**MINUTA**

**NUEVO ART. 27 A LA LEY CORTA DE PESCA**

**(Boletín N° 11.704-21, refundido con 10.190-21, 11.642-21 y 7.926-03)**

**Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado**

1. **Antecedentes**

En el marco de la discusión del proyecto de ley que “modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura[[1]](#footnote-1), en lo relativo a las licencias transables de pesca e incorpora normas para prevenir la pesca ilegal” (Boletín N° 11.704-21, refundido con 10.190-21, 11.642-21 y 7.926-03), se encuentra pendiente la aprobación de uno de los incisos del nuevo artículo 27.

“La Subsecretaría aprobará mediante resolución exenta las bases administrativas de la subasta, las que deberán ser remitidas por única vez a la Fiscalía Nacional Económica, para que, en el plazo de treinta días contado desde su recepción, emita un pronunciamiento al respecto, dando cuenta del cumplimiento del objetivo de promoción de la libre competencia establecido en el inciso cuarto del presente artículo. Recogiendo lo anterior, la Subsecretaría elaborará un modelo de Bases de Licitación Tipo, el que incorporará las recomendaciones efectuadas por la Fiscalía Nacional Económica.”

Sobre este punto, se ha discutido el órgano idóneo de la consulta previa de las bases administrativas, planteando la posibilidad de asignar dicha facultad al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“Tribunal” o “TDLC”), en vez de la FNE, por estimar que ésta podría no ser un órgano imparcial, habida cuenta de su supuesta dependencia del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (el “Ministerio”).

1. **Facultades FNE y TDLC**

La institucionalidad de libre competencia en Chile está conformada por la FNE, el TDLC y la Corte Suprema. La normativa aplicable es el DL N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (“DL N° 211”).

1. **FNE**

La FNE es la agencia encargada de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena. Es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, que se encuentra sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio. Su dirección corresponde al Fiscal Nacional Económico, quien es nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos del sector público. Dura cuatro años en su cargo, pudiendo ser reelegido por un nuevo período. A diferencia de otros cargos nombrados bajo el Sistema de Alta Dirección Pública, el cese de funciones del Fiscal Nacional Económico se rige por las reglas que señala el artículo 33 del DL N° 211, no pudiendo ser libremente removido por el Presidente de la República.

Las atribuciones y deberes de la FNE están establecidos en el artículo 39 del DL N° 211. Entre ellas se encuentran la de instruir investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley; actuar como parte, representando el interés general en el orden económico ante el TDLC; velar por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el TDLC; emitir informes en causas contenciosas en las que no sea parte y suscribir acuerdos extrajudiciales, entre otras. Con la dictación de la Ley N° 20.945 se le confirió, además, la facultad de conocer las operaciones de concentración que deban ser notificadas a dicho organismo; la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados y, al igual que el TDLC, la de formular recomendaciones normativas al Poder Ejecutivo.

1. **TDLC**

El TDLC, por su parte, fue creado por la Ley N° 19.911, de 2003. Es un Tribunal especial que no forma parte del Poder Judicial, sin perjuicio de lo cual se encuentra sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema. Está compuesto por cinco ministros (tres abogados y dos economistas), uno de los cuales lo preside, quien debe ser abogado. El nombramiento de los ministros se realiza previo concurso público de antecedentes, en el que intervienen el Presidente de la República, el Banco Central y la Corte Suprema.

La función más reconocida del TDLC es la jurisdiccional, esto es, conocer y juzgar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la libre competencia en un procedimiento contencioso especial regulado en los artículos 19 y siguientes del DL N° 211. Además de esta función, el TDLC tiene otras importantes atribuciones[[2]](#footnote-2) como las de conocer de las consultas[[3]](#footnote-3), dictar instrucciones generales, emitir informes que se le encomienden en virtud de leyes especiales y formular recomendaciones normativas al Poder Ejecutivo.

Con la dictación de la Ley N° 20.945 se le confirió, además, la facultad de conocer y juzgar las indemnizaciones de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia; resolver, a solicitud del notificante de una operación de concentración, el recurso de revisión especial de dichas operaciones, cuando hubieren sido prohibidas por la FNE; y la de conocer los recursos de revisión especial que se pueden deducir en contra de la resolución del FNE que prohíba una operación de concentración económica.

1. **Corte Suprema**

Por último, la Corte Suprema conoce los recursos de reclamación que se deducen en contra de las sentencias definitivas y resoluciones de término que dicta el TDLC. Dichos recursos son conocidos y fallados por la Tercera Sala.

1. **Argumentos para mantener la consulta a la FNE, y no traspasarla al TDLC**

A continuación, se señalan argumentos por los cuales resulta conveniente mantener la facultad de requerir un informe a la FNE, referido al cumplimiento de las circunstancias señaladas en el artículo 27, y no encargárselo al TDLC.

1. **La FNE es una agencia especializada, con la capacidad para realizar observaciones a bases de licitación, labor que ya ha realizado previamente por orden del mismo TDLC.**

La FNE se erige como un órgano con la competencia de evacuar consultas como la que se propone en el nuevo artículo 27. Ciertamente, se trata de una atribución que se aviene con las funciones propias de esta agencia, como es la de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados (artículo 39 letra p) del DL N° 211) y emitir informes en causas en las que no sea parte (letra e) del mismo).

Por lo demás, la FNE es una agencia especializada, que realiza estudios de mercado e inicia investigaciones por cuenta propia, contando con insumos –capital humano, conocimiento, información estadística- necesarios para realizar un análisis como el propuesto: un estudio particular de cada base administrativa preparada para subastar fracciones de cuota globales anuales de pesca, para verificar que las bases promuevan la libre competencia. Por el contrario, si bien el TDLC tiene la facultad de dictar instrucciones, ésta se refiere a instrucciones *de carácter general*, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella (artículo 18 N° 3 del DL N° 211).

Un sistema como el propuesto en el nuevo artículo 27 –la remisión de bases de licitación concretas a la FNE para que observe si dichas bases promueven la libre competencia- ya fue aplicado previamente, por orden del mismo TDLC.

En efecto, en la Resolución 4, de 2015, el TDLC señaló que si bien el Dictamen N° 995, de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, recomendó que las municipalidades consulten ante aquella las bases de licitación que elaboren para la contratación de los servicios que se prestan en el mercado de recolección y transporte de residuos domiciliarios y de ferias libres, entidad cuyo sucesor legal es el TDLC, dadas las características que tiene el procedimiento de consulta, establecido en el artículo 31° del DL N° 211, “*tal recomendación importaría para los municipios una carga procesal que no se justificaría como requisito para todas y cada una de las licitaciones que sobre esta materia sean convocadas en el país”[[4]](#footnote-4)*.

De esta forma, señaló el TDLC, para prevenir eventuales atentados a la libre competencia, se estimó conveniente que, en lo sucesivo, las bases de las licitaciones de servicios ligados a la recolección, transporte y tratamiento final de la residuos sólidos domiciliarios sean remitidas por las municipalidades del país a la FNE para su conocimiento, lo que permitirá abordar de forma más eficiente la situación de mercado, sin necesidad de que las municipalidades tengan que consultar directamente al TDLC las bases de los procesos de licitación que pretendan iniciar.

Luego, en las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, el TDLC ordenó que “*las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado*”[[5]](#footnote-5). Así, tratándose de residuos sólidos, desde el año 2006 los municipios estuvieron obligados a remitir a la FNE las bases de licitación, quedando sujetos a las observaciones que hiciera ésta.

El año 2013 el TDLC eliminó dicha obligación, pero por recomendación de la propia FNE[[6]](#footnote-6). Esta última argumentó que se había tornado innecesario que las Municipalidades le remitieran las bases de licitación, atendido (i) la reforma legal que hizo aplicable a las mismas la normativa de compras públicas, operando como un estatuto que garantizaba condiciones objetivas, uniformes, generales y no discriminatorias en las licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, existiendo otro órgano competente además de la FNE y TDLC, como es el Tribunal de Compras Públicas; (ii) el cambio en las condiciones de dicho mercado, observando que habrían han ingresado nuevos actores y las participaciones de mercado de los principales actores han disminuido, lo cual daría cuenta de un mercado más competitivo; y que (iii) habría aumentado sostenidamente el número de bases que remiten los municipios, que no son objeto de observaciones u objeciones por parte de la FNE, lo que daría cuenta de que los municipios han ido internalizando las instrucciones y observaciones.

Así entonces, teniendo en consideración dichos argumentos, el TDLC estimó que la obligación impuesta el año 2006 “*actualmente podría resultar innecesaria*”[[7]](#footnote-7), y en base a ello, la eliminó. Dicho de otro modo, la atribución de la FNE para observar las bases de licitación no se dejó sin efecto por incompetencia o ineficacia de esta revisión, sino porque las condiciones del mercado cambiaron. Más aún, el mismo TDLC destacó que ello no obsta a que la FNE puede actuar discrecional o selectivamente y revisar las bases de licitación de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios que estime conveniente, orientando de mejor forma los recursos de que dispone.

1. **El TDLC es un órgano eminentemente jurisdiccional, llamado a resolver controversias jurídicas de una materia especial.**

Si bien el TDLC cuenta no sólo con facultades jurisdiccionales, sino también normativas y administrativas[[8]](#footnote-8), su facultad preeminente es la de conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia en un procedimiento contencioso.

En efecto, la facultad jurisdiccional es una función exclusiva del TDLC en materia de libre competencia, que no comparte con la FNE en ningún aspecto, a diferencia de sus demás funciones. En este sentido, tratándose de una función exclusiva, resulta importante resguardar y conservar la independencia e imparcialidad del órgano, elementos esenciales para un tribunal.

Ciertamente, la independencia e imparcialidad de los jueces *“es una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que constituye una reafirmación de la igualdad ante la ley y de la protección que se le debe en el ejercicio de sus derechos y ante la justicia, aspectos que nuestro ordenamiento constitucional reconoce en diversas disposiciones, en especial en los artículos 5º, 19 Nº 2, 3, 7, 26 y 76 de la Carta Fundamental. De igual modo, se han reconocido estas garantías en diferentes declaraciones y convenciones internacionales ratificadas por nuestro país”*[[9]](#footnote-9).

La garantía de la independencia dice relación con una dimensión orgánica, a diferencia de la imparcialidad, que se refiere a una dimensión funcional, de cómo resuelve cada juez un caso concreto. Así entonces, la independencia exige establecer una orgánica que procure que el juez de cada causa sea un tercero desprovisto de convicciones pre-constituidas sobre la materia a decidir.

En efecto, en doctrina se ha entendido que el juez que haya cumplido en la misma causa actos previos al ejercicio de la función jurisdiccional, “*deben considerarse inconciliables con el deber de conocer después el asunto con plena serenidad y en condiciones de absoluta carencia de prejuicios personales*”[[10]](#footnote-10).

En este sentido, no es conveniente radicar en el TDLC dos funciones que le permitirían conducir etapas que obedecen a lógicas distintas, como son la revisión de las bases administrativas -pudiendo conocer casos concretos en la etapa de licitación-, y luego los asuntos contenciosos que puedan producirse posteriormente en torno a las mismas partes involucradas. Según lo expuesto, diferenciar ambas etapas, radicando cada una de ellas en un órgano distinto según más se asemeje a sus funciones ya otorgadas, constituye una decisión que resguarda en mejor medida la independencia del TDLC en cuanto órgano jurisdiccional.

Por último, y en esta misma línea, cabe recordar que es necesario acudir al TDLC para luego poder tener acceso a la Corte Suprema, pues esta, en materia de libre competencia, conoce solo de recursos de reclamación deducidos contra de las sentencias definitivas y resoluciones de término que dicte el TDLC. Es decir, no habiendo forma de acceder directamente a la Corte Suprema, y no habiendo ningún otro órgano jurisdiccional competente para conocer de conflictos de libre competencia, conviene resguardar el rango de tribunal independiente del TDLC.

1. **Eventualmente, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura ya no dependerá del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, sino del nuevo Ministerio de Agricultura, Alimentos y Desarrollo Rural.**

Como es de conocimiento público, mediante el boletín 13218-06 se está discutiendo un proyecto de ley que crea el Ministerio de Agricultura, Alimentos y Desarrollo Rural que considera el traspaso de la totalidad de la institucionalidad de Pesca y Acuicultura desde el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, al nuevo Ministerio. Con ello, se eliminaría la aprehensión en torno a la “dependencia” de la FNE respecto del Ministerio de Economía, dependencia que en términos jurídicos, no es tal, según se h indicado.

**4) Causas sobre la materia discutidas ante e TDLC.**

 Respecto a la competencia del TDLC cabe señalar que a la fecha se han tramitado las siguientes causas ante dicho tribunal:

Sociedad Nacional de Pesca F.G. (SONPAESCA) ante el Tribunal de la Libre Competencia, Rol Nº 364, N° 365 y N° 366, de 2018, deducidas en contra de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura por supuesta infracción a los artículos 3° y 4° del D.L. N° 211, en la subasta de la cuota de licencias transables de pesca clase B pesquería Sardina Común V-X Regiones, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 3162 de fecha 19 de noviembre de 2015; pesquería de Jurel XV-II, III-IV, V-IX, XIV-X regiones contenidas en la Resolución Exenta N° 3944 de fecha 27 de noviembre de 2017; y congrio dorado, merluza del sur y anchoveta contenidas en las Resoluciones Exentas N°s 4145, 4146, 4148, 4149, 4159, 4151 respectivamente de 28 de noviembre de 2018.

Por último, también se ha tramitado la causa no contenciosa, causa ROL N° 450-18, Caratulados “Consulta de PACIFICBLU SpA. y otro sobre las bases de la subasta de licencias transables de pesca clase B, para merluza común, en las regiones que indica”.

1. Ley General de Pesca y Acuicultura y sus modificaciones, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el decreto supremo N° 430 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, del año 1991. [↑](#footnote-ref-1)
2. Todas contenidas, principalmente, en el artículo 18 DL N° 211. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consultas que formulen las partes; sea quienes tengan interés legítimo o el Fiscal Nacional Económico. Lo anterior no comprende las consultas sobre operaciones de concentración, las cuales son evaluadas por la FNE. [↑](#footnote-ref-3)
4. Resolución N° 4, de 2005, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° 29-04, considerando undécimo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Resolutivo N° 9, Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aplicables a Todo el Territorio Nacional, de 8 de junio de 2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Instrucciones de Carácter General N° 3/2013, modifica Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional, de 21 de marzo de 2013, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Considerando vigésimo cuarto de las Instrucciones de Carácter General N° 3/2013, modifica Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional, de 21 de marzo de 2013, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Incluso, tiene la función de designar miembros de organismos especializados (como el Panel de Expertos del sector eléctrico); y nombrar comisiones arbitrales en el marco de la ley de concesiones de obras públicas. [↑](#footnote-ref-8)
9. Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010, en causal Rol Nº 2.767-10. [↑](#footnote-ref-9)
10. Bordalí Salamanca, Andrés, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009), [pp. 263 - 302], en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> última búsqueda el 21 de octubre de 2019. [↑](#footnote-ref-10)