha visto, tanto la fracción industrial como la artesanal. Para cualquier persona que conozca las discusiones en torno a la regulación pesquera, resulta absolutamente inviable pretender rematar en pública subasta una porción, aunque sea menor, de la fracción destinada a los pescadores artesanales. Y, sin embargo, eso es precisamente lo que había que hacer para aplicar el artículo 27, tanto porque el texto de la norma es inequívoco al referirse a porcentajes de la "cuota global" como porque resultaría inaceptable que el sistema afecte a un grupo de actores y no a otro, especialmente si se tiene en cuenta que los pescadores artesanales suman alrededor de un 40% de los desembarques del país (...)".

<sup>65</sup> Vid. A modo de ejemplo declaración del Subsecretario de Pesca don Pablo Galilea, publicada en diario La Tercera con fecha 11 de mayo de 2010: "[L]a subsecretaría tiene razones por no licitar. Al ser 5% de la cuota global, se tendría que licitar parte de la cuota artesanal de cada una de las pesquerías y segundo, por la ley de límite máximo de captura, ya no hay que licitar y ahora estamos viendo los temas para ver la forma de aplicarla".

**Sírvase el H. Tribunal:** tener por acompañado el referido informe en derecho, para ser considerado en la oportunidad correspondiente.

**Tercer Otrosí:** Solicitamos tener por acompañado un disco compacto que contiene las versiones electrónicas de esta presentación; del documento acompañado en el segundo otrosí y en los numerales 11, 12 y 13 del primer otrosí. Hacemos presente que los documentos correspondientes al numeral 12 del primer otrosí se acompañan en su versión íntegra.

**Sírvase el H. Tribunal:** tener por acompañado disco compacto con la versión electrónica de esta presentación y la de los documentos pertinentes, para ser considerados en la oportunidad correspondiente.