

¿Se vulneran derechos al cambiar las licencias en la Ley de Pesca?

El proyecto que propone modificar la Ley de Pesca, introduciendo un sistema de licitación de cuotas, que reemplace el de renovación de las licencias que hoy existe, ha generado un debate en relación a los derechos que se podrían ver afectados.



Javier Couso
Profesor de Derecho Constitucional
UDP y Utrecht University



Camila Boettiger
Directora del Centro de Derecho
Regulatorio y Empresa de la UDD

Un proyecto plenamente constitucional

La regulación de la industria pesquera ha sido una de las más accidentadas de las últimas décadas. Y, también, una de las más afectadas por el corrosivo efecto del dinero en la política. De hecho, durante la tramitación de la Ley de Pesca vigente, un economista reconocidamente independiente, Eduardo Engel, denunció que, gracias a ella, el 85 por ciento de los recursos pesqueros seguirían en mano de siete familias.

En efecto, la Ley N° 20.657 (aprobada a fines de 2012, en el primer gobierno de Sebastián Piñera), permitió que un puñado de empresas –que gozaban desde el año 2000 de cuotas de pesca transitorias– se transformaran en dueñas de licencias de pesca por otros 20 años, renovables. Lo increíble es que dichas empresas obtuvieron este enorme beneficio sin tener que desembolsar un solo peso. Sí, leyo bien. Las licencias les fueron otorgadas sin haber hecho contraprestación alguna al Estado. En consecuencia, el mismo grupo de empresas, que venía desde hace años explotando buena parte del acervo pesquero del país, recibió un verdadero “regalo regulatorio” de cientos de millones de dólares.

Este es el tipo de maniobras que solíamos pensar ocurrían solo en países denominados “bananeros”. Pero, como en muchos otros ámbitos en que hemos tenido que confrontar que el desarrollo no se logra solamente por alcanzar un determinado ingreso per cápita, la aprobación de la Ley de Pesca vigente representó una dura dosis de realidad.

Lo positivo es que –en un esfuerzo por enmendar su error– Piñera presentó en mayo pasado un proyecto de ley de pesca que busca terminar con el derecho a renovar las licencias a 20 años que se otorgaron a las empresas mencionadas, y establecer en cambio un sistema de subastas, en que nuevos actores podrán competir con los antiguos por adjudicarse derechos de explotación de recursos pesqueros.

Bien por el gobierno. El problema es que es de esperar que –si el proyecto logra salvar el feroz “lobby” de quienes se benefician con la Ley actual– los intereses afectados por la nueva legislación acudirán al Tribunal Constitucional (TC), para que declare inconstitucional el corazón de ley propuesta. Sí, leyo bien de nuevo. Las mismas siete familias que se han beneficiado por 18 años, de legislaciones que les han permitido acceder al 85 por ciento de los recursos pesqueros del país, seguramente acudirán al TC, invocando el derecho de propiedad sobre las licencias que les fueron otorgadas gratuitamente por el Estado en 2012, para impugnar la nueva ley de pesca. El argumento que esgrimirán a favor de la supuesta inconstitucionalidad del proyecto, muy probablemente será que el cambio regulatorio establecido en la nueva ley representaría una suerte de “expropiación”, por la cual no se estaría indemnizando a las empresas actualmente titulares de las licencias transables.

Más allá de lo aberrante que resulta que los mismos que distorsionaron el sistema constitucional –por la vía de “capturar” a parlamentarios para aprobar una ley que les regalaba licencias transables por décadas– ahora pretendan refugiarse en la propia carta fundamental para defender privilegios obtenidos irregularmente, la sola noción de que cada vez que el Estado efectúe un cambio regulatorio deba indemnizar a los que se ven afectados por dichos cambios de política pública, llevaría a un completo “congelamiento” de las actuales regulaciones, sin importar si éstas sirven (o no) al bien común.

Bien por el gobierno. El problema es que es de esperar que acudan al TC.

Ley de Pesca: los cambios regulatorios no son gratis

La pesca industrial parece vivir en una permanente revisión regulatoria. El gobierno está tramitando un proyecto de ley para modificar el sistema de asignación de cuotas de la pesca industrial (Boletín 11.704-25), que ha causado inquietud en el sector. La última modificación a la Ley que regula esta actividad, en 2013, creó dos tipos de licencias de pesca: las clase A, que corresponden a aquellas que habían sido otorgadas bajo la legislación anterior, con cuotas máximas de captura históricas; pasaron a tener un plazo de 20 años, con un sistema de renovación simple: basta con no incumplir ciertas obligaciones, especificadas en la Ley, para renovarla. En cambio, las nuevas licencias, las clase B, no tienen posibilidad de renovación; éstas expiran por el cumplimiento de su plazo y se vuelve a subastar la cuota.

El proyecto de ley en comento busca eliminar la posibilidad de renovación de las licencias de pesca clase A, para que una vez que se cumplan los 20 años de plazo de las mismas, estas cuotas de captura pasen al sistema de subastas. De acuerdo al artículo 2° transitorio propuesto, las licencias clase A actuales simplemente perderán su posibilidad de renovación, pasando a ser de plazo fijo, lo que cambia sustancialmente una de las características esenciales de la concesión otorgada.

Dos cuestionamientos pueden hacerse a esta propuesta. Uno, sobre la bondad del sistema propuesto, esto es, si el sistema de subastas efectivamente garantiza una explotación sustentable de los recursos pesqueros y si se dará en un mercado con alta competencia (lo que fue cuestionado por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Rol ERN 12-10). El segundo tiene que ver con el nuevo cambio de las reglas del juego para los actores de la industria pesquera, que podrían alegar la afectación de derechos adquiridos sobre sus licencias al impedirles su renovación.

En ese tipo de recursos de uso común, el acceso abierto lleva a lo que se conoce en economía como la “tragedia de los comunes”, que en la pesca lleva a la clásica “carrera olímpica”. Cuando el Estado otorga una concesión para aprovechar recursos que tiene bajo su tutela –porque no son estatales, sino que son comunes o públicos, como los recursos hidrobiológicos– está dándole una preferencia, un derecho a un particular por sobre otros, con el interés público que estos recursos se utilicen eficientemente y también tutelar su conservación; por eso son concesiones, temporales o indefinidas, renovables o no, caducables o no; el regulador elige un modelo y los titulares las conocen de antemano. Ahora bien, cuando la autoridad ha entregado, a través de un sistema determinado el derecho a explotar ese recurso, el titular de dicha concesión toma decisiones de inversión, contratación y financiamiento sobre la base del derecho concedido, su plazo, causales de caducidad y reglas para su renovación o pérdida. ¿Significa esto que el Estado no puede cambiar las reglas del otorgamiento de las concesiones, que los derechos otorgados están “petrificadas” y que se deberán mantener a cualquier costo? Claro que no. La regulación, sobre todo en el caso de los recursos naturales, debe poder adaptarse; la autoridad, en virtud de su función de tutelar los intereses públicos involucrados (económicos, ambientales, sociales, etc.) puede y debe ajustar su explotación y aprovechamiento. Hay opciones: un régimen escalonado de renovación, una indemnización parcial, un ajuste de las cuotas de captura. El punto es que, no se puede pretender que los titulares de esas concesiones asuman todo el costo del cambio regulatorio.

No se puede pretender que titulares de concesiones asuman el costo.