

C.P.C. N° 1096

ANT.: Denuncia de la Unión Comunal
de Vecinos de Punta Arenas. Rol N°
233-99 FNE

MAT: Dictamen.

SANTIAGO, 28 ENE 2000

1. El 24 de junio de 1998 la Unión Comunal de Juntas de Vecinos de Punta Arenas, representada por don José Hernández Villarroel, hizo una presentación al Fiscal Regional Económico basada en un documento periodístico de la empresa American Seafoods – Pesquera Yelcho Chile. El Sr. Hernández sostiene que "... de ser efectivas las declaraciones del Sr. Representante de la Empresa no cabe duda que estamos frente a una conducta que se constituye en monopólica, y la que debe ser investigada por la H. Comisión."

En presentación posterior, del 24 de septiembre de 1998, el mismo Sr. Hernández solicita una cantidad de diligencias, luego de precisar que su denuncia se refiere a los "... actos contrarios a la libre competencia y que pueden constituir abusos de una posición monopólica por parte de las Empresas Pesca Chile S.A., Friosur y Emdepes, al oponerse éstas al ingreso del buque surimero American Monarch de propiedad de la Empresa Pesquera Yelcho S.A."

2. El 8 de marzo de 1999 el Fiscal Regional Económico oficia a la Jefa Regional del Servicio Nacional de Pesca solicitando antecedentes, bajo el Antecedente "Investigación de Comisión Preventiva Regional Económica, sobre situación y conductas comerciales de Friosur, Emdepes y autoridades sectoriales, por negativa en perjuicio discriminatorio de Pesquera Yelcho S.A., para el ingreso a la captura y el mercado de la merluza tres aletas y de cola."

En el texto del oficio, el Fiscal Regional sostiene que la preocupación de la Comisión se origina en la pérdida de una potencial fuente de mano de obra y de medios para el desarrollo regional y, por otra parte, que la materia de la investigación "... afecta directamente los intereses de esta región, cuya competencia y transparencia de libre mercado corresponde cautelar a los órganos antimonopolios regionales."

Complementando el Oficio al mismo Director Regional de Pesca con fecha 10 de marzo de 1999, el Fiscal Regional habla de la "... investigación por eventual discriminación económica en contra de Pesquera Yelcho S.A., consistente en el otorgamiento de autorización a Friosur y Emdepes para efectuar investigación científica de merluza de tres aletas y de cola, en circunstancias que tal permiso estaría amparando la exportación de estas especies en volúmenes industriales."

3. El 26 de abril de 1999 el Fiscal Regional oficia al Jefe Zonal del Instituto de Fomento Pesquero bajo el antecedente "Investigación seguida por denuncia ante

Fiscalía Regional Económica, por procedimientos de transferencia de captura de merluza, hecha con fines de investigación científica, sin licitación pública ni información al mercado.”

En el número uno del texto del oficio habla de la denuncia por posible atentado a la libre competencia por parte de las empresas Emdepes y Friosur.

4. Con fecha 28 de abril de 1999 una organización distinta a la denunciante, el Sindicato Interempresas de Tripulantes y Oficiales de Naves Nacionales, Extranjeras y Ramos Similares, adjunta copia de una carta que el ex-presidente de esa organización envió al Presidente de la República en septiembre de 1997 y propone que sea parte del expediente de la investigación.

Este documento contiene fuertes críticas genéricas a la gestión de la Subsecretaría de Pesca y le atribuye decisiones discriminatorias, particularmente en lo que se refiere al otorgamiento de autorizaciones de pesca y la declaración de caducidad de las mismas en ciertas circunstancias.

5. El 14 de mayo de 1999 el Instituto de Fomento Pesquero evacúa el informe solicitado en el número tres anterior.

En lo referido a la investigación pesquera, sostiene que no existe en nuestro país un barco distinto del “Unionsur” de la empresa Emdepes que posea las características técnicas ni las instalaciones de planta y procesamiento abordo para llevar adelante las faenas de pesca de investigación de la merluza de cola y tres aletas.

En el tema de la transferencia de la captura, sin licitación ni información al mercado, el informe distingue al Instituto de Fomento Pesquero como el solicitante de la pesca de investigación ante la Subsecretaría de Pesca, del armador del buque que es la empresa Emdepes que debe cumplir los requisitos legales para desarrollar actividades pesqueras extractivas, asumir los costos y riesgos de la misma, empresa que se hace dueña del producto de las capturas logradas en el crucero. El informe expresa textualmente:

“Nunca las capturas fueron o llegaron a ser del solicitante o de “la persona responsable a cargo de la pesca de investigación”, por lo jamás existió ni ha existido una transferencia de dominio, una enajenación y/o una disposición patrimonial del solicitante y/o de la persona responsable a cargo de la pesca de investigación en beneficio del “armador pesquero”, quien de conformidad a la ley es quien se hace dueño del producto de la pesca que se obtenga producto de las faenas de pesca de investigación ...”

“Lo anterior sólo viene a demostrar claramente que el IFOP, al no ser ni haber sido jamás dueño de las capturas obtenidas producto de estas actividades marítimas y pesqueras de investigación, no ha podido ni pudo disponer, enajenar ni ejecutar “procedimientos de transferencia” alguno de las especies capturadas y con esto afectar de alguna manera los principios de la libre competencia cuya tutela en materia de protección se encuentra a su cargo.”

6. Con fecha 19 de mayo de 1999 el Fiscal Regional Económico, por acuerdo de la Comisión Preventiva Regional del 23 de marzo de 1999, remite oficio a esta Comisión con los antecedentes acumulados y solicita continuar la indagación de las actividades denunciadas.

La suma del oficio del Fiscal Regional es “Investigación de la Fiscalía Regional y Comisión Preventiva Regional Económica, XII Región, por denuncia en contra de empresas pesqueras Emdepes y Friosur, como también en contra de autoridades

sectoriales, por discriminación económica y exportación masiva de recurso hidrobiológico capturado con autorización de pesca con fines científicos.”

En el texto del oficio el Fiscal Regional precisa el alcance de la denuncia, que se resume en los siguientes puntos:

- a) La denuncia fue formulada por la Unión Comunal de Juntas de Vecinos de Punta Arenas.
 - b) La denuncia es en contra de la Subsecretaría de Pesca, por autorización discriminatoria de pesca de las especies merluza de cola y merluza de tres aletas.
 - c) También se denuncia eventuales irregularidades del Instituto de Fomento Pesquero por la transferencia comercial de toda la captura de las referidas especies, realizada en beneficio de determinados particulares, omitiendo el proceso de licitación pública.
 - d) Expresa el Fiscal Regional que, “en síntesis”, se trata del “esclarecimiento de una posible discriminación económica en perjuicio de Pesquera Yelcho S.A., por la negativa de la Subsecretaría de Pesca para autorizar la operación en Chile del buque surimero “American Monarch”, cuyo proyecto perseguía la captura de la merluza de tres aletas y de cola para el procesamiento, la elaboración y ulterior exportación del producto alimenticio llamado surimi.”
 - e) Separadamente el Fiscal Regional menciona situaciones “... indispensables de esclarecer, en particular, las operaciones de transferencias contractuales del producto de la pesca de investigación, entre instituciones públicas y particulares...”, ahondando posteriormente en el tema señalando que se deben “... puntualizar todas las situaciones que tengan relación con la discriminación económica imputada por la organización denunciante, en especial el fundamento del Instituto de Fomento Pesquero para omitir el llamado a licitación pública, para la transferencia comercial a sociedades privadas de la captura científica de las especies referidas.”
7. De todos los antecedentes expuestos, y contenidos en el expediente enviado por el Fiscal Regional de la XII Región, se derivan al menos tres enfoques de análisis de los mismos referidos a los siguientes temas:
- a) Regulación legal del acceso a la actividad pesquera.
 - b) Materia de la denuncia y procedimientos seguidos en la investigación.
 - c) Mérito de los antecedentes para configurar la discriminación económica y otras prácticas denunciadas.

Cada uno de estos temas se desarrollará en los puntos siguientes de este informe.

8. Regulación legal del acceso a la pesca.

El Decreto Supremo N° 430 de 1991 fijó el texto refundido de la ley N° 18.892 y sus modificaciones contenidas en las leyes N° 19.079 y N° 19.080, ambas de 1991, como Ley General de Pesca y Acuicultura. En su artículo primero fija su alcance con el siguiente texto:

“A las disposiciones de esta Ley quedará sometida la preservación de los recursos hidrobiológicos, y toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura, de investigación y deportiva, que se realice en aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva de la República y en las áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales.”

“Quedarán también sometidas a ellas actividades pesqueras de procesamiento y transformación, y el almacenamiento, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos.

“Lo dispuesto en los dos incisos anteriores se entenderá sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes o de los convenios internacionales suscritos por la República, respecto de las materias o especies hidrobiológicas a que ellos se refieren.”

El Título III de esta ley regula detalladamente el acceso a la actividad pesquera extractiva industrial y los requisitos que deben cumplirse para obtener autorizaciones de pesca, debiendo analizarse cada solicitud conforme al régimen de administración que se aplica a cada pesquería. En particular, las autorizaciones de pesca se otorgan por resolución de la Subsecretaría de Pesca, resoluciones que al otorgar o denegar lo solicitado pueden ser impugnadas en sede jurisdiccional.

Se configura, por tanto, una situación en que la negativa de autorización de pesca debe calificarse en cuanto a su legalidad de acuerdo a esta normativa especial, y, previendo la propia Ley General de Pesca y Acuicultura situaciones en que transitoriamente se congela el otorgamiento de nuevas autorizaciones, no procede ningún análisis de “discriminación económica” por el hecho de que algunas empresas sean titulares de una autorización y otras no lo sean. Evidentemente la ilegalidad y la arbitrariedad son situaciones que se pueden discutir en las instancias administrativas y judiciales pertinentes, que en este caso nada tienen que ver con la defensa de la libre competencia.

9. Materia de la denuncia y procedimientos seguidos en la investigación.
- a) Al tenor del expediente, en el curso de la investigación ha ido cambiando la supuesta conducta anticompetitiva denunciada. En la misma secuencia temporal de los antecedentes, se habría ido definiendo la materia de fondo en diversas formas:
- i) Abusos de posición monopólica por parte de empresas Pesca Chile, Friosur y Emdepes por oponerse éstas al ingreso del buque surimero American Monarch de propiedad de Pesquera Yelcho.
 - ii) Eventual discriminación económica por parte de la Subsecretaría de Pesca en contra de Pesquera Yelcho, al no autorizar la operación en Chile del buque American Monarch.
 - iii) Otorgamiento de autorización a Friosur y Emdepes para efectuar investigación científica, conjuntamente con el hecho de que se estarían exportando las especies producto de la captura.
 - iv) Procedimientos de transferencia de captura, por parte del Instituto de Fomento Pesquero, sin licitación pública ni información al mercado.

b) Informes solicitados en la investigación:

Es importante destacar cuáles son las partes que han participado en esta investigación y cuáles no lo han hecho. Por su propia iniciativa hizo la denuncia la Unión Comunal de Juntas de Vecinos de Punta Arenas y posteriormente hizo una presentación el Sindicato de Tripulantes y Oficiales de Naves Nacionales, Extranjeras y Ramos Similares. Por petición de informe realizada por el Fiscal Regional Económico también hay documentos emitidos por el Servicio Nacional de Pesca y por el Instituto de Fomento Pesquero.

No obstante la materia de la investigación, no aparece la Empresa Pesquera Yelcho que sería la eventualmente perjudicada por las conductas denunciadas.

Llama poderosamente la atención que ello no ocurra, especialmente al tenor de los antecedentes acompañados por la Unión Comunal de Vecinos denunciante en los que el representante de la empresa en Chile afirma que Pesquera Yelcho es parte de un grupo de empresas que tiene por alrededor de dos billones de dólares americanos, y que proyectaba exportar desde Chile veinticinco a treinta y cinco millones de dólares anuales. Tampoco hubo un requerimiento de informe a la empresa supuestamente perjudicada en el curso de la investigación.

Asimismo, las tres empresas denunciadas, Pesca Chile, Friosur y Emdepes, tampoco fueron notificadas de la denuncia ni se les pidió antecedentes a fin de establecer las bases de los hechos denunciados.

En el caso de la Subsecretaría de Pesca, no se le pidió informe y ello puede obedecer a que el ámbito de su competencia obliga a tratar este caso en la Comisión Preventiva Central a la que se le remitieron los antecedentes.

Por último, hay un cambio que no aparece del todo fundamentado. Se inicia la denuncia contra las tres empresas mencionadas y cuando se manda a la Comisión Preventiva Central se denuncia sólo a dos de ellas, además del Instituto de Fomento Pesquero y la Subsecretaría de Pesca.

10. Mérito de los antecedentes para configurar los hechos denunciados.

- a) Abusos de posición monopólica por parte de las empresas Pesca Chile, Friosur y Emdepes.

Ningún antecedente contenido en la investigación sugiere que ello haya ocurrido, salvo las afirmaciones de la Unión Comunal de Vecinos denunciante. En el curso del proceso no se generan las preguntas centrales a las cuales deberían responder las empresas aludidas, como tampoco fueron requeridas para opinar en general.

Más aún, lo más preciso que se indica en la denuncia es que esas empresas se habrían opuesto al ingreso de la nave de Pesquera Yelcho y, de hecho, aparece un recurso de protección de Friosur y Emdepes en contra de una decisión del Ministro de Economía que incidiría en este asunto. En todo caso, siendo la decisión correspondiente propia de la Subsecretaría de Pesca, el hecho de que haya quienes aprueben y quienes critiquen la decisión que ella toma resulta irrelevante. Más aún, no puede sostenerse la tesis de que la presentación de un recurso de protección por parte de un particular es una conducta que atenta contra la libre competencia.

- b) Discriminación económica de la Subsecretaría de Pesca en contra de la Pesquera Yelcho, al rechazar el ingreso de su buque American Monarch.

Como se señala en el punto número ocho anterior, la decisión de la Subsecretaría de Pesca sobre cada solicitud debe basarse en la aplicación de la Ley General de Pesca y Acuicultura y no se aplica en este caso el argumento de la discriminación. Si éste llegara a aplicarse en su forma más primitiva, se llegaría a que a todos se debe autorizar por el solo hecho de que hay otro autorizado con anterioridad, con lo cual se agotan los recursos pesqueros; o bien porque se niega la autorización a una empresa se le debe negar a todas, con lo cual no se aprovechan los recursos pesqueros para el desarrollo nacional. Lo que procede en este caso es calificar, en la jurisdicción que corresponde, el hecho en cuestión.

De hecho, Pesquera Yelcho S.A. recurrió de protección en contra del Subsecretario de Pesca y del Ministro de Economía por la denegación de la solicitud de sustitución de otras naves por la nueva nave American Monarch. El recurso fue presentado en la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 12 de septiembre de 1996, y rechazado por la unanimidad de esa Iltma, Corte el 19 de mayo de 1997. De igual manera, la Corte Suprema por unanimidad el 19 de noviembre de 1997, confirmó la sentencia apelada.

Es decir, Pesquera Yelcho S.A. hizo uso de los recursos judiciales para presentar su caso, y se confirmó la plena legalidad de las actuaciones de la Subsecretaría de Pesca.

Por lo tanto, carece de todo fundamento el que, sin la comparecencia de la propia Pesquera Yelcho S.A., en junio de 1998 una Unión Comunal de Vecinos formule una denuncia en contra de la Subsecretaría de Pesca por no autorizar la nave bajo el amparo del Decreto Ley N° 211.

- c) Autorización a Friosur y Emdepes para efectuar investigación científica, conjuntamente con el hecho de que estarían exportando el producto de las capturas.

La única autorización de pesca de investigación que se incluye en el expediente está contenida en la Resolución N° 52 de 17 de enero de 1995, otorgando tal autorización al Instituto de Fomento Pesquero. A su vez, la resolución indica que el Instituto de Fomento Pesquero utilizará la nave Unionsur, de propiedad de la empresa Emdepes, en esta investigación.

Los antecedentes indican que la nave Unionsur se encuentra autorizada para desarrollar actividades pesqueras sobre las especies materia de la investigación, y que, aunque así no lo fuera, puede ser habilitada para ello conforme a las disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

Es fundamental distinguir, tal como lo informa el Instituto de Fomento Pesquero, la entidad de investigación que recibe la autorización, de los medios físicos con que se realiza, que incluye el uso de un buque pesquero de una empresa. De esta manera, la entidad de investigación debe responder por la realización del estudio y la entrega de sus resultados, y la normativa contempla también la posibilidad de aprovechar las capturas una vez cumplidos los objetivos del estudio. Desde este punto de vista, resulta irrelevante si esos productos se consumieron en Chile o si se exportaron, resultando en todo caso totalmente irrelevante desde el punto de vista de la protección de la libre competencia.

De la presentación del denunciante podría deducirse un reclamo por el hecho que el Instituto de Fomento Pesquero no otorgó la misma posibilidad de participar en la investigación a la Empresa Pesquera Yelcho. Ello queda respondido con la afirmación de que el único buque apto disponible era el Unionsur, ya que no consta ni que hubiera una solicitud ni expresión de intenciones de Pesquera Yelcho al Instituto de Fomento Pesquero, como también por el hecho de que el buque American Monarch nunca estuvo en Chile.

Por último, si el tema a analizar fuera el hecho mismo de que la Subsecretaría de Pesca haya autorizado una pesca de investigación al Instituto de Fomento Pesquero, los reclamos que pudieran plantearse se tratan habitualmente en un recurso de protección o en instancias administrativas, ya que, al menos directamente, no inciden en materias de libre competencia.

- d) Procedimiento de transferencia de captura, por parte del Instituto de Fomento Pesquero, sin licitación pública ni información al mercado.

Del informe enviado por el Instituto de Fomento Pesquero se concluye que tales "transferencias de captura" no existen, de acuerdo a lo citado en el numeral cinco anterior. Naturalmente la declaración de una parte podría ser desmentida con otros antecedentes, pero en este caso particular no existe ningún fundamento para sostener lo contrario.

Aunque el hecho básico de la denuncia no existe, hay que agregar que no se ha analizado ningún criterio general según el cual una persona jurídica deba realizar sus ventas bajo la modalidad de licitación pública o que deba "informar al mercado" en cierta forma no definida.

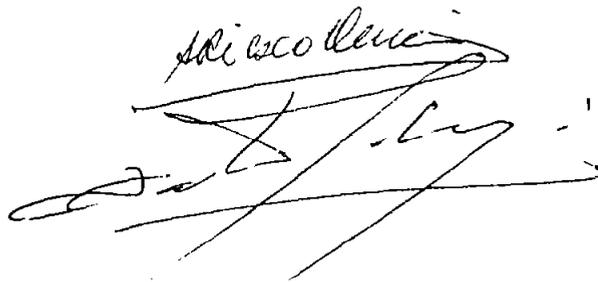
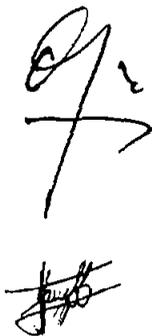
Por lo tanto, es forzoso concluir que esta parte de la denuncia es sólo un enunciado que fue desmentido por el afectado y que no se aporta ningún elemento para insistir en él.

11. En mérito de todo lo anterior, es opinión de esta Comisión Preventiva Central que la denuncia remitida por la Comisión Preventiva Regional de la XII Región debe desestimarse en todas sus partes.

Asimismo, esta Comisión formula una prevención a la Comisión Preventiva Regional de la XII Región, en torno al hecho de que se ha realizado una larga investigación en la que no ha comparecido la empresa supuestamente perjudicada, y tampoco se escuchó a las empresas que según las afirmaciones del tercero denunciante habrían incurrido en prácticas ilícitas desde el punto de vista de la competencia. Estas situaciones permitirían cuestionar la forma de accionar de los órganos de defensa de la competencia que, bajo estos procedimientos, más que cumplir su función serían meros instrumentos de conflictos entre particulares en un ámbito distinto al que fija el Decreto Ley N° 211.

Notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal Nacional Económico. Transcribese al Sr. Fiscal Regional Económico y a la Comisión Preventiva Regional, ambos de la XII Región.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 28 de Enero del año 2000, de la Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes Sra. Sylvia Riesco Nervi, Presidenta Subrogante, y los señores Claudio Juárez Muñoz, José Yañez Henríquez, Rodemil Morales Avendaño y Carlos Castro Zoloaga.




PAOLA HERRERA FUENZALIDA
Secretaria - Abogado
Comisión Preventiva Central