

“LEY CORTA DE PESCA”: UN PROYECTO DE LEY QUE DESPIERTA INQUIETUDES

- El reemplazo del actual sistema de asignación de licencias de pesca para el sector industrial por uno de subastas ha generado bastante preocupación.
- Y es que la evidencia disponible muestra que en las jurisdicciones en que se han establecido sistemas de subastas o licitaciones no necesariamente se han cumplido los objetivos de promoción de la libre competencia y de eficiencia. En el caso chileno ocurre que la modificación propuesta afectaría los derechos ya adquiridos por los actuales actores, toda vez que desconoce que estos adquirieron licencias por 20 años, renovables.
- En caso de insistir en un sistema de subastas para las asignaciones de las cuotas pesqueras industriales, debería estudiarse la posibilidad de prolongar la duración de las licencias más allá de 20 años, considerando las inversiones que exige una actividad de este tipo y como contrapeso a la no renovación.

El reemplazo del actual sistema de asignación de licencias de pesca para el sector industrial por uno de subastas -que propone el proyecto de ley conocido como Ley Corta de Pesca que se tramita en el Congreso Nacionalⁱ- genera bastante preocupación. Por un lado, no hay evidencia de que existan razones relacionadas con la promoción de la libre competencia ni la eficiencia para establecer un sistema de licitaciones. Por otro, la modificación propuesta adolece de posibles vicios de constitucionalidad, por cuanto afectaría los derechos ya adquiridos por los actuales actores, al desconocer que estos adquirieron licencias por 20 años, renovables.

ANTECEDENTES HISTÓRICOSⁱⁱ

La regulación pesquera vigente ha sido fruto de un proceso de cambio continuo, no exento de complicaciones. Para evitar la sobreexplotación de los recursos pesqueros, se han implementado en Chile diversos tipos de regulaciones. En un momento se establecieron limitaciones a la captura de los recursos pesqueros, como las vedas, temporadas de pesca, etc. Luego, en los años 80, se fijaron cuotas globales de captura y restricciones de acceso en algunas pesquerías. Posteriormente, en la década de los 90, se restringió el acceso en todas las pesquerías en plena

explotación, y se creó el registro pesquero artesanal e industrial donde era necesario inscribirse.

Durante la década de los 90 se gatilló la denominada “carrera olímpica”, esto es, que cada armador intentaba capturar el máximo posible antes que lo hiciera su vecino, lo que generó muchas ineficiencias y terminó por llevar los recursos pesqueros a una condición de sobreexplotación y deterioro del sector pesquero en general. Para revertir dicha situación, se impulsó un cambio regulatorio muy relevante para adoptar Cuotas Individuales Transferibles (CIT) similares a las existentes en Islandia y Nueva Zelanda, países pesqueros al igual que Chile. Así, en el año 2001, después de mucho debate, mediante la Ley Nº 19.713, se instauraron los Límites Máximos de Captura por Armador (LMCA) vinculados a la nave y de 10 años de duración. Los LMCA correspondían a un determinado porcentaje de la fracción industrial de la cuota global de captura que se asignaron en base a desembarques históricos y capacidad de bodega, transferibles junto con la nave y la autorización de pesca respectiva.

DERECHOS DE PESCA INDUSTRIALES EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN

En el contexto del término de vigencia de los LMCAⁱⁱⁱ, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) inició de oficio -tras declarar inadmisibles una consulta presentada por la empresa noruega Lota Protein^{iv}-, un Expediente de Recomendación Normativa con el objeto de analizar la conveniencia de proponer la dictación de una normativa destinada a promover la libre competencia y regular el ejercicio de la actividad pesquera. Dicho procedimiento -en el que participaron diversas autoridades, agentes económicos y actores interesados- derivó en una proposición que dispuso que la nueva regulación contemplara cuotas individuales de pesca para el sector industrial, plenamente transferibles, divisibles, indefinidas y separadas de la nave^v.

Dicha propuesta fue incorporada en el proyecto de ley que ingresó el Ejecutivo en diciembre de 2011, el que fue aprobado a fines de 2012 tras un año de ardua discusión y negociación (Ley Nº 20.657^{vi}). Así, tras la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.657, la actividad pesquera industrial se desarrolla bajo un régimen de licencias transables de pesca (LTP) de largo plazo, que reconoce los derechos históricos, pero incorpora el mecanismo de licitaciones para una parte de la cuota pesquera industrial. Estas LTP se dividen en dos clases:

1. **LTP clase A:** continuadoras de las LMCA y se asignan por criterio histórico como porcentaje de la cuota industrial. Tienen una duración de 20 años, renovables en la medida que no se incurra en alguna de las causales de no renovación o caducidad (que incluye aspectos ambientales, pesqueros y laborales). Dichas LTP son además plenamente transferibles, se otorgan en forma separada de la nave, son divisibles y susceptibles de todo negocio jurídico, lo que profundiza el mercado secundario de estas licencias, favoreciendo la asignación eficiente de los recursos.
2. **LTP clase B:** resultan de la subasta de un porcentaje máximo de 15% de las LTP clase A, que se gatillan a razón de 5% cuando la pesquería se encuentra a un 90%, 95% y 100% del rendimiento máximo sostenible^{vii}. Su duración es de 20 años, sin renovación.

De este modo, con la nueva ley, se transitó desde una regulación transitoria de 10 años (Ley Nº 19.713) a una regulación que establece derecho de propiedad de 20 años, renovables en la medida que el titular, arrendatario o mero tenedor de la LTP que solicite la renovación no haya incurrido en las infracciones indicadas en la ley.

MODIFICACIONES SUGERIDAS POR LA LEY CORTA DE PESCA

El proyecto de ley ingresado en mayo de 2018 por el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, más conocido como Ley Corta de Pesca, además de introducir modificaciones tendientes a combatir la pesca ilegal, reemplaza el sistema actual de asignación de licencias transables de pesca establecidas para el régimen de acceso a la actividad pesquera industrial por un sistema de subastas. Las nuevas LTP no tendrán indicación de clase, ya que se originarán en su totalidad en subastas que serán reguladas por un Reglamento. Asimismo, se otorgarán por una duración de 20 años, sin renovación, eliminándose la regulación del procedimiento y requisitos de renovación contemplado para las LTP clase A.

En las normas transitorias del proyecto de ley se establece que al término de la vigencia original de las LTP clases A y B ya otorgadas, se realizarán las subastas de conformidad al procedimiento contemplado en la ley, eliminándose así la distinción entre ambas licencias y la posibilidad de renovación.

DESVENTAJAS DE UN SISTEMA DE LICITACIONES

La Ley Corta de Pesca propone entonces modificar el actual sistema de asignación de licencias de pesca para el sector industrial por uno de subastas, ello con el objeto

de permitir la entrada de nuevos actores. Cabe recordar que la propuesta de licitaciones ya ha sido arduamente debatida con anterioridad. En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 20.657, este tema se discutió profusamente y se llegó precisamente a la conclusión de que no era conveniente adoptar un sistema de licitaciones como norma general, la que no ha variado en estos años por las razones que mencionamos a continuación:

1. **La experiencia internacional no avala un sistema de licitaciones:** son muy pocos los países que han adoptado un sistema de subastas para la asignación de cuotas pesqueras, y al mismo tiempo, han sido experiencias poco exitosas. Ejemplos de estos son Rusia y Estonia, los cuales el año 2000 adoptaron un sistema de subastas con el objeto de recaudar más recursos para el Estado, pero pocos años más tarde tuvieron que abandonar dichos sistemas precisamente por los malos resultados económicos de las compañías pesqueras y el aumento de la pesca ilegal. Asimismo, en Chile, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.657, fueron muy excepcionales los casos de subasta -para pesquerías más pequeñas como el bacalao de profundidad, *orange roughy*, langostino amarillo y langostino colorado-, y sus resultados demostraron altos niveles de concentración^{viii}.
2. **No existen suficientes razones de libre competencia ni de eficiencia para establecer un sistema de licitaciones:** un sistema de licitaciones no contribuye necesariamente a la entrada de nuevos actores. Ello, por cuanto es difícil que varíe la composición de actores que hoy operan en el mercado. Estos actores han realizado inversiones en capital específico, las cuales por su carácter de costo hundido (en caso de salir del mercado) hacen que los actores tengan una mayor disposición a pagar por las licencias subastadas que los posibles nuevos actores que ingresan al sistema. De esta manera, no es claro que las subastas disminuyan la concentración del mercado.

Lo anterior ha sido confirmado por expertos en la materia y por el mismo TDLC, en su recomendación normativa de enero de 2011. Este último indicó que *“en cuanto a la argumentación de la necesidad de subastar o licitar al menos parte de la cuota global anual en unidades de pesquería sujetas a LMCA, para efectos de evitar riesgos de conductas anticompetitivas, el análisis desarrollado por este Tribunal permite arribar a la convicción de que, desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, no es estrictamente necesario implementar un mecanismo de este tipo para asignar cuotas de pesca”*^{ix}.

En el mismo sentido, así lo reveló el Informe “Cuotas de Pesca y Libre Competencia”, realizado por Juan Pablo Montero (2010) y presentado ante el TDLC donde se concluyó que existe competencia tanto en el mercado de cuotas de pesca, como en el mercado del producto final, y que no se presentan problemas en materia de eficiencia asignativa ni productiva. En dicho informe, Montero concluye que: *“(...) desde el punto de vista de libre competencia no hace diferencia si la asignación de las cuotas individuales se realiza en base a capturas históricas o vía subasta. La ventaja inicial que consigue una subasta desaparece rápidamente: uno, porque los costos relativos de las empresas cambian y se requiere de nuevas transacciones, o dos, porque aun si los costos relativos no cambian, la libre transferibilidad permite acercarse al resultado de la subasta, si es eficiente, desde cualquier asignación inicial”^x.*

3. **Un mecanismo de licitaciones importa un deterioro de la calidad de los derechos de explotación que tiende a afectar las decisiones de inversión y de manejo sustentable del recurso pesquero:** el desarrollo sustentable de las pesquerías y la conservación del recurso solo es posible cuando existe un horizonte de participación y planificación de largo plazo. *“Un sistema de licitaciones transforma la actividad en un negocio de riesgo y de horizonte acotado, que afecta a la actividad pesquera, las industrias conexas y los trabajadores”^{xi}.* En otros términos, las subastas contribuyen a la incertidumbre, disminuyendo los incentivos para proteger los recursos e invertir.

ELIMINACIÓN DE LA RENOVACIÓN DE LAS LTP: PROBLEMAS Y POSIBLES VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD

Junto con modificar el sistema de asignación de cuotas pesqueras industriales, el proyecto elimina la posibilidad de renovación de las LTP, otorgada por la Ley Nº 20.657. Ello es contrario a las recomendaciones efectuadas por el TDLC y afecta, a nuestro juicio, gravemente los derechos de propiedad de los actuales operadores.

Al respecto, vale la pena recordar que el mismo TDLC en su Proposición Nº12 llegó a la conclusión que *“para mejorar el funcionamiento del mercado de intercambio de cuotas de pesca, se requiere establecer cuotas individuales de pesca de mayor duración que la actual, no descartándose incluso que éstas sean indefinidas. En caso que no se opte por hacerlas indefinidas, es recomendable que los actores del mercado sepan con anticipación y certeza, y desde que se les asignen dichas cuotas, cuál será el mecanismo de reasignación de las mismas a su vencimiento”^{xii}.* Es por ello que el proyecto de ley original -que culminó con la dictación de la Ley Nº 20.657-

estableció que las licencias de pesca fueran de duración indefinida. Sin embargo, durante el debate se optó por licencias de 20 años renovables, a menos que concurriese alguna causal específica de caducidad. En la misma línea, en todos los países OCDE, los derechos de pesca son indefinidos o periódicamente renovables.

Por otro lado, existen posibles vicios de constitucionalidad aparejados a las modificaciones que se plantean. En primer lugar, podría argüirse que la renovación es de la esencia de la asignación y nació junto a la autorización de pesca, de modo tal que la modificación propuesta es contraria al derecho de propiedad que tienen los armadores sobre sus cuotas pesqueras. De acuerdo a la LGPA, las LTP clase A son *“licencias temporales que se otorgarán por un plazo de 20 años renovables”*^{xiii}. Dicha renovación, por lo demás, no está sujeta a la voluntad de la autoridad, por cuanto, según dispone la misma ley, las licencias se renuevan en la medida que el titular, arrendatario o mero tenedor de la LTP que lo solicite, no haya incurrido en ciertas infracciones indicadas en la misma ley. A mayor abundamiento, y precisamente para resguardar los derechos de propiedad de quienes tenían autorizaciones de pesca indefinidas vigentes al 31 de diciembre de 2012, es que la Ley N° 20.657 les otorgó la opción de conservar esa autorización o bien ingresar al sistema de licencias clases A y B^{xiv}, dejándose constancia de ello en la historia de la ley.

COMENTARIOS FINALES

Sin perjuicio de las posibles desventajas y dudas que podría generar la adopción de un sistema de licitaciones y de los posibles vicios de constitucionalidad de los que puede adolecer el proyecto, en cualquier caso el sistema de subastas tal como está propuesto debiera revisarse, en especial, la duración de veinte años que se propone para las licencias sin posibilidad de renovación. Lo anterior, por cuanto no hay que olvidar que el sistema vigente contempla licencias transables de pesca de veinte años de duración, renovables, de tal manera que la propuesta afecta los derechos adquiridos por los titulares de las autorizaciones de pesca. Por otra parte, la duración de las licencias tiene un impacto en la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, que es uno de los objetivos principales perseguidos por la Ley N°20.657, positivamente valorada por la FAO^{xv}.

En este sentido, y en el evento de insistir en un sistema de subastas para las asignaciones de las cuotas pesqueras industriales, debería estudiarse la posibilidad de prolongar la duración de las licencias más allá de 20 años, considerando las inversiones que exige una actividad de este tipo y como contrapeso a la no renovación.

ⁱ Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, con el que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en lo relativo a las licencias transables de pesca e incorpora normas para prevenir la pesca ilegal (Boletín Nº 11.704-21, fusionado con tres mociones: Boletines Nºs 7.926-03, 10.190-21 y 11.642-21).

ⁱⁱ Ver también con más detalle en Serie Informe Económico (octubre 2015 252ISSN 0717 – 1536). Ley de Pesca Nº 20.657 y misceláneas: Avances y Desafíos en su Implementación, de Mónica Ríos Brehm.

ⁱⁱⁱ De acuerdo al artículo 23 de la Ley Nº 19.713, la vigencia de los LMCA regiría hasta el 31 de diciembre de 2012.

^{iv} La empresa solicitaba que el Subsecretario de Pesca aplicara el artículo 27 y subastara el 50% de la cuota global de captura, lo que fue declarado inadmisibile por el TDLC. (Rol NC-379-10).

^v Proposición Nº12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros”, de 27 de enero de 2011. (Rol ERN 12-10, TDLC).

^{vi} Ley Nº 20.657, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley general de pesca y acuicultura contenida en la ley n°18.892 y sus modificaciones, publicada el 9 de febrero de 2013.

^{vii} La LGPA define “Rendimiento máximo sostenible”, como el mayor nivel promedio de remoción por captura que se puede obtener de un stock en forma sostenible en el tiempo y bajo las condiciones ecológicas y ambientales predominantes.

^{viii} Ver también en Reseña Legislativa Nº 1346, de 24 de agosto de 2018.

^{ix} Proposición Nº12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros, ob. cit., Considerando 160.

^x Montero, Juan Pablo. “Cuotas de Pesca y Libre Competencia: Consideraciones para la Nueva Ley de Pesca”, Estudios Públicos, 127 (invierno 2012), p. 48-49.

^{xi} Serie Informe Económico Nº 228. “Nueva Ley de Pesca: Mejores Reglas, Ganancias de Pescadores”, de Susana Jiménez (Enero 2013), p.16.

^{xii} Proposición Nº12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros”, ob. cit., Considerando 164.

^{xiii} Artículos 26 A y 27 de la LGPA.

^{xiv} Artículo 2º transitorio Ley 20.657.

^{xv} <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/449264/>