

Secretaría : Única
Materia : Recurso de hecho
Ingreso Corte : 25014-2019

En lo principal: Nulidad de lo obrado. **Primer otrosí:** En subsidio, se ejerza la facultad contemplada en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil. **Segundo otrosí:** Acompaña documentos, con citación.

Excma. Corte Suprema

Jorge Grunberg Pilowsky y Jaime Puyol Crespo, abogados, en representación de la **Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales**, en autos sobre recurso de hecho caratulados "**ASOCIACIÓN GREMIAL DE EMPRESARIOS HOTELEROS DE CHILE/TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**", Ingreso Corte N° **25014-2019**, a S.S. Excma. respetuosamente decimos:

Venimos en solicitar que se declare la nulidad de lo obrado a partir del momento en que S.S. Excma. conoció y falló el recurso de hecho interpuesto en estos autos. Lo anterior, pues esta parte ha tomado conocimiento acerca de hechos graves que dan cuenta de la inhabilidad de la Ministra Sra. Ángela Vivanco para conocer y fallar la presente causa.

La inhabilidad en cuestión se configura a raíz de la relación regular y de larga data que la Ministra Sra. Vivanco sostuvo con ANATEL, entidad que promovió tanto la solicitud de recomendación normativa ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la que acceden estos autos sobre recurso de hecho que S.S. Excma. acaba de conocer y fallar.

En efecto, la Ministra Sra. Vivanco ejerció el cargo de Secretaria Ejecutiva de ANATEL durante más de diez años, representándola, gestionando y defendiendo diversos intereses de la misma. Algunos directamente relacionados con la materia ventilada en estos autos.

En este contexto, cabe destacar que la Ministra Sra. Vivanco no solo integró la sala que conoció del recurso de hecho y posterior recurso de reposición deducido por esta parte, sino que además **tuvo a su cargo la redacción del fallo mediante el que la Excma. Corte se pronunció acogiendo el recurso en cuestión.**

A mayor abundamiento, la Tercera Sala de la Excma. Corte -integrada por la Ministra Sra. Vivanco- acogió el recurso de hecho de plano, conociéndolo en cuenta, sin oír alegatos de las partes y prescindiendo de solicitar informe al Tribunal recurrido.

1. Relación de la Ministra Sra. Vivanco con la solicitante ANATEL.

Como S.S. Excma. bien sabe, el expediente de recomendación normativa al que estos autos acceden, se inició a raíz de una presentación de ANATEL ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En ella, ANATEL alega supuestos problemas de competencia asociados a la regulación del sistema de solución de controversias en materia de fijación de tarifas por el uso de derechos intelectuales contemplada en la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, que afectarían los intereses de sus asociados, los canales de televisión abierta.

Según consta de los antecedentes curriculares sometidos a conocimiento del H. Senado de la República, con motivo del nombramiento de la Sra. Ángela Vivanco como Ministra de esta Excma. Corte, *"la señora Vivanco trabajó como abogada [...] de la Asociación Nacional de Televisión A.G. entre 2003 y 2014"*¹.

Para ser más precisos, la Sra. Vivanco se desempeñó como Secretaria Ejecutiva de ANATEL durante más de diez años y a menos de cuatro años de asumir como Ministra de este Excmo. Tribunal.

Es decir, la Ministra Sra. Vivanco no solo fue abogada de ANATEL, sino que durante más de una década formó parte de su orgánica interna en un puesto clave para la toma de decisiones y la defensa de los intereses de la Asociación Gremial, así como de todos los canales de televisión abierta que la integran.

¹ Proyecto "Proposición para nombramiento de Señora Ángela Vivanco Martínez como Ministra de la Corte Suprema", obtenido desde la página web del H. Senado de la República: https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getDocumento&teseid=62611&nrobol=S198405 P&tema=Proyecto&legiid=&parl_ini=687&tagid=5.

Conforme a los estatutos de ANATEL, el cargo de Secretario Ejecutivo es de la máxima importancia; en ellos se le regula específicamente y se expresa que goza de las más amplias atribuciones².

Por más de diez años, en su calidad de Secretaria Ejecutiva de ANATEL, la Sra. Vivanco representó en forma regular los intereses de la Asociación Gremial en diversas instancias.

Por ejemplo ante el Congreso Nacional, durante la tramitación de varios proyectos de ley, de lo cual se da cuenta en sus numerosas intervenciones³, lo cual constituye una fiel demostración de la autoridad del cargo de Secretario Ejecutivo para defender los intereses de ANATEL en materia regulatoria y de la identificación de la Sra. Vivanco con éstos.

De igual modo, alegó ante el Excmo. Tribunal Constitucional, en defensa de ANATEL, a propósito del proceso Rol N° 2541-13, caratulado *“Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, que representan la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, contenido en el Boletín N° 6190-19”*⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que resulta determinante para los efectos de estos autos, es que durante el tiempo en que la Sra. Vivanco ejerció el cargo de Secretario Ejecutivo de ANATEL tuvieron lugar negociaciones de tarifas por el uso de derechos intelectuales entre ANATEL y la entidad de gestión colectiva de derechos intelectuales denominada Sociedad de Autores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos (“ATN”).

² Estatutos de ANATEL, Título Octavo: Del Secretario Ejecutivo, disponible en: https://www.anatel.cl/estatutos/titulo_octavo_del_secretario_ejecutivo.pdf.

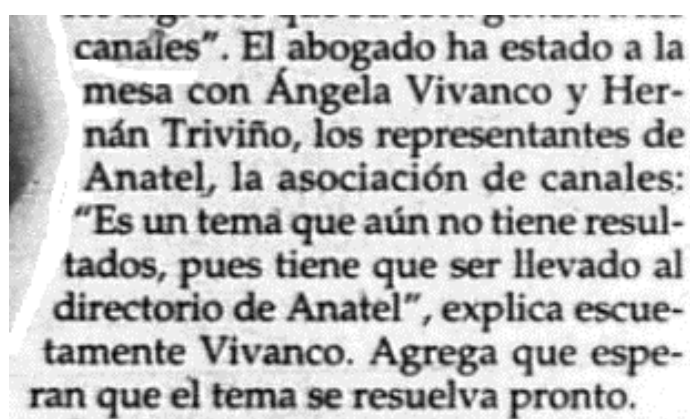
³ En dicho sentido véase a modo de ejemplo: i) Historia de la Ley N° 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre, Primer Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, p. 300; ii) Historia de la Ley N° 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre, Segundo Informe de Comisiones Unidas de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología y de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, p. 613; y iii) Boletín N° 3543-15 correspondiente al proyecto de ley que modifica la ley N° 18.838, sobre el Consejo Nacional de Televisión, con el objetivo de prohibir el empleo de Sistemas de Medición de Audiencia en línea, sesión de fecha 17 de agosto de 2004 de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado.

⁴ Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/audiencia-publica-sobre-proyecto-de-television-digital-orden-de-presentaciones-2>.

Como consta en la edición del Diario El Mercurio que se acompaña en el número 4 del segundo otrosí de esta presentación, la Sra. Vivanco representó los intereses de ANATEL en negociaciones de tarifas con ATN, una entidad de gestión colectiva de derechos intelectuales.

Participan escritores de Canal 13, TVN, Mega y CHV:

Los guionistas de teleseries, en pie de lucha con los canales



canales". El abogado ha estado a la mesa con Ángela Vivanco y Hernán Triviño, los representantes de Anatel, la asociación de canales: "Es un tema que aún no tiene resultados, pues tiene que ser llevado al directorio de Anatel", explica escuetamente Vivanco. Agrega que esperan que el tema se resuelva pronto.

Extractos de la página C16 de la edición de El Mercurio de fecha 25 de junio de 2008

Hacemos presente que las negociaciones en que participó la Sra. Vivanco constituyen la cuestión principal en el procedimiento de recomendación de modificaciones normativas en el que incide este recurso de hecho. Precisamente, así lo señala el petitorio de la solicitud de ANATEL que dio origen al expediente de recomendación normativa en el que inciden estos autos, a saber: *"proponer [...] la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a crear y fomentar la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor o conexos, en los siguientes términos..."*⁵.

2. Causal de inhabilidad que afecta a la Ministra Sra. Vivanco.

La Constitución Política de la República en el inciso sexto de su artículo 19 N° 3 establece el derecho a un debido proceso y, consecuentemente, a un procedimiento racional y justo. En ese contexto, para asegurar el cumplimiento del

⁵ Fojas 139 y 140 de los autos rol ERN-25-2018, seguidos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

debido proceso resulta indispensable que quienes ejerzan jurisdicción cuenten con una **imparcialidad fuera de toda duda**.

La doctrina más autorizada ha destacado la importancia que tiene la **imparcialidad**, llegando a considerarla como un **elemento definitorio del ejercicio de la potestad jurisdiccional**.

El Profesor Raúl Tavolari Oliveros ha expresado que:

*“Tengo para mí que la imparcialidad del juzgador, el desinterés “objetivo” en feliz expresión de Andrés Bello de la Oliva, aunque matizada por él mismo, **no sólo integra la noción del debido proceso: es, preponderantemente, un elemento definitorio, identificador de la jurisdicción**. En una moderna concepción procesal, la cosa juzgada, usualmente empleada con este fin, y que muchos sistemas procesales de la antigüedad ignoraron, pierde importancia frente a la idea de la imparcialidad; **en punto a establecer el elemento de la esencia de la jurisdicción, entonces me inclino sin vacilaciones por la imparcialidad**”⁶.*

Por su parte, el Profesor Alejandro Romero Seguel ha manifestado que:

*“Como garantía procesal, la imparcialidad busca que el juez que debe decidir el objeto del proceso **no pierda su carácter de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las partes**, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados. La existencia de esta garantía descansa en la necesaria separación que debe existir entre el juez y los sujetos que conforman la relación procesal como actor o demandado”⁷.*

Es así como constituye una **práctica asentada** el que, actuando con prudencia, los **Ministros de esta Excma. Corte informen acerca de ciertas situaciones de inhabilidad que podrían dar pie a cuestionar su imparcialidad**, sin estar necesariamente basados en las causales de implicancia y recusación listadas en el Código Orgánico de Tribunales. Como S.S. Excma. bien conoce, los propios **Ministros invocan para ello el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política** en su

⁶ Raúl Tavolari Oliveros, “Tribunales, jurisdicción y proceso”, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 54.

⁷ Alejandro Romero Seguel, “Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo III”, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 73.

reporte de inhabilidades, que puede ser descargado de la página web del Poder Judicial. En el caso de la Ministra Sra. Vivanco, dicho reporte omite su relación pasada con ANATEL.

Resulta evidente que **el desempeño de la Sra. Vivanco como Secretaria Ejecutiva de ANATEL por más de una década y su intervención en representación de dicha Asociación Gremial en procesos de negociación de tarifas** con entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales, **afectan de manera objetiva su imparcialidad** para actuar en calidad de Ministra de esta Excma. Corte en la resolución de cualquier asunto vinculado al expediente de recomendación normativa de autos, como lo es el presente recurso de hecho, menoscabando el derecho a un debido proceso y a un procedimiento racional y justo que le asiste a SCD.

En suma, la Ministra Sra. Angela Vivanco se encontraba afectada por una inhabilidad que -desde un punto de vista objetivo- coloca en entredicho su imparcialidad, menoscabando el derecho a un debido proceso y a un procedimiento racional y justo del que goza esta parte en virtud de lo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. Esta circunstancia ha viciado el procedimiento de autos y, en particular, el conocimiento y fallo del recurso de hecho por parte de esta Excma. Corte.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política,

A S.S. EXCMA. RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Declarar nulo todo lo obrado en estos autos, a partir del momento en que la Tercera Sala de este Excmo. Tribunal conoció en cuenta del recurso de hecho de autos, incluyendo el posterior recurso de reposición deducido por esta parte.

Asimismo, pedimos a S.S. Excma. que determine que la tramitación de este procedimiento debe retrotraerse al estado de dar cuenta del recurso de hecho de autos.

PRIMER OTROSÍ: En subsidio de lo pedido en lo principal de esta presentación, por las razones expuestas y como un modo de restablecer el derecho a un debido proceso y a un procedimiento racional y justo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, solicitamos a S.S.

Excma. hacer uso de sus facultades de oficio, declarando la nulidad de todo lo obrado a partir del conocimiento y fallo del recurso de hecho de autos, incluyendo el posterior recurso de reposición interpuesto por esta parte.

En consecuencia, la tramitación de este procedimiento deberá retrotraerse al estado de dar cuenta del recurso de hecho de autos.

Sírvase S.S. Excma.: Acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: Para los efectos de acreditar los hechos expuestos en lo principal de esta presentación, acompañamos los siguientes documentos, con citación:

1. Título Octavo de los estatutos de ANATEL, obtenido desde la página web de ANATEL: [https://www.anatel.cl/estatutos/titulo octavo del secretario ejecutivo.pdf](https://www.anatel.cl/estatutos/titulo_octavo_del_secretario_ejecutivo.pdf).
2. Proyecto “Proposición para nombramiento de Señora Ángela Vivanco Martínez como Ministra de la Corte Suprema”, obtenido desde la página web del H. Senado de la República: [https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=get Documento&teseid=62611&nrobo1=S198405 P&tema=Proyecto&legiid=&parl ini=687&tagid=5](https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getDocumento&teseid=62611&nrobo1=S198405 P&tema=Proyecto&legiid=&parl ini=687&tagid=5), en que consta que la Sra. Ángela Vivanco trabajó como abogada de ANATEL entre los años 2003 y 2014.
3. Impresión de pantalla obtenida desde la página web del Excmo. Tribunal Constitucional: <https://www.tribunalconstitucional.cl/audiencia-publica-sobre-proyecto-de-television-digital-orden-de-presentaciones-2>, en que consta que la Sra. Ángela Vivanco alegó en representación de ANATEL en el proceso Rol N° 2541-13 seguido ante el Excmo. Tribunal Constitucional.
4. Copia de la página C16 de la edición del Diario El Mercurio de fecha 25 de octubre de 2008, en la cual consta que la Sra. Ángela Vivanco representó los intereses de ANATEL en las negociaciones de tarifas por el uso de derechos intelectuales con la entidad de gestión colectiva de derechos intelectuales ATN.

Sírvase S.S. Excma.: Tenerlos por acompañados, con citación.