

Santiago, diez de septiembre de dos mil veinte.

Vistos:

En causa Rol ERC N°25-2018, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 N° 4 DL 211", sobre negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros, la solicitante Asociación Nacional de Televisión A.G. ("Anatel") y las aportantes Red Televisiva Megavisión S.A. ("Mega"); Asociación de Radiodifusores de Chile ("Archi"); Producciones Megavisión Limitada ("Promega") y la Asociación Gremial de Empresarios Hoteleros de Chile ("Hoteleros"), dedujeron sendos reclamos en contra de la Resolución de Terminación dictada por el referido órgano jurisdiccional de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, que resolvió no ejercer la facultad propositiva, porque estimó que no se configuran los presupuestos fácticos y jurídicos que aquella norma contempla respecto de la solicitud y, en relación al resto de las propuestas legislativas, igualmente las desechó sobre la base de que no se acompañaron antecedentes suficientes que permitiesen evaluar cómo dichas medidas podrían tener un impacto concreto en la libre competencia.

I.- ASPECTOS PRELIMINARES.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho de Autor es una garantía constitucional, contemplada en el artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República, que



asegura a todas las personas la libertad de crear y difundir las artes y resguardar, en el caso particular de los autores, un conjunto de derechos de naturaleza patrimonial y moral sobre las obras que sean producto de su actividad creativa.

La Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336 (LPI), en términos estrictos, es una ley de Derecho de Autor, cuyo artículo 1° prescribe que su objeto es proteger los derechos que, "por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión y los derechos conexos que ella determina.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra".

Los derechos morales refieren a las facultades que el autor tiene en relación a la autoría, conservación y respeto de su voluntad sobre el mantenimiento del anonimato e integridad de su obra y aplica sólo a las personas naturales, son irrenunciables, inalienables, intransferibles y se transmiten por causa de muerte, tal como se desprende del artículo 14 de la LPI.

El artículo 17 de la misma ley, indica que el derecho patrimonial confiere a su titular "las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir



total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros”.

Lo cual comprende, conforme el artículo 18 de ese cuerpo legal, su reproducción, distribución, modificación, comunicación pública y/o su puesta a disposición al público.

Por su parte, los derechos conexos (también conocidos como derechos afines, artículos 65 y 66 de la LPI) tienen por objeto proteger a aquellas personas que, sin ser autores, contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que han producido objetos que contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al de autor. En definitiva, son derechos que la ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de éstas; todo ello, sin perjuicio de los derechos que correspondan al autor de la obra.

Asimismo, por intermedio de leyes especiales se introdujeron derechos intelectuales particulares, v.gr. la Ley N°20.243 que “Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual”, la cual concede derechos de remuneración, irrenunciables e



intransferibles a su titular y los mismos se extendieron a directores y guionistas mediante la Ley N°20.959.

En lo que interesa, cabe señalar que la LPI prescribe que todo aquel que haga uso público de una obra de dominio privado debe previamente obtener la autorización expresa del titular del derecho de autor y conexos, en la cual, deberá precisar los derechos concedidos, plazo de duración, remuneración y forma de utilización de la obra, entre otras, bajo amenaza de sanciones civiles y penales para el usuario que así no lo hiciere (artículo 19, 20 y 28 LPI).

El ordenamiento jurídico autoriza a los titulares de los derechos en comento, que puedan efectuar estas negociaciones directamente o a través de las denominadas Entidades de Gestión Colectiva (EGC o EGCs), las que jurídicamente se constituyen como corporaciones de derecho privado, que requieren de la autorización del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio para realizar sus actividades y cuyo único objetivo social podrá consistir en la administración, protección y cobro de los derechos intelectuales y conexos.

En lo pertinente a la materia a resolver, el artículo 100 de la LPI establece que las EGCs, a través del órgano administrativo previsto en sus Estatutos, fijan las tarifas del uso de derechos de autor que representan, las que regirán a partir de su publicación en el Diario Oficial.



Agrega que podrán diferenciarlas de acuerdo con la categoría en la que se encuentra cada potencial usuario, establecer planes tarifarios alternativos mediante acuerdos contractuales con asociaciones de usuarios, al que podrá acceder cualquier otro usuario, que no sea miembro de dicha asociación, pero que se encuentre dentro de la misma categoría.

En caso de no llegar a acuerdo, el artículo 100 bis de la misma ley indica que las EGCs y asociaciones de usuarios, deben someter dicha controversia a una mediación obligatoria, en cuyo caso, deberán nombrar un mediador de común acuerdo que se encuentre inscrito en el Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual dependiente del Departamento de Derechos Intelectuales y, en caso de fracasar ésta, el artículo 100 ter del cuerpo normativo citado, señala que las partes deberán someter el asunto a un arbitraje el cual se integra de un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros arbitradores, uno nombrado por la EGC, otro por la asociación de usuarios y un tercero de común acuerdo entre las partes, los que también deben encontrarse inscritos en el Registro Público antes mencionado y para el caso de falta de acuerdo se solicita su designación ante la jurisdicción ordinaria.

El mecanismo de arbitraje contemplado en la LPI es uno de carácter binario, en que el tribunal, al dictar sentencia, deberá limitarse a optar exclusivamente por una



de las propuestas de las partes, lo cual en la literatura económica es llamado *final offer arbitration*.

II.- SOLICITUD DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA DE ANATEL

La Asociación Nacional de Televisión A.G. ("Anatel"), el 16 de agosto de 2018, presentó ante Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) una solicitud de recomendación normativa, conforme lo dispone el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211, en virtud de la cual requirió que se propusiera a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Educación y/o del Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio - o bien, aquel que estime pertinente- la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a fomentar la competencia en la determinación de las tarifas que pagan por el uso de los derechos de autor (creador), de derechos conexos (artistas, intérpretes y ejecutantes) y de los derechos intelectuales particulares (actores, guionistas y directores).

Anatel sustentó su petición sobre la base que la determinación de las tarifas por uso de los derechos de autor que realizan las EGCs, presenta problemas que afectan la libre competencia y que los mecanismos para solucionar las controversias que establece la LPI son inoperantes e ineficientes de manera que no contribuyen a constituir un contrapeso para el poder monopólico que éstas ejercen.

En primer lugar, señala que las EGCs despliegan un poder monopólico sobre los derechos que administran debido



a que, en general, existe una EGC por cada categoría de derecho intelectual, salvo en el caso de ATN y DYGA (EGC directores y guionistas audiovisuales), las que carecen de un contrapeso efectivo en el mercado, lo cual les ha permitido fijar y cobrar tarifas monopólicas. Señala que, en el caso de la Televisión, aquello se agrava porque, para ejecutar su giro, requieren negociar con varias de ellas según su rubro, por ejemplo, EGC de música, actores, guionistas, etc., cada una de las cuales fija una tarifa supracompetitiva de manera que, además, debe pagar una multiplicidad de éstas y bajo esas condiciones.

Precisa que dichas tarifas son fijadas por las EGCs como porcentajes sobre los ingresos de los usuarios, sin ponderar el valor real que tales derechos aportarían a la generación de ingresos o el uso que de ellos efectivamente se hace y que carecen de toda justificación y explicación económica.

El segundo problema de competencia, que se denuncia por la solicitante, consiste en que la autorización para negociar a través de asociaciones de usuarios con personalidad jurídica no constituye un poder negociador que sirva de real y efectivo contrapeso frente a las EGCs, pues los usuarios no tienen otra alternativa que contratar los derechos según las tarifas que les fijen éstas, puesto que los derechos que representan, constituyen un insumo



esencial para que aquellos puedan desarrollar su giro, es decir, no existe otra alternativa.

Señala que la ausencia de competencia entre EGCs no sólo daña a los usuarios, sino también a los propios titulares de derechos de propiedad intelectual y conexos, pues aquellas, en este escenario, no tienen ningún incentivo para ser eficientes ni para innovar en la oferta de sus servicios.

Por último, expresa que el sistema de mediación y arbitraje obligatorio establecido en LPI, no soluciona los problemas de competencia e incluso los agravaría, porque ha sido incapaz de asegurar que efectivamente exista un tribunal que conozca y resuelva los conflictos entre las EGCs y las asociaciones de usuarios sobre la determinación de tarifas, esto debido a que desde la entrada en vigencia del Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual no ha contado con el número mínimo de personas que se requiere para que opere la mediación y el arbitraje e incluso quienes lo integran hoy, dos ellas se encuentran inhabilitadas.

Por otra parte, el mecanismo de oferta final, que es el único al que puede optar el tribunal arbitral, es inadecuado porque le impide analizar la correcta observancia y aplicación de los criterios para la determinación de las tarifas, no le permite evaluar el escenario completo e íntegro de cobro de tarifas por el uso



de derechos intelectuales que deben pagar los usuarios, a quienes en la práctica se les aplica un cúmulo de tarifas supracompetitivas.

Agrega que los artículos 100 bis y 100 ter la LPI sólo permiten iniciar la mediación y arbitraje a las asociaciones de usuarios, pero no a los usuarios individuales, los que carecen de medios para impugnar dicha situación.

Y que, si bien, la LPI fija algunos criterios a considerar para determinar las tarifas, tales factores son insuficientes y deberían complementarse con otros.

Con el fin dar solución a estos planteamientos, la solicitante propone los siguientes cambios normativos:

1. Creación de un órgano jurisdiccional permanente, cuyos miembros serían designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") u otra entidad, con el objeto de asegurar que exista un tribunal técnico, independiente e imparcial disponible para conocer las disputas entre las EGCs y usuarios.

En subsidio, solicita se modifique el actual sistema de ingreso al registro público de mediadores, cuyos integrantes deberán ser designados por el TDLC, mediante concurso público de antecedentes, renovándose cada 5 años.

2. Eliminar la limitación que tiene el Tribunal Arbitral de elegir únicamente entre una de las propuestas presentadas (sistema binario), y se le permita pronunciarse



ampliamente sobre las tarifas en discusión y sobre los diversos aspectos o criterios que intervienen en su determinación y cálculo.

3. La negociación de las tarifas debe ser realizada en una misma época e instancia, con la periodicidad que establezca la ley, de modo que el Tribunal Arbitral pueda hacer una evaluación completa de las remuneraciones que se destinarán a sus titulares en razón de las cobradas por el resto de las EGC, de manera de considerar la carga total que los usuarios han de soportar por dichos conceptos.

4. Permitir a los usuarios individuales iniciar un procedimiento de mediación y arbitraje obligatorio.

5. Aumentar a 5 años el plazo de vigencia de las tarifas determinadas por el Tribunal Arbitral, sujeto a revisión antes del vencimiento del plazo en el evento excepción que los parámetros objetivos que sirvieron para su determinación hayan experimentado alguna variación esencial.

6. Agregar otros factores objetivos para la determinación de las tarifas, tales como,

i) Grado de uso efectivo del derecho en el conjunto de la actividad del usuario.

ii) Si la tarifa se cobra como porcentaje sobre los ingresos obtenidos por el usuario, la base de cálculo debe referirse a ingresos directamente relacionados con la explotación comercial del repertorio en el programa en que



se usan efectivamente, excluyendo aquellos que tengan otro origen, debiendo descontarse gastos en los que debe incurrir el usuario, como los impuestos, entre otros.

iii) La amplitud del repertorio de la EGC y la intensidad o relevancia de su uso en el conjunto de la actividad del usuario.

iv) Las tarifas cobradas por la misma EGC a otros usuarios para esa modalidad de utilización, así como las tarifas establecidas por otras EGC del mismo rubro, siempre que existan bases homogéneas y objetivas de comparación.

v) Carga general de las tarifas que el usuario paga a las distintas EGC existentes.

III.- APORTARON ANTECEDENTES LOS SIGUIENTES USUARIOS:

Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile F.G.N. ("CNC"); Asociación de Radiodifusores de Chile ("ARCHI"); Producciones Megavisión Limitada ("Promega"); Red Televisiva Megavisión ("Mega"); Entel Telefonía Local S.A. ("Entel"); Telefónica Empresas Chile S.A. ("Movistar"); Asociación Gremial de empresarios Hoteleros de Chile ("Hoteleros de Chile"); DirecTV Chile Televisión Limitada ("DirecTV"); WR Comunicaciones SpA ("WR"); Claro Comunicaciones S.A. ("Claro"); Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A.G. ("CAEM"), y la Asociación Chilena de Operadores de Servicios de Televisión por Suscripción A.G. ("Acceso y TV").



En términos generales, siguiendo la línea de la solicitante, señalaron que, efectivamente, las EGCs tendrían un poder de mercado o posición dominante, por cuanto:

i.- En la práctica, existe sólo una EGC por categoría debido a los requisitos que impone la ley para su constitución y funcionamiento. De esta forma, como los usuarios no pueden contratar con una entidad alternativa que represente los mismos derechos, las EGCs actuarían de forma monopólica respecto del tipo de derecho que cada una representa. Expresan que este modelo ha sido tolerado por sus eficiencias, pero que éstas serían sólo teóricas y no se materializan en la práctica.

ii.- Las EGCs, por tanto, serían monopolios naturales para la administración de derechos de propiedad intelectual y conexos, cuyo problema radica en que la LPI no lo regula, por tanto, no existe una relación de causalidad entre lo que se cobra y el derecho que se utiliza.

iii.- El excesivo poder de las EGCs genera distorsiones en el mercado, porque no tienen ningún contrapeso, lo cual deriva en que tampoco posee incentivos para innovar o prestar sus servicios de modo eficiente, tanto a los titulares de derechos intelectuales, como a sus usuarios. En este sentido, la única solución que la LPI otorga a los usuarios, sería el sistema de arbitraje y



mediación, el cual no opera en la práctica y es inadecuado para resolver las controversias en materia de tarifas.

iv.- Asimismo, las asociaciones de usuarios no serían un contrapeso efectivo porque, en la práctica, los derechos administrados por las EGCs serían un insumo esencial para el desarrollo de sus giros y no puede ser sustituido por otro.

Resulta pertinente destacar, también, que en el caso de la Asociación de Hoteleros de Chile sus alegaciones, en primer lugar, se sostienen sobre la base de que es improcedentes que se les obligue al pago de las tarifas que fijan las EGCs, porque ellos no comunican públicamente las obras, sólo proporcionan a sus huéspedes un aparato (tv-radio); esos usos se encuentran costeados por las radios y el Tv cable que pagan, recibiendo entonces las EGCs un doble pago; agregan que no son parte de dicho mercado, es más, está fuera de su giro comercial.

Indica que, no obstante lo expuesto, debido al poder que ejercen en la práctica las EGCs unido a la circunstancia que a la variedad del negocio hotelero, no son capaces de asociarse para negociar con éstas, se ven obligados a enfrentar individualmente juicios solucionados por la vía ordinaria.

A continuación, señala que para el evento que, igualmente, se estime que deban pagar dicha tarifa, solicita que se establezcan factores objetivos para



determinarla, razones por las que pide se ejerza la recomendación normativa a su respecto con el fin de:

a) Excluir del cobro de tarifas de las EGCs a los hoteles.

b) Se fijen factores objetivos para determinación de la tarifa

c) Se permita a los usuarios individualmente acceder a los mecanismos de resolución de conflictos.

d) La determinación de las tarifas se realice en una misma época e instancia, para una evaluación completa de las mismas y contabilizar el monto que se debe pagar a cada una de las EGCs.

IV.- Aportaron antecedentes al proceso las siguientes EGCs:

Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile ("EGEDA"); Sociedad de Autores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos ("ATN"); Unión Nacional de Artistas A.G. ("UNA"); Corporación de Directores y Guionistas Audiovisuales E.G.C ("DYGA"); Sociedad de Productores Fonográficos y Videográficos de Chile ("PROFOVI"), Corporación de Actores de Chile ("Chileactores") y Sociedad Chilena de Autores e intérpretes Musicales ("SCD").

Todas solicitaron el rechazo de la solicitud de Anatel y de las demás propuestas presentadas por el resto de



usuarios aportantes, expresando al efecto los siguientes argumentos:

i.- La literatura económica consideraría que la intermediación que efectúan las EGCs genera eficiencias para los participantes del mercado, porque centraliza un número importante de titulares de derechos intelectuales, lo cual permite otorgar licencias que dan acceso a la explotación de un mayor número de obras y, por tanto, reducen los costos legales, de comercialización, de búsqueda, negociación y ejecución de los contratos de licencia.

ii.- La entrega de la administración de los derechos de autor, conexos o intelectuales particulares a una determinada EGC es una decisión libre y voluntaria del titular del respectivo derecho, que no restringe su potestad de administrarlo de forma individual respecto de utilizaciones singulares.

iii.- La prohibición que tienen las EGC de negar la entrada a nuevos socios, limitaría el ejercicio de poder monopólico por la vía de reducir el nivel de producción.

iv.- Las EGCs deban publicar sus tarifas en el Diario Oficial y sólo puedan diferenciarlas según categorías de usuarios.

v.-La LPI establece el uso efectivo del repertorio que administran como criterio para la determinación de tarifas.



vi.-La normativa permite a los usuarios negociar colectivamente con las EGCs las tarifas que deben pagar por los derechos que utilizan, de allí la gran cantidad de acuerdos tarifarios que existen entre las partes, especialmente en el caso de SCD.

vii.- No existen barreras de entradas para la creación de diversas EGC en una misma categoría de obra o derecho.

viii.- Señalaron que se utilizan criterios objetivos para la determinación de las tarifas, tal como el uso efectivo y la amplitud del repertorio; y que, de todas formas, la fijación de una tarifa sobre la base de los ingresos del usuario no constituye de por sí una situación de abuso de poder.

No obstante lo anterior, para el caso de incorporar más criterios, éstos deben mirar la situación de los titulares de derechos, la situación económica de la EGC y sus asociados, o la relación histórica con el usuario o asociación de usuarios, entre otras.

ix.- En cuanto al sistema de mediación y arbitraje, indicaron que su no implementación demuestra su éxito, toda vez que su objetivo es que las partes resuelvan sus diferencias bilateralmente y de manera extrajudicial. Asimismo, la literatura económica lo avala porque es un sistema que incentiva a las partes a hacer propuestas razonables.



x.- En lo que respecta a la legitimación activa, se señaló que permitir que usuarios individuales acudan directamente al sistema de mediación y arbitraje, debilitaría el poder de negociación de las asociaciones de usuarios frente a las EGCs, así como la lógica actual del sistema.

Las EGCs manifestaron que una propuesta normativa eficiente, sería establecer reglas concretas de buena fe en la negociación y permitir que éstas pudiesen, también, iniciar los procesos de mediación y arbitraje, pues, en algunos casos el poder de negociación reside en los usuarios, quienes dilatan las negociaciones y no actúan con la buena fe debida.

Finalmente, algunos aportantes criticaron la solicitud de Anatel, porque estimaron que aquélla no presenta un real problema de competencia, sino que corresponde a una discusión de carácter meramente distributivo, sin haber acompañado, tampoco, evidencia que acredite las ineficiencias al mercado que aludió y que las modificaciones legislativas propuestas implicarían un detrimento de los derechos establecidos en favor de los titulares de las obras protegidas por el derecho de autor, entregando a terceros que determinen las tarifas por el uso de éstos, lo cual, a juicio de las ACGs, desconocería la garantía fundamental que se resguarda a través de la propiedad intelectual.



VI.- INFORMARON

- a) La Fiscalía Nacional Económica.
- b) El Instituto de Propiedad Industrial (INAPI).
- c) El Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
- d) El Departamento de Derechos Intelectuales (DDI).

VII.- Informe de esta Corte al Presidente de las Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de la Cultura y de las Artes de la Honorable Cámara de Diputados de 17 de octubre de 2007 y reiterado en el año 2009, respecto de la Ley N° 20.435 que modificó la Ley N° 17.336 y, que en lo pertinente a los artículos 100 bis y 100 ter, sólo refiere aspectos formales de su redacción, sin emitir su parecer en relación al sistema de solución de controversias ni al mecanismo que se habilitaba al efecto, propuestos por la referida ley, como tampoco lo hizo en relación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:**I.- Reclamación ANATEL**

1°.- Que la reclamante, en primer lugar, sostiene que la sentencia impugnada omitió referirse a los problemas de competencia y las fallas normativas que denunció pues, la LPI les entregó a las EGCs la facultad de concentrar un poder monopólico en la oferta del uso de los derechos que administra, lo cual les ha permitido cobrar precios



supracompetitivos, ineficientes, excesivos y múltiples porque existe sólo una EGCs por categoría de derecho intelectual y que al constituir éstos un insumo esencial para el giro de los usuarios les impide no adquirirlos, sin perjuicio que, además, esos precios carecen de una justificación y base económica.

Señala que el poder monopólico de las EGCs, es un hecho pacífico y unánimemente reconocido por todos quienes han analizado esta industria y así expresamente lo señaló la Comisión Resolutiva en su oportunidad, la Fiscalía Nacional Económica, también se desprende de la Historia de la Ley N° 17.336, el informe en derecho que acompañó su parte, lo afirmaron los demás intervinientes que aportaron antecedentes a estos autos, la literatura especializada y así también se ha entendido en el derecho comparado que cita.

En nuestro país, conforme a las reglas legales actuales, las EGCs ejercen una posición dominante en el mercado sin contrapesos, porque son titulares de derechos que prácticamente se agrupan en una única entidad por cada rubro, sin que existan alternativas ni sustitutos para los usuarios que quieran utilizarlos, v gr. los actores se congregan todos en "Chileactores"; los músicos y compositores en "SCD", escritores y editores en "SADEL"; los artistas plásticos, fotógrafos y diseñadores están reunidos en "Creaimagen"; y la única salvedad está en los



directores y guionistas, quienes desde el año 2017 se reúnen en ATN y DYGA e incluso se deben pagar a multiplicidad de EGC para hacer uso de las obras. Señala que, se trata de defectos endémicos y estructurales del mercado, que sólo pueden solucionarse con una regulación adecuada y que la actual legislación no cumple, desconociendo con ello los beneficios de la libre competencia en la negociación de las tarifas, perjudicando a los usuarios, a los titulares de los derechos intelectuales y en definitiva a los consumidores.

Así, en lo que respecta a los canales de televisión, señala que sus tarifas corresponden a un simple porcentaje sobre los ingresos brutos del usuario, el cual: (i) no obedece a parámetro objetivo alguno; (ii) omite considerar el uso efectivo que el usuario haga de los derechos (sólo SCD y Chile Actores dice que hacen una mínima mención al respecto); (iii) no pondera el valor económico real que su uso aporte a la generación de los ingresos; (iv) no considera el cúmulo de tarifas que los usuarios deben pagar entre las múltiples EGCs existentes por la exhibición de contenidos; y (v) tampoco considera los servicios que la EGCs pueden ofrecer a los usuarios; entre otros diversos factores que deberían ser utilizados y no lo son. Así por ejemplo, Chileactores, fija una tarifa para los canales de televisión equivalente al 2% de explotación de la cadena televisiva respectiva, ATN 2% por la Dirección y 2% por el



guión sobre los ingresos brutos mensuales de explotación del organismo, entre otros.

Además, sólo las asociaciones de los usuarios tienen la posibilidad de negociar las tarifas con las EGCs, en cambio los usuarios individuales se encuentran obligados a pagar los valores que fijan éstas, de forma tal que es el sistema - la ley- quien los obliga a negociar y verse sometidos a tarifas supracompetitivas, razón por la cual están obligados a unirse, para hacer viable su actividad.

Manifiesta que las modificaciones legales introducidas con la Ley N° 20.243, respecto al cobro de los derechos intelectuales de actores, directores y guionistas han agravado el problema competitivo antes descrito, porque v gr. al realizar una producción, el canal de televisión debe pagar a todos quienes participen en ella y cuando, luego, la exhibe debe volver hacerlo, esta vez, a través de la tarifa que cobran las EGC, dando lugar a lo que en libre competencia se denomina "precios excesivos", los cuales no pueden ser internalizados en la remuneración de dichos participantes, puesto que, ésta última-la cual si se transa en un ambiente de competencia- se efectúa en una etapa previa. Todo lo expuesto dice que fue acreditado en el informe económico que acompañó, suscrito por don Juan Pablo Montero, de lo cual dice que nada expresó la Resolución de Término.



Agrega que los usuarios se ven en la obligación de pagar una multiplicidad de tarifas supracompetitivas, atendido que hay tantas EGCs como géneros existen. Así en el caso de la televisión, que se hacen uso de diversos derechos -músicos, compositores, actores, directores y guionistas-, se ven obligados a pagar tarifas a cada una de esas entidades, llegando incluso a montos equivalentes a un 8,9% de su facturación, cifra que señala es desproporcionada y que los haría económicamente inviables, ocurriendo lo mismo para los otros usuarios, externalidad negativa que dice, igualmente, se demostró a través del informe económico que acompañó, el que propuso para solucionar el problema de competencia descrito: "diseñar un mecanismo para que todas las Entidades Colectiva negocien sus tarifas de forma conjunta, simultánea con las respectivas asociaciones de usuarios", de lo cual dice que la resolución impugnada no se hizo cargo.

2°.- Que, en un segundo capítulo, el reclamante expresa que la resolución impugnada incurre en graves errores, contradicciones y omisiones al analizar el mecanismo de solución de conflictos tarifarios porque, si bien, reconoce que éste constituye un contrapeso al poder monopólico que tienen las EGCs, olvida señalar que LPI, ha sido incapaz de asegurar que exista un tribunal que conozca y resuelva la falta de acuerdo entre las EGCs y las asociaciones de usuarios sobre la determinación de las



tarifas y tampoco nada dice en cuanto que el mecanismo empleado -oferta final- no permite una real solución al conflicto.

Señala que, conforme al artículo 100 bis inciso segundo y 100 ter inciso tercero ambos de la LPI, para que funcione el sistema de mediación y arbitraje se requiere de la inscripción de un mínimo de 4 miembros en el Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual que lleva el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. Sin embargo, en la actualidad no existe ese número, por lo cual el sistema no puede operar, sin perjuicio que, además, sostiene que se trata de mecanismo inadecuado y que se aleja de los empleados a nivel comparado, en que la materia se entrega a órganos jurisdiccionales únicos, técnicos, especializados e imparciales para resolver estos conflictos, logrando mayor certeza y generando jurisprudencia al efecto, todo lo cual no sucede con el actual mecanismo.

En ese mismo orden de ideas, indica que el sistema de "oferta final", como método para resolver el conflicto, sólo agrava los problemas y deficiencias, porque obliga al tribunal arbitral a optar exclusivamente entre la propuesta de la EGC o la de la asociación de usuarios, entregadas en un sobre cerrado, la cual no puede ser modificada por la entidad ni sometida a una nueva mediación o arbitraje en un plazo de 3 años, obviando el análisis de todos los



elementos y factores a considerar en la determinación de las referidas tarifas, reduciéndola a una simple elección de dos propuestas, lo cual ha sido ampliamente criticado por la doctrina especializada, puesto que para este tipo de conflictos no es la pertinente y es por ello que el informe económico agregado por su parte, a diferencia, de lo expuesto por la sentencia que se revisa, destacó que para que la oferta final funcione, previamente se requiere establecer una estructura tarifaria sobre la que se arbitrarán sus parámetros, razón por la cual concluye que en la actualidad, no se encuentran establecidas las condiciones que aseguren su correcto funcionamiento y sus consecuencias pro-competitivas.

Manifiesta que el sistema de mediación y arbitraje nunca ha operado, no siendo efectivo que las asociaciones de usuarios habrían, voluntariamente, optado por no activarlo pues, es evidente que no ofrece las garantías de que se llegue a un resultado justo, lo cierto es que no existen incentivos para recurrir a él.

Sin perjuicio, de indicar que la LPI permite iniciar mediación y arbitraje obligatorios sólo a las asociaciones de usuarios individuales, impidiéndoles a los usuarios individuales impugnar o negociar tarifas diferentes con la EGC.

3°.- Que, en el siguiente párrafo, el reclamante expresó que la sentencia en estudio incurrió en un error



económico grave, al afirmar que LPI impediría a las EGCs ejercer su posición dominante en la negociación de tarifas, porque prevé un espacio de negociación en que se verían favorecidas las reclamantes, desde que algunas de ellas pactan tarifas inferiores a las publicadas. Expresa que el hecho que una EGC pacte con algunos usuarios tarifas inferiores a las unilateralmente publicadas, jamás podría constituir prueba de que existirían condiciones de competitividad y menos de eficiencia, porque como se dijo, sólo los usuarios asociados pueden negociar, los individuales se ven forzados a pagar las tarifas fijadas por la EGC.

Por último, destaca que si algunos usuarios cierran acuerdos con las EGC con tarifas distintas, es porque no hay otra alternativa, puesto que sus otras opciones son aceptar las tarifas publicadas (absolutamente desmedidas e injustas) o ir a un mecanismo de arbitraje que no existe ni reúne las condiciones mínimas para que funcione, según se explicó anteriormente.

4.- Que, en un cuarto acápite, el reclamante alega que la resolución recurrida se equivoca al analizar los criterios que deben observarse para la determinación de las tarifas y que constituyen otro mecanismo de contrapeso para el poder monopólico de las EGC, porque desconoce que los criterios de la LPI son absolutamente insuficientes e



inconsistentes con la realidad que enfrenta el usuario en Chile.

El inciso séptimo del artículo 100 ter de la LPI dispone que, para resolver el arbitraje, el tribunal deberá considerar, *"entre otros criterios, la categoría del usuario, el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro de la entidad, la importancia del repertorio en el desarrollo de la actividad de los usuarios de esa categoría, y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior."*

Norma que omite importantes criterios que son indispensables, tales como el valor económico que aporta el uso de los derechos, la carga general de tarifas que el usuario paga a las distintas EGC, los servicios ofrecidos por cada EGC, la amplitud del repertorio, la intensidad y relevancia de su uso en el conjunto de la actividad del usuario, entre otros, respaldados por los intervinientes del proceso e incluso por Chileactores al indicar la necesidad de incorporar los deberes de buena fe en las negociaciones.

Y que la norma se limita exclusivamente al contexto del arbitraje, por lo que las EGCs no tienen ninguna necesidad de observarlos al publicar sus tarifas.

No obstante que la sentencia analizada reconoció que la enumeración de criterios contenida en la ley está lejos



de ser completa, descartó que esta situación fuese problemática, aduciendo que ello demostraría que el sistema "sería flexible y adaptable" y porque se podría asumir que las EGCs voluntariamente los considerarían al determinar sus tarifas. Razonamiento que señala es equivocado e incurre en graves errores económicos y jurídicos, porque al tratarse de entidades con posición dominante, es una falacia asumir que ellas voluntariamente no usarían ese poder y optarían por fijar condiciones comerciales menos ventajosas en su beneficio, puesto que aquello implica desconocer que las EGCs son actores del mercado, participando como oferentes, y como tales buscarán maximizar sus beneficios dentro del marco legal establecido, de allí que el planteamiento de la sentencia es contrario a los supuestos más básicos de la economía.

En ese mismo sentido, indica que es inadmisibles justificar la insuficiencia de la ley en atención a que, por no contener una numeración taxativa, el tribunal arbitral podría quizás, tomar en cuenta otros criterios. Ello supone validar una incerteza e indefinición intolerable en procedimientos de esta naturaleza; contradice la finalidad original perseguida por el propio legislador al incorporar en la LPI los criterios que se deben observar; permite que se mantengan los problemas de competencia denunciados y pasa por alto que a nivel comparado los criterios propuestos, han sido considerados



indispensables para poder alcanzar una tarifa justa y razonable.

Por último, señala que la tecnología, hoy, permite aplicar criterios objetivos para determinar las tarifas tal como, el uso efectivo de los derechos intelectuales y que la experiencia comparada ha adoptado, como ocurre en España, Alemania y Suecia.

5.- Que, en un siguiente capítulo, Anatel argumenta que la sentencia omitió referirse a los problemas de competencia denunciados por la Fiscalía Nacional (FNE) y el Departamento de Derechos Intelectuales (DDI).

La FNE dio cuenta de una grave falta de transparencia, lo cual genera una serie de problemas que afectan al mercado, desde que no existe un órgano u otra forma que permita verificar que las EGC una vez constituidas mantengan la representatividad mínima que exige la ley, publiquen todas sus tarifas, respeten las reglas de repartición de derechos y cumplan con las exigencias contables, lo cual se ve agravado porque no existe un procedimiento de reclamo en virtud del cual se pueda notificar a la autoridad, la ocurrencia de infracción a la legislación relativa a la gestión de derechos intelectuales.

6.- Que, por último, la reclamante señala que la resolución se equivoca y es absolutamente improcedente e infundada, al indicar que no aportó antecedentes para



evaluar cómo las medidas que solicitó podrían tener un impacto concreto en la libre competencia, desde que acompañó numerosa prueba que acredita cada uno de los puntos de su solicitud, entre la que se encuentra un informe económico elaborado por expertos en la materia, documentos, jurisprudencia y detallado material sobre la experiencia comparada. Asimismo, agrega que la sentencia pasó por alto que en autos comparecieron más de 20 intervinientes, recopilándose más de 2.000 fojas de antecedentes, todos los cuales demuestran la necesidad de decretar las medidas solicitadas, que enumera y justifica tal cual lo hizo en su solicitud y que vuelve a reiterar en su arbitrio.

Razones por las que solicita se acoja su reclamo y en su lugar se acceda a su solicitud de recomendación normativa

II.- Reclamación de Red Televisiva Megavisión S.A.

7.- Que la reclamante funda su arbitrio en que el TDLC resolvió no ejercer la facultad dispuesta en el artículo 18 N° 4 del DL N° 211, porque no consideró los antecedentes aportados al expediente, omitiendo hacerse cargo de los problemas de competencia que se expusieron.

En lo que interesa, señala que la primera causal de enmienda que expone, radica en que las EGCs ejercen un monopolio natural no regulado y sin contrapesos dentro del mercado, lo cual les permite fijar tarifas de manera



unilateral y exclusivamente sobre la base de los ingresos brutos del usuario, sin que exista una fiscalización a su respecto e ignorando criterios económicos fundamentales porque obedecen a parámetros objetivos conocidos, omiten considerar el uso efectivo que el usuario haga de los derechos (sólo SCD hace una mínima mención al respecto); no pondera el valor económico real que su uso aporta a la generación de los ingresos para el usuario; no discurre en el cúmulo de tarifas que los usuarios deben pagar entre las múltiples EGCs existentes por la exhibición de contenidos; y tampoco contempla los servicios que éstas pueden ofrecer a los usuarios; convirtiéndolas en tarifas ineficientes y supracompetitivas que carecen de una justificación económica.

Añade que los referidos problemas de competencia, causan graves perjuicios a los usuarios, a los titulares de derechos intelectuales y a los consumidores finales, afectando también la viabilidad del negocio, puesto que los titulares de derechos perciben menos ingresos de los que tendrían en condiciones de competencia y, asimismo, conduce a los usuarios a tomar decisiones alejadas del óptimo social en lo relativo a la producción y la elección de los contenidos a exhibir a los televidentes, perdiéndose una serie de importantes beneficios para ellos como para la industria en general, afectando al consumidor a quienes los usuarios puedan traspasarles dicha carga.



Concluye que estos vacíos normativos, evidencian que la regulación actual es deficiente y vulnera la libre competencia, puesto que, en la práctica, no existe un sistema que permita identificar y controlar los potenciales daños que derivan del monopolio natural y determinan que las EGCs no tengan incentivos para ser eficientes en su administración ni para innovar en la oferta de sus servicios, puesto que el sistema de resolución de controversia no constituye, tampoco, un real mecanismo para resguardar la libre competencia.

La reclamante, conforme a lo expuesto, describe la segunda causal de enmienda a la Resolución de Termino, la cual radica en la necesidad de establecer un mecanismo de solución de conflictos como elemento competitivo porque, si bien, la LPI establece uno para que éste funcione se requiere que el tribunal, por un lado, se constituya, porque en la práctica lo cierto es que el Registro Público de Mediadores y Árbitros no cuenta con inscritos suficientes para su instalación y , dos, cuente con un procedimiento que se integre bajo reglas claras y objetivas que permitan su aplicación. De forma que si se mantiene un esquema de oferta final, previamente de establecerse una estructura tarifaria que se sustente sobre la base de criterios económicos objetivos, para que el órgano resolutor pueda optar por uno de los precios propuestos, teniendo la certeza que aquellos cumplen un



estándar que respete los principios básicos de la economía, lo cual con la actual legislación no se cumple.

Por último, como tercera causal de enmienda, refiere que el TDLC no valoró los antecedentes aportados por los usuarios para fundar su decisión de no ejercer la facultad contemplada en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211, porque del mérito del proceso se evidencia la gran cantidad de documentación, jurisprudencia y antecedentes sobre la experiencia comparada, que dan cuenta de los problemas económicos expuestos y que ameritaban acoger la solicitud. Es más, indica que en el informe económico suscrito por don Juan Montero se concluyó que la ley les ha otorgado a las EGCs una posición dominante en el Mercado que se traduce en precios excesivos sobre la industria de la televisión de libre recepción, esto porque la base sujeta a remuneración que contemplada LPI obliga a sobre remunerar derechos de propiedad intelectual, al incluir en ella la primera edición.

Razones todas, por las que solicita que, por la vía de la reclamación y en uso de sus atribuciones, que este Tribunal revise y en definitiva revoque lo fallado por el TDLC, resolviendo en definitiva ejercer la facultad de proponer las recomendaciones normativas solicitadas, con el fin de mejorar las condiciones competitivas en la determinación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y remuneraciones aludidas en esta presentación,



todo ello conforme a las atribuciones previstas en el 18 N°4 del Decreto Ley N° 211.

III.- Reclamación de Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI)

8.- Que el reclamante, al igual que el aportante anterior, centró su arbitrio, en que la Resolución de Terminó del TDLC no se hizo cargo de los problemas de competencia que se denunciaron y tampoco consideró los antecedentes que se acompañaron al efecto.

En primer lugar, reitera que los jueces de base no consideraron la calidad de monopolio natural de las EGCs y que la regulación actual es deficiente.

Señala que la Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales (SCD), única EGC autorizada en su rubro, les otorga una licencia no exclusiva, mediante la cual permiten a los organismos de radiodifusión utilizar las obras que están bajo su repertorio, lo cual demuestra el monopolio natural, el cual dice que en la legislación actual mantiene una regulación deficiente que vulnera los principios de la libre competencia, porque LPI no contiene un sistema que permita identificar y controlar los potenciales daños que producto de ese monopolio se producen en la economía.

Precisa que la LPI autoriza a que las tarifas por el cobro del uso del derecho de autor, conexos y otros sean fijadas en forma unilateral por las EGCs, lo cual ha derivado en que las establecidas, ignoran todo criterio



económicos y en nuestro ordenamiento jurídico no existe una agencia reguladora de aquellas que efectúe una revisión o admita una impugnación por los cobros injustos, excesivos y acumulativos que los usuarios deben pagar, lo cual dice que afecta la libre competencia. Por otra parte, el sistema de arbitraje fijado por la referida normativa resulta inoperante y poco justo, lo primero porque nunca se ha constituido debido a que no cuenta con el número de personas para ello y tampoco existe un incentivo para solicitarlo desde que el procedimiento que resuelve la controversia, esto es, el denominado de oferta final, en que el juez arbitral sólo puede optar por una de las propuestas entregadas por las partes en sobre cerrado, escapa de toda lógica y no se corresponde a las reglas de mercado, impidiendo al órgano resolutor ejercer una verdadera jurisdicción, lo cual se ve agravado porque las tarifas que se fijan, como se dijo, carecen de bases económicas objetivas que permitan asegurar que la elección que realice el árbitro, al menos estuviese acorde con las reglas del mercado. Por tanto, el mecanismo de solución de conflictos no otorga un contrapeso real y efectivo, para restar fuerza al poder monopólico que ejercen las EGCs, como lo demuestra el hecho que jamás ha sido invocado, cuestión fundamental en una economía de libre competencia y que justifica plenamente la solicitud realizada por Anatel.



En seguida, el reclamante indica que cualquier sistema de regulación de monopolios naturales, debe necesariamente establecer un mecanismo por medio del cual se pueden identificar y controlar los potenciales daños a la competencia, cuestión que en la LPI no existe, ya que el supuesto control es por medio de un arbitraje que conforme se explicó, presenta problemas de forma, fondo y nunca ha funcionado, todo lo cual dice que da cuenta que la actual ley y las instituciones que crea para regularlas, son ineficaces para resguardar la libre competencia y aquello ha permitido que las EGCs, cobren tarifas fijadas sólo sobre un porcentaje de los ingresos brutos de la entidad pagadora, sin que dichos cobros guarden relación con el fundamento jurídico que se invoca para percibir los ingresos, transformándose en un abuso de una posición dominante en el mercado, así por ejemplo, en la actualidad, para la explotación de las obras musicales, la SCD cobra un porcentaje de los ingresos totales de las emisoras de radio.

Por último, señala que los cobros desiguales también dañan la libre competencia, porque si bien, es efectivo que los usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGCs, lo cierto es que esa diferenciación demuestra, justamente, lo que se viene desarrollando, esto es, la



existencia de prácticas anticompetitivas que dan cuenta del abuso de la posición monopólica de las entidades y el excesivo poder negociador de éstas que ameritan la necesidad de modificar la legislación actual.

En definitiva, solicita se enmiende conforme a derecho la sentencia revocándola, y en su lugar, dicte una de reemplazo que ejerza la facultad dispuesta en el artículo 18 N°4 del DL N° 211.

IV.- Reclamo de Producciones Megavisión Limitada.

9°.- Que la reclamante reitera los errores y omisiones que las aportantes anteriores señalaron y en que incurriría la Resolución de Termino, esto es, que no se consideró la calidad de monopolio natural de las EGCs, que la regulación normativa actual es deficiente, el mecanismo de solución de conflictos contemplado por la LPI no constituye un elemento competitivo, no existe un órgano que identifique y controle los potenciales daños que como consecuencia de la posición dominante ejercen las EGCs y que las tarifas diferenciadas quebrantan la libre competencia.

Explica que su representada, atendido su giro, sólo puede adquirir los derechos intelectuales que usa a través de la SCD, única EGC autorizada para administrar derechos autorales generados por la utilización de obras musicales y fonogramas, siendo quien unilateralmente establece las tarifas por ese uso, las que regirán a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin que exista un



mecanismo de consulta o supervisión de la autoridad respecto de ese valor o algún medio que permita impugnar los valores fijados o al menos conocer los factores que se tuvieron para arribar a éstos, puesto que no existe relación alguna entre el fundamento de la tarifa y la forma en que se recauda, así la mayoría cobra un porcentaje sobre los ingresos brutos del usuario, sin considerar, por ejemplo, el uso efectivo que de ellos se hace y la multiplicidad de tarifas que se generan debido a que existe una EGC por rubro, lo cual se traduce en que ese pago pueda alcanzar hasta un 8,9 % de la facturación de los usuarios, afectando la viabilidad económica del negocio, elementos que alteran la libre competencia.

Por su parte, el sistema de arbitraje previsto en la LPI para la resolución de conflictos, el cual supuestamente otorga un contrapeso, no funciona más allá de lo teórico/conceptual, resultando tan inaplicable que jamás ha sido utilizado desde su creación y no por que no existan conflictos entre las partes, sino por la ineficacia y falta de confiabilidad en el mismo.

En relación al sistema de oferta final, señala que es indispensable que, previamente, se cuente con una estructura tarifaria, cuyos criterios y elementos deben encontrarse definidos de forma tal que el órgano resolutor pueda optar por uno de los precios propuestos, siempre que éstos se enmarquen dentro de ese margen de factores



económicos, elementos que la actual legislación no contempla y que se traduce en que no existe un mecanismo por medio del cual se pueda identificar y controlar los potenciales daños a la competencia que produce un monopolio natural como el que mantienen las EGCs, todo lo que hace palpable la distorsión del mercado.

Del mismo modo, reitera que la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGCs, constituye una clara muestra de las prácticas anticompetitivas que éstas efectúan.

Por último, indica que todo lo expuesto conduce a incurrir en graves infracciones a la legislación, por lo que solicita que esta Corte revoque lo fallado, resolviendo en definitiva ejercer la facultad de proponer recomendaciones normativas, lo cual se debe traducir en la dictación de los preceptos legales y/o reglamentarios que estime pertinentes, ya sea de aquellas propuestas por la solicitante Anatel y/o por cualquiera de los aportantes de antecedentes, incluida su representada, todo ello para mejorar las condiciones competitivas en la determinación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y remuneraciones.

V.- Reclamación Asociación Gremial de Empresarios Hoteleros de Chile.



10°.- Que la reclamante expone que la Resolución de Término no se hizo cargo de las defensas y peticiones que formuló su parte en el procedimiento.

Explica que se vio obligada a intervenir en los presentes autos, porque los cobros sobre derechos de autor que se efectúan a los empresarios hoteleros, son improcedentes toda vez que sus representados no forman parte del Mercado relevante de esta materia ni del giro de su negocio y, por lo demás, éstos se encuentran pagados por quienes efectúan realmente un acto de comunicación pública como lo son los radiodifusores. Manifiesta que se les aplica una tarifa que se estructuran sobre la base de contar el hotel o recinto turístico con aparatos televisivos o de difusión radiofónica y/o de las rentas brutas que haya obtenido el hotel, sin importar el nivel de ocupación, el uso efectivo de los aparatos antes mencionados ni ningún otro factor objetivo que pueda llegar a indicar el nivel real de uso de los derechos respectivos.

Por otra parte, debido a la diversidad de hoteles que existe, les es imposible negociar de manera conjunta con las EGCs y la ley, les impide hacerlo individualmente, de forma tal que se ven expuestos a pagar de manera compulsiva dichas sumas que carecen de todo sustento y razonabilidad económica, lo cual ha significado que sus conflictos se solucionen a través de los tribunales ordinarios de



justicia, generando decisiones contradictorias y provocando un gran perjuicio a sus representados.

Razones por las que, en primer lugar, estima que se deben dictar los preceptos normativos que excluyan a los hoteles del pago de tarifas por derechos de autor y, para el evento de considerar que éstos proceden, la LPI debe fijar criterios económicos objetivos para determinar las tarifas; se permita a los hoteleros negociar sus montos individualmente y se realicen estas negociaciones en una misma época e instancia, para una evaluación completa, con el fin de evitar que las distintas EGCs ejerzan indebidamente su poder de mercado en la fijación de las tarifas a las asociaciones de usuarios o a los usuarios individuales, y así se determinen las tarifas teniendo en consideración la totalidad de pagos que deberán hacer los usuarios por este concepto.

Señala que la inclusión de esta recomendación normativa es trascendental para que las reglas de la LPI respeten los principios y normas que rigen la libre competencia en este mercado, pues al existir diferentes EGC, que normalmente concentran el 100% de un mercado específico, importa negociar y determinar tarifas de forma separada con cada uno de ellas, lo cual permite que éstas ejerzan un poder abusivo imponiendo, en definitiva, tarifas que, consideradas todas en su conjunto, pueden llegar a



afectar de forma relevante los ingresos de los usuarios de derechos de autor y conexos.

En virtud de los razonamientos anteriores, estima que corresponde se enmiende conforme a derecho la Resolución de Término, haciendo lugar a la recomendación normativa que latamente expuso.

11° Que el TDLIC en su resolución de término de fecha veinticuatro de julio de dos mil diecinueve decidió no ejercer la facultad contemplada en el numeral 4° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 sobre la base de los siguientes argumentos:

"Que para el ejercicio de la facultad propositiva que el DL N° 211 confiere a este Tribunal, se deben distinguir dos supuestos para que ella pueda ser ejercida. ...

En particular, se debe determinar: i) si los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual efectivamente son contrarios a la libre competencia; y (ii) si es necesaria la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de la actividad económica en que incide este expediente, en caso que se estuviera prestando en condiciones no competitivas.

Para determinar si la regulación del procedimiento de fijación y negociación de tarifas es contraria o no a la libre competencia, ella debe ser examinada conjuntamente con el mecanismo de solución de conflictos, pues, como se



verá, su estructura y diseño impactan directamente en las decisiones y estrategias que deben tomar las EGC y las asociaciones de usuarios en la fijación o negociación de las tarifas.

I.- Fijación y negociación de tarifas por el uso de derechos de propiedad intelectual administrados por EGC.

...Conforme a la LPI este procedimiento, en principio unilateral, también contempla la posibilidad que los usuarios, agrupados en asociaciones, negocien directamente con las EGC planes tarifarios alternativos, a los cuales puede adscribirse cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría.

Así, el procedimiento de determinación de tarifas descansa, en primer término, en la fijación tarifaria efectuada por las EGC, que puede ser aceptada lisa y llanamente por los usuarios; y, luego, en la posibilidad de negociar bilateralmente con las asociaciones de usuarios interesadas en alcanzar un acuerdo tarifario alternativo a la tarifa inicialmente fijada

Como se puede apreciar, el proceso de fijación de tarifas no es contrario a la libre competencia porque si bien contempla una etapa inicial donde las EGC pueden determinar unilateralmente, posteriormente la regulación prevé un espacio de negociación en el que tales entidades no se ven particularmente favorecidas. Ello se evidencia, de acuerdo con los antecedentes aportados al proceso y



según se expone en detalle en el párrafo 47 infra, en el hecho que algunos usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGC (v.gr. SCD foja 777 y EGEDA, foja 259).

II.- Sistema de solución de conflictos tarifarios surgidos entre EGC y asociaciones de usuarios: art 100 bis y 100 ter LPI:

En lo que respecta a su estructura, el sistema contempla una primera etapa de mediación y una segunda de arbitraje. La primera etapa sólo puede ser iniciada por las asociaciones de usuarios, la que será obligatoria para ambas partes. Luego, si esta mediación fracasa total o parcialmente, la asociación de usuarios o la EGC respectiva pueden requerir que el o los asuntos controvertidos sean sometidos a un arbitraje.

Este sistema de solución de conflictos puede ser comprendido como una herramienta al servicio de las asociaciones de usuarios en sus negociaciones con las EGC. Su diseño intenta, por un lado, disuadir la fijación de tarifas desproporcionadas o abusivas por parte de las EGC y, por otro, incentivar la concreción de acuerdos tarifarios, la creación del sistema busco desincentivar, justamente, prácticas contrarias a la libre competencia (historia de la Ley 20.435).



Los plazos establecidos en la LPI permiten sostener que se trata de un sistema de solución de conflictos expedito, toda vez que el procedimiento de mediación puede extenderse por un máximo de 60 días (artículo 100 bis, inciso quinto) y el tribunal arbitral debe dictar su fallo también dentro de 60 días, contados desde su constitución (artículo 100 ter, inciso décimo primero). Las asociaciones de usuarios tienen la posibilidad de utilizar, mientras dure el arbitraje, el repertorio o registro cuya tarifa fue controvertida, pagando las tarifas vigentes.

Luego, la composición del organismo que dirime la controversia tampoco es, en sí misma, contraria a la libre competencia. En efecto, la LPI dispone que la mediación es llevada a cabo por un mediador nombrado de común acuerdo por las partes, o en caso de no haber acuerdo, por el juez de letras en lo civil del domicilio de la EGC respectiva. Por su parte, el tribunal arbitral que dirime, en caso de que fracase la mediación, está integrado por tres árbitros arbitradores, dos de los cuales son designados por cada una de las partes y el tercero de común acuerdo por éstas. El mediador y los árbitros deben estar previamente inscritos en el Registro de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual (artículo 100 bis inciso tercero y artículo 100 ter inciso tercero). Al respecto, si bien la Solicitante y los agentes económicos consultados por la FNE concuerdan en que existe un bajo número de personas inscritas en el



registro, el análisis de los requisitos exigidos por la LPI para ser incorporados a él muestra que éstos son razonables y de fácil cumplimiento. (Art 100 bis inc 1)

La LPI regula tanto la forma en que los árbitros deben fallar una controversia, como los criterios que deben observar para resolverlas. Lo cual señala que no vulnera en sí mismo la libre competencia.

En cuanto a la modalidad de oferta final (art 100 ter inciso noveno) incentiva a las partes de un conflicto (en este caso, las asociaciones de usuarios y EGC) a formular propuestas mesuradas al árbitro para evitar el riesgo de su completo rechazo y la elección de la propuesta formulada por la contraparte y la literatura económica reconoce dichos beneficios al sistema. De igual modo, los informes económicos aportados al proceso concuerdan con las ventajas que supone el sistema de arbitraje de última oferta y si bien en el caso de Anatel tiene reparos respecto de la aplicabilidad de este sistema en relación con la estructura tarifaria sobre la cual operaría, reconoce que "en caso de disputas por la determinación de tarifas de derechos de propiedad intelectual, consideramos que para esta industria un esquema de final offer arbitration sería beneficioso, toda vez que la revelación de las partes y su convergencia entregan importante información al proceso" y en un sentido similar se pronunció la FNE en su resolución de 30 de agosto de 2017, que aprobó la operación de concentración



entre Time Warner Inc. y AT&T Inc. Y dicho sistema ha sido adoptado en otros sectores como el de telecomunicaciones y eléctrico. En el expediente no consta que algunas de las normas relativas a este sistema de arbitraje en estos sectores haya, hasta ahora, sido cuestionada desde la perspectiva de la libre competencia.

En lo que respecta a los criterios que deben guiar la resolución del arbitraje, la LPI obliga a los árbitros a considerar ciertos criterios objetivos cuando resuelven la controversia relativa al monto de las tarifas asociadas a la utilización del repertorio de las EGC. La LPI enuncia a modo ejemplar algunos, como la categoría del usuario; el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro de la entidad; la importancia del repertorio en la actividad de los usuarios de esa categoría; y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior (artículo 100 ter, inciso séptimo). Como el listado de criterios propuestos no es taxativo.

Esto demuestra que se trata de un sistema flexible y adaptable a eventuales cambios de prácticas comerciales, así como a la situación particular del derecho que se está tarifando y su respectiva utilización por parte de los usuarios.

Ahora bien, si bien es cierto que el mencionado artículo 100 ter, inciso séptimo, no obliga explícitamente



a las EGC a incluir dichos criterios en la fijación inicial de sus tarifas, resulta razonable asumir que estos se tienen en cuenta tanto en la fijación de la tarifa inicial realizada por dichas entidades, como en las ofertas y contra ofertas que se intercambian con las respectivas asociaciones de usuarios en el marco de las negociaciones de tarifas.

De todo lo expuesto se concluye que los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la LPI no son contrarios a la libre competencia.

Análisis de la necesidad de dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios:

De la historia de la Ley 20435, se puede apreciar que los problemas de libre competencia advertidos en el anterior diseño institucional del procedimiento de fijación y negociación de tarifas fueron tomados en consideración durante la tramitación previa a la dictación de ésta.

No obstante, los antecedentes aportados al proceso permiten constatar que el sistema de mediación obligatoria y arbitraje no ha sido utilizado hasta la fecha por las asociaciones de usuarios, hecho respecto del cual existe consenso entre los diversos agentes, pero no de las razones que lo ocasionan (FNE, foja B7g). Para algunos por lo bueno del sistema y para otros por las falencias que presenta respecto de su constitución y modalidad de utiliza que no asegura un justo precio.



Sin perjuicio de que no se cuentan con antecedentes suficientes que permitan a este Tribunal emitir un juicio sobre el funcionamiento en la práctica de este sistema, las supuestas falencias del mismo que algunos aportantes han señalado, de existir, no tienen su origen en un diseño institucional contrario a la libre competencia, como fue analizado en el acápite letra C precedente, por lo que no se justifica ejercer la facultad propositiva.

Finalmente, en relación con el resto de las propuestas indicadas por la Solicitante y los distintos aportantes de antecedentes relativas a la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios en la industria analizada en este expediente de recomendación normativa (v.gr. negociar todas las tarifas en una misma época e instancia, aumentar el plazo de vigencia de las tarifas determinadas por el tribunal arbitral, agregar otros factores objetivos para la determinación de tarifas, contemplar un periodo de oposición luego de la publicación de las tarifas o establecer un límite al porcentaje de ingresos totales de los usuarios que podrá ser destinado al pago de derechos intelectuales, entre otras), no han sido presentados en autos antecedentes suficientes que permitan evaluar cómo dichas medidas podrían tener un impacto concreto en la libre competencia, por lo que este Tribunal no ha logrado formarse convicción acerca de la necesidad de ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del D.L. N°211”.



12°.- Que, resulta pertinente destacar que el artículo 5° del Decreto Ley N° 211, prescribe que "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia."

Por su parte, el numeral 4 del artículo 18 del cuerpo normativo antes citado, consagrada la denominada "Potestad Propositiva" o "Requisitoria" del TDLC, y que consiste en "Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas."

De las normas antedichas, se desprende que la facultad propositiva importa posesionar dentro de la agenda pública del Ejecutivo, un tema que debe ser resuelto a través de una serie de decisiones o acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos -cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo (Cobb, Roger



W. and Elder, Charles D. (1971) "The Politics of Agenda-Building: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory", *The Journal of Politics*, Vol. 33, N° 4 (Nov.), pp. 892-915), estas atribuciones se instalan directamente dentro del ejercicio de las potestades públicas que la ley asigna a los diversos órganos que conforman la compleja realidad jurídica del Estado (Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 585-700.2) y, es sobre la base de esta naturaleza y contenido sustantivo, que debe analizarse dicha potestad, puesto que siempre estará asociada a elementos externos, por tanto, tal como lo indican los jueces de base, al momento de decidir sobre su ejercicio, se debe tener consideración los efectos que la normativa propuesta tiene en relación a la libre competencia del mercado que se trate, sus actores y los bienes jurídicos protegidos por el legislador, de manera de proponer una ley que permita integrar al ordenamiento jurídico en materia económica, sin desconocer su *quid*, esto es, "*fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas*".

13°.- Que, por consiguiente, para resolver sobre la procedencia de ejercer la referida facultad, es necesario precisar si conforme a los supuestos fácticos que entregaron los aportantes, efectivamente, existe en el



mercado de la fijación de tarifas por el uso y pago de los derechos intelectuales, factores que alteran o impiden el ejercicio de una libre competencia entre los intervinientes y que la actual legislación no resuelve y/o agravaría, impidiéndoles obtener los beneficios que de ella derivan y, en consecuencia, fundamentan la necesidad de proponer las modificaciones legales que sugieren los reclamantes.

Para cumplir con dicho fin, es necesario entonces recordar ciertos conceptos, reiterando además lo declarado por esta Corte (Rol N°s 7.3923-2016, 41.801-2017 y 4108-2018). Así, cabe señalar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos. La legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, sino también afectando los intereses de los consumidores,



circunstancia que en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

Sobre el particular, se ha dicho: *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado"*. (Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el



ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

14°.- Que, ahora bien, la libre competencia inserta en el Derecho de Propiedad Intelectual, conforme se explicitó en los aspectos preliminares de este fallo, debe ser analizada bajo el amparo de coordenadas matizadas por la concurrencia de esta garantía fundamental, puesto que el objeto que se resguarda a través del Derecho de Autor, "son los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina" (artículo 1° de la Ley N° 17.336). En palabras de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los derechos de autor son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente, puesto que la propiedad intelectual se corresponde con la información o los conocimientos que pueden incorporarse en objetos tangibles y que luego adquieren un valor que les permite ser transados en el mercado.

Por tanto, la negociación de estos bienes, -que emanan de la creación del intelecto del hombre- tienen características especiales y distintas a las reglas del mercado tradicional, que hacen que la eficiencia de la asignación de los recursos deba ser medida, también, a



partir de elementos diferentes de las del prototipo como son, entre otros, la protección y difusión de los derechos intelectuales, el acceso y comercialización de los bienes transados para los agentes del mercado, la rapidez y eficacia en se desarrolla esa venta y que se perciben los ingresos por los titulares de los derechos.

La problemática de este mercado radica principalmente en que respecto de estos bienes, no existe escasez o limitación en su uso, la utilización múltiple y simultánea es posible sin afectar su valor, por el contrario, esa multiplicidad mejora y aumenta su valor en el mercado, sin embargo, al mismo tiempo el hecho de que la accesibilidad y transferencia a terceros sea más rápida y fácil, produce en la mayoría de los casos, el que no se contabilice los costos que se generan para el autor la creación de la obra, -que son muy altos en comparación a su reproducción-, debido a la imposibilidad técnica del titular del derecho de fiscalizar individualmente todos los usos, es lo que los economistas denominan "free rinding", un modelo que predice que los individuos racionalmente buscan capturar los beneficios del trabajo de otros, lo que desincentiva al creador a invertir en nuevas producciones, (Alexander Gregory y Peñalver Eduardo, An Introduction ta Propereg Theory. Pág 29), lo cual redundo en una asignación ineficiente del recurso mismo, desde que se ve privado de



la retribución, que cualquier vendedor en el mercado general tendría derecho a percibir por el objeto que vende.

Es en razón de aquello entonces y, sin desconocer la gran cantidad de teorías que existen para entender la fundamentación teleológica del derecho de propiedad intelectual, que se crea esta especial forma de amparo, otorgándole al autor una protección - a través del derecho de propiedad- para eliminar el libre acceso del uso de la obra a terceros, sin que previamente éstos paguen un precio por ese uso, entendiendo dicha prestación más que una contribución a la misma, como un incentivo para la actividad creadora del autor que a su vez, redundará en un beneficio social "así, la justificación económica para la propiedad intelectual recae no en recompensar a los creadores por su trabajo, sino en asegurar que ellos tengan los incentivos apropiados para involucrarse en actividades creativas" (Lemley, Mark. 2007. A New Balance between IP and Antitrust. [en línea] John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School Working Paper No. 340 April 2007. This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=980045>).

15°.- Que, siguiendo la referida línea argumentativa, es importante también precisar el concepto de posición dominante, que se equipara con un poder de mercado:



"[...] El poder de mercado ha de ser medido al interior del respectivo mercado relevante, el cual viene definido por el bien o producto de que se trate y la respectiva área geográfica en la cual aquél es objeto de transacciones dotadas de aptitud para influirse recíprocamente" (Domingo Valdés, obra citada, páginas 551 y 552).

Luego, para que esta posición dominante requiera la atención de la jurisdicción, se requiere que quien la ejerce lo haga abusivamente y, en ese sentido, el autor citado expresa que "la voz 'abuso' da cuenta del empleo impropio, inmoderado o injusto que se realiza de algo.

[...] El abuso que interesa al Derecho antimonopólico es aquel consistente en el empleo de una cosa contra Derecho y no el mal uso impropio o inmoderado de una cosa, atendidas las exigencias de la naturaleza de esta última.

Ese algo que se puede emplear contra Derecho, no es un derecho -como acontece en la teoría del abuso del Derecho-, sino que es una situación fáctica, peculiar de un determinado mercado relevante y que se conoce como poder de mercado. De lo anterior se sigue que no cabe plantear un abuso monopólico en abstracto, sino que éste se halla supeditado a la efectiva existencia de un poder de mercado al interior de un mercado relevante, el cual pueda ser ejercitado en forma abusiva" (Domingo Valdés, obra citada, páginas 554 y 555).



16° Que, es en razón de lo anterior que la economía moderna admite la necesidad que los derechos de autor, conexos y particulares sean explotados a través de monopolios, lo cual se traduce en la práctica en que, por un lado, para hacer uso de éstos se deba contar con la autorización del titular del derecho y, por otro, que la administración de las licencias y/o permisos de usos, se realice colectivamente a través de EGCs.

Las EGCs, son aquellos órganos que administran colectivamente los derechos intelectuales y que data de mediados del siglo XIX en Europa, trasladándose luego a los Estados Unidos y Canadá, para, finalmente, alcanzar parte de Asia, Oceanía y América Latina. (Gervais, D. (Ed.). (2015). *Collective management of copyright and related rights* (Kluwer Law International). La literatura económica autorizada se encuentra conteste en señalar que éstas han resultado constituir una de las formas más eficientes para la protección, difusión y comercialización de los derechos intelectuales, puesto que permite un contacto más rápido entre el titular del derecho y el usuario, protege el uso correcto de la obra, facilita el cobro por el uso, centraliza la representación de un mayor número de obras, razón por la cual, otorgar licencias más extensas al usuario y disminuyen los costos legales y de comercialización en que tendría que incurrir cada titular al gestionar directamente sus derechos. (Kretschmer, M.,



Access and reward in the information society: regulating the collective management of copyright. (CIPPM Working paper, 2007), pág. 1).

Es decir, el monopolio que se crea en favor de los derechos de autor y conexos, al ser administrados por las EGCs, encuentra su justificación en las mismas reglas de este singular mercado, al propender una eficiente asignación de los recursos, puesto que, permite al titular del derecho de autor y/o conexos, entendido como un agente del mercado, que ingrese a un medio económico que le otorga garantías para transar sus obras -teniendo presente su naturaleza-, fiscalizar el uso correcto de la misma y exigir su pago y, paralelamente, permite que los usuarios puedan tener acceso a una gran cantidad de bienes - insumos-, reduciendo los costos legales y de comercialización del bien exclusivo que requieren para su giro, que en condiciones diversas, elevarían considerable dichos montos, razones todas que justifican la existencia de una gestión colectiva.

17°.- Que, como se dijo, la LPI chilena permite que la administración de los derechos intelectuales puede efectuarse individual o colectivamente, pero al mismo tiempo prescribe que esa decisión se adopta libre y voluntariamente por el titular y no le impide ni restringe la posibilidad que pueda hacerlo en forma individual respecto de utilizaciones singulares.



Asimismo, dicho cuerpo legal señala que las EGCs, fijan las tarifas por el uso de los derechos de autor y conexos a través de sus órganos de administración, las que rigen a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin perjuicio que pueden ser diferenciadas según categorías de usuarios, negociar planes tarifarios alternativos o tarifas especiales mediante celebración de contratos con asociaciones de usuarios y dichos montos no se encuentran sujetos a ninguna aprobación administrativa o de terceros, salvo exigir que respecto de aquellos usuarios que deben confeccionar planillas, sus valores se determinaran en relación al uso de las respectivas obras, interpretaciones o fonogramas.

De igual forma, la LPI permite la creación de varias EGCs, en relación a un rubro, exigiéndole sólo cierto nivel de representatividad; y les impide que emitan una negativa infundada para otorgar determinada licencia de utilidades o incurran en discriminación injustificada entre los usuarios pertenecientes a una misma categoría.

18°.- Que, asentado el marco normativo, se hace necesario entonces, para determinar la procedencia de la recomendación normativa que se sugiere por los reclamantes, que previamente se determine si las EGCs ejercen en el mercado relevante al que pertenecen, una posición dominante sin contrapesos que les haya permitido fijar y obtener el



pago de tarifas supracompetitivas en desmedro de los usuarios.

En ese contexto, se comparte lo razonado por los jueces del TDLC, en cuanto a que para resolver las hipótesis antes planteadas, es necesario analizar de manera conjunta el procedimiento de fijación y negociación de tarifas con el mecanismo de solución de conflictos que prescribe la misma la LPI en sus artículos 100, 100 bis y 100 ter.

Al respecto, cabe reiterar que la legislación comparada y la doctrina en general, se encuentran contestes en que las EGCs, constituyen un intermediario eficiente para la comercialización, distribución y protección de los derechos intelectuales y que una de sus funciones fundamentales consiste en la fijación de tarifas para el uso de los derechos intelectuales que administran.

En este sentido, también se explicó que la existencia de una posición de dominio no es una situación sancionable *per se* por las normas de libre competencia, sino sólo en caso de abuso de dicha situación de poder por que "la posición de dominio no está prohibida en sí misma, ni implica ningún reproche para quien goza de ella. Sin embargo, coloca a quien(es) la detenta(n) en una situación de responsabilidad que obliga a ser especialmente cuidadoso con el respeto al sistema de libre competencia". (Ugarte Soto, Alfredo. Facilidades Esenciales y Abuso de Posición



Dominante. Rducn [online]. 2013, vol.20, n.2 [citado 2020-08-01], pp.233-268. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200009>).

19°.- Que, lo cierto es que la LPI, como bien lo señalan los jueces de base, establece en principio una etapa unilateral de fijación de las tarifas en favor de las EGCs, pero también contempla la posibilidad que las asociaciones de usuarios puedan negociar directamente con éstas, planes tarifarios alternativos a los cuales, además, puede adscribirse cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría, mecanismo éste último, que ha sido recurrentemente utilizado en el medio local, como se acredita con la gran cantidad de acuerdos que se acompañaron al expediente, en los cuales se advierte que los reclamantes y la mayoría de los usuarios negocia con las EGCs las tarifas generales, para luego llegar a acuerdos ostensiblemente más bajos y estables en el tiempo, a través de convenios particulares, en los que se incorporan los criterios aludidos por el artículo 100 ter de la LPI, entre ellos, el uso de los derechos en la categoría del usuario; el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro de la entidad; la importancia del



repertorio en la actividad de los usuarios de esa categoría; y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior, tal como se comprueba en los convenios suscritos por SCD con Anatel y Archi, cuyas vigencia se pactaron hasta el 2035 y por dos años contados desde 1998 y que fue actualizado en el año 2008, respectivamente, según consta de los antecedentes aportados al expediente normativo.

Respecto a la multiplicidad de tarifas que la solicitante alega, como parte del problema de la falla de mercado que denuncia, es necesario precisar que la diversidad de insumos que requieren los canales de televisión en el ámbito de las creaciones y producciones artísticas, constituyen una realidad de su modelo de negocios, que no puede ser imputada a una falla de mercado.

Refuerza lo expuesto, el informe emitido por la FNE, que previa investigación particular, descartó el hecho que las EGCs ejercieran un poder monopólico abusivo respecto de los usuarios, expresando que las tarifas generales fijadas por éstas, tenían más bien el carácter de referenciales, puesto que en general los intervinientes, suelen acordar otros planes tarifarios.

También la historia de la ley N° 20.435 se alinea a lo señalado, pues se deja constancia por la Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 513 de 1998, considerando 5°: "Esta Comisión ejerciendo de oficio las facultades que



le otorga el Art. 5, inciso final del mencionado cuerpo legal, acuerda requerir del Supremo Gobierno que patrocine una modificación del Art. 100 de la Ley 17.336, y de su respectivo Reglamento, en el sentido de que las tarifas en cuestión sean fijadas de mutuo acuerdo por las partes interesadas, y en su defecto, mediante un Tribunal Arbitral, cuya integración, facultades y procedimientos determine la ley", es decir, siempre ha sido norte del sistema normativo de protección del derecho de propiedad intelectual el que sean las partes, concedoras del mercado, quienes negocien sus tarifas, lo cual tiene sentido sobre la base de lo que se ha dicho hasta ahora, en cuanto a que esa tarifa en realidad representa la remuneración del titular del derecho por el trabajo creativo que proporciona a través de la obra, unido a que la regla general es que las EGCs y los usuarios pacten tarifas especiales, razón por la cual no se verifica la falla de mercado a la que aluden los reclamantes en relación al sistema de fijación de tarifas.

20°.- Que, el segundo problema económico que se expuso por los reclamantes, consiste en que el sistema de solución de conflictos tarifarios contemplado en los artículos 100 bis y 100 ter de la LPI, incorporados por la Ley N° 20.435, es inoperante, ineficaz y no constituye un contrapeso para el poder de mercado que ejercen las EGCs, desde que el Registro Público no cuenta con el número de inscritos para



constituirlo y el procedimiento en virtud del cual se resuelve la controversia, esto es, el de "oferta final", es inadecuado porque se sustenta sobre la base de tarifas supracompetitivas que carecen de fundamentos objetivos y violentan las reglas del mercado.

Es necesario precisar en este punto dos aspectos: el primero, valga reiterar que el informe emitido por esta Corte al proyecto de la Ley N° N° 20.435, enviado al Presidente de las Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de la Cultura y de las Artes de la Honorable Cámara de Diputados, con fecha 17 de octubre de 2007 y reiterado en el año 2009, se limitó a precisar aspectos formales de la misma, sin emitir un pronunciamiento de fondo en relación al procedimiento de solución de controversias que aquella proponía y, lo segundo, que los reclamantes al exponer la falla de mercado refieren al "sistema de solución de controversias", sin embargo sólo consignan el arbitraje y nada expresaron sobre la mediación previa y obligatoria de la cual son los únicos legitimados a propiciar, por lo cual esta Corte entiende que no vislumbran en ella problemas de competencia, como asimismo, que ninguno de dichos mecanismos ha sido utilizado.

Despejado lo anterior, cabe señalar que los reclamantes fundaron sus críticas en la falta de implementación del tribunal arbitral por no contar el



Registro Público con el número de árbitros suficientes y a que el procedimiento de "oferta final" no es el adecuado para resolver problemas como el de la especie, -a pesar que reconocen que nunca se ha implementado, defectos a los cuales le atribuyen, el que se "genera una enorme incertidumbre e inseguridad, lo que ha sido la causa de que éste haya tenido nula aplicación". Paralelamente, las EGCs señalan que el no uso de esos mecanismos, se debe a que no ha sido necesarios, porque las partes siempre negocian antes, demostrando que el sistema contemplado en la LPI, ha funcionado como un gran incentivo, lo cual sólo devela, al contrario de lo expuesto por los reclamantes, el éxito de la normativa.

21°.- Que, por tanto, así planteada la falla de mercado, permite desestimar los reclamos desde ya, puesto que carecen de un elemento fáctico fundamental para iniciar el análisis jurídico sobre la procedencia de ejercer la facultad propositiva del artículo 18 N° 4 del D.L N° 211, cual es que, se haya utilizado el sistema de controversia o al menos solicitado su aplicación, para verificar si es efectivo lo expuesto por los reclamantes, en cuanto a que no es posible que se constituya el tribunal arbitral y que el mecanismo de oferta final no permite resolver adecuadamente el conflicto tarifario, restándole peso al equilibrio económico que debe existir al momento de fijar las tarifas por las EGCs y cuyo rol cumple dicho



procedimiento, desde que, conforme se expresó; el ejercicio de la facultad propositiva, requiere de detectar la concurrencia de problemas de competencia en el mercado de que trata y que la normativa propuesta permita fomentar la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima pertinente el análisis que realizó el TDLC al respecto, quien siguiendo los artículos en discusión, describió la estructura del procedimiento de solución de conflictos; la legitimación activa que contempla la ley, su duración; la composición del tribunal que dirimirá la controversia; y los criterios que deben observarse para su adecuada resolución, concluyendo que ninguno de estos aspectos vulnera en sí mismo la libre competencia y que la FNE, si bien, concuerda en que existe un bajo número de personas inscritas en el Registro Público de Mediadores y Árbitros, al año 2017 existe un número suficiente para constituirlo y que del análisis de los requisitos exigidos por la LPI para ser incorporados a dicho Registro Público, muestra que éstos son razonables y de fácil cumplimiento, sin constituir barreras de entrada al sistema que afecten la libre competencia, sin perjuicio que una mayor publicidad podría mejorar e incentivar a un mayor número de personas que puedan inscribirse, pero aquello no dice relación con problemas de libre competencia.



A continuación, la Resolución de Término de fecha veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, se refirió al sistema de oferta final, expresando que esta modalidad incentiva a las partes a formular propuestas medidas al árbitro para evitar el riesgo del rechazo total de su ofrecimiento, destacando que este mecanismo ha sido ampliamente aceptado por la literatura económica, por cuanto reduce los costos del litigio en caso de recurrir a tribunales u otros mecanismos de negociación, sumado a que genera el incentivo para que ambas partes planteen sus tarifas del modo más convergente posible y disminuye los tiempos de litigación, ventajas que fueron reconocidos en los informes que se aportaron al expediente y por la FNE.

El autor Jaime Tijmes-Ihl, que denomina al mecanismo en estudio como arbitraje de oferta definitiva (AOD), señala que: "fue desarrollado como una alternativa al procedimiento tradicional de arbitraje, en el cual el árbitro tiene la libertad de decidir la controversia como mejor le parezca. En general se le atribuye a Stevens (1966) la autoría del AOD (Adams, 1987), siendo un procedimiento que ha tenido una recepción relativamente amplia que va desde aplicaciones prácticas como en las negociaciones laborales con sindicatos de funcionarios públicos (Carrell and Bales, 2013) hasta propuestas teóricas para controversias internacionales entre Estados.



Intuitivamente, se "podría pensar que el objetivo de los arbitrajes es solucionar un conflicto. Sin embargo varios autores han destacado que esta es una finalidad secundaria y que el propósito principal es, en realidad, crear incentivos para que las partes negocien y solucionen ellas mismas la controversia" (Stevens, 1966; Crawford, 1979; Deck et al., 2007). Así, el "arbitraje es un mecanismo que se debe diseñar de modo que las partes ojalá no lo usen. En otras palabras, se recurre al arbitraje cuando este no ha logrado tener un efecto disuasivo suficiente" (Tijmes, J. El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena. Revista Jurídicas, 12 (2) 90-102, 2015, pág. 93).

Agregó que la resolución de controversias tarifarias basada en sistemas de arbitraje de oferta final, también se utiliza en el eléctrico, sanitarios y de telecomunicaciones, sin que hasta la fecha haya sido discutida su procedencia.

Siendo así, y al igual que respecto de los elementos anteriores del sistema (plazo y composición), el TDLC, correctamente decidió que las normas en este caso, tampoco, pueden ser consideradas contrarias a la libre competencia.

22°.- Que, en relación a la situación particular de la Asociación de Hoteleros, cabe precisar que el fundamento base de su reclamación radica en que, a su juicio, los cobros efectuados por las entidades de gestión colectiva a



los empresarios hoteleros por el uso de derechos intelectuales serían improcedentes, porque se funda en el solo hecho de poner a disposición de sus huéspedes o tener en sus dependencias aparatos televisivos o equipos de música, lo cual en sí no constituye un acto de comunicación pública, bajo el concepto contemplado en el artículo 5 letra v) de la LPI, además, dicho cobro implica un doble pago en favor de los titulares de los derechos intelectuales, desde que los radiodifusores - televisión y radios- ya pagaron por ese uso y, por último, porque los hoteles no tienen dentro de su giro la comunicación pública de obra alguna. En subsidio, para el evento que se estimara improcedente su petición principal, agrega que se deben incluir factores objetivos para la determinación de la tarifas que se cobran por las EGCs, efectuando dicho proceso en una misma época e instancia y que se les permita a los usuarios individualmente considerados, como ocurre con los hoteleros, acceder a los mecanismos de resolución de conflictos, porque en la actualidad no pueden acceder a la justicia especializada.

En cuanto a la propuesta principal, cabe señalar que, de la lectura de sus argumentos, se advierte que la situación que expone constituye un tema de interpretación de ley, que es propio del quehacer jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia, pero no constituye un



problema o falta de libre competencia, conforme se ha explicitado precedentemente.

Por último, respecto de las propuestas subsidiarias, todas se rechazan desde que no se verificó la concurrencia de una falta de libre competencia en el procedimiento de determinación de las tarifas que fija las EGCs, ni en el de dirimir las controversias.

23°.- Que, por consiguiente, jurisprudencia reiterada de esta Corte que "el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos", queda en evidencia, que no se advierte en la estructura de fijación de las tarifas para el uso de los derechos de autor, conexos y particulares que la LPI entrega a las EGCs, que se configure un uso abusivo de ese poder por éstas que afecte a la libre competencia del mercado de la Propiedad Intelectual, por el contrario, se aprecia la concurrencia de mecanismos fácticos y legales que constituyen contrapesos a su condición de monopolios. Asimismo, las medidas propuestas por los reclamantes, en relación a este aspecto, no se configuran como necesarias para fomentar la competencia; cabe recordar que el derecho de libre competencia conforme se desprende del artículo 1° del Decreto Ley N° 211, es "promover y defender la libre competencia en los mercados" y no los interés particulares de los agentes del mercado.



Respecto al sistema de solución de controversias, conforme se explicó, tampoco, se vislumbra en su estructura legal un atentado contra la libre competencia, pero lo más importante, es que el fundamento de los reclamantes para argüir un problema de competencia a su respecto radica en su falta de implementación, lo cual de manera alguna importa un tema de falla de mercado, más aun si el único legitimado para dar inicio al procedimiento de solución de controversias - que se compone de mediación obligatoria y arbitraje-esto es, la asociación de usuarios, hasta la fecha no ha solicitado su implementación, por tanto, así planteado el asunto cualquier discusión acerca de su efectividad o fracaso, sólo cabría en el área de lo hipotético, lo cual no basta para determinar los presupuestos legales que se expusieron como indispensables para ejercer la facultad propositiva que contempla el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211.

24°.- Que, por consiguiente, no configurándose la hipótesis legal antes dicha, forzoso es concluir que la Resolución de Término que se revisa no ha incurrido en los errores que los reclamantes pretenden, debiendo ser rechazados los recursos en todas sus partes.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 3° y 27 del DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y



sistematizado del DL N°211 de 1973, **se rechazan** los reclamos deducidos por la Asociación Nacional de Televisión A.G. ("Anatel"), Red Televisiva Megavisión S.A. ("Mega"); Asociación de Radiodifusores de Chile ("Archi"); Producciones Megavisión Limitada ("Promega") y la Asociación Gremial de Empresarios Hoteleros de Chile ("Hoteleros") en contra de la Resolución de Termino de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Muñoz y de la Ministra Sra. Vivanco, quienes fueron de opinión de acoger los recursos de reclamación, sólo en cuanto refieren a la propuesta normativa sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros, en atención a las siguientes consideraciones:

A.- La facultad propositiva que contempla el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211, tiene como requisitos para su ejercicio que la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que se solicita tengan como fundamento que aquellos se "*estimen contrarios a la libre competencia*" y, que los sugeridos o reemplazantes de los anteriores, se justifique en razón que "*sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.*"



En síntesis, el objeto de la solicitud emitida por el Tribunal Antimonopólico en virtud de esta potestad requisitoria puede ser un ajuste normativo consistente en la dictación, modificación o derogación de preceptos a emanar, o emanados, según corresponda, de autoridad pública que reúnan copulativamente los siguientes requisitos: i) promuevan o vulneren la libre competencia, según respectivamente se trate de una solicitud de dictación, modificación o derogación, y ii) tales preceptos sean de jerarquía legal o reglamentaria". (Domingo Valdés Prieto. *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, p. 697). En el mismo sentido, resaltando la importancia de la existencia de problemas de competencia, se ha sostenido que: "El sentido de esta potestad es, entonces, el de influir en el proceso político con el objeto de colaborar en la corrección de la falta de competencia en los mercados, específicamente producidas o propiciadas por el ambiente institucional que determina el funcionamiento de los mismos" (Javier Velozo y Daniela González. *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (ed), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thomson Reuters, Santiago 2011, p. 59.

B.- Por consiguiente, para determinar la procedencia de dicha facultad, este tribunal debe establecer cuáles son



los principios y fines que informan el derecho de libre competencia en nuestro ordenamiento jurídico, cómo éstos se aplican y coordinar dentro del Derecho de Propiedad Intelectual y, si sobre la base de ese contexto cuerpo normativo, analizar si el sistema de fijación de tarifas que contempla LPI en su artículo 100, se ajusta a las reglas de libre competencia matizadas por este Derecho de Autor.

El profesor Jorge Witker conceptualizó el derecho de la libre competencia como "aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público" (Witker, J. (2000). Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica).

Esta Corte, por su parte, ha declarado que el derecho de la libre competencia se encuentra regulado en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico y se encuentra destinado resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener



equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia) (CS Rol N° 79.923-16, 15.389-17, 31.502-18 y 4108-18).

Luego, también se ha dicho que "En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregarle el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del



derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile). (CS Rol N° 2578-2012)

C.- También se ha establecido que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los



comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación (Rol N° 15.389-2017).

D.- Resulta pertinente, asimismo, señalar que por fue por medio del Convenio de Berna, en el año 1886, que se estableció la protección de las obras literarias y artísticas, con el fin de dar a los creadores, en el plano internacional, el derecho a controlar el uso de sus obras creativas y a recibir un pago por ese uso, es decir, se constituye sobre ellos y en favor de su creador una especie de propiedad. En la actualidad el artículo 2 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), prescribe que son tales "los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos



industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Asimismo, en razón de la naturaleza de los derechos intelectuales, "la más sagrada, la más personal de todas las propiedades", (Le Chapelier al presentar el informe del decreto 13-19 de enero de 1.791., ante la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa), la economía moderna y los legisladores han entendido que a través de esta protección, se busca retribuir el trabajo del autor plasmado a través de su obra y que, es debido a las dificultades que enfrenan los titulares de estos derechos, para obtener esa remuneración dentro del ciclo económico -difundir, distribuir y vender sus obras- el que los Estados en general han aceptado que la transacción de estos derechos se efectúe de manera monopólica, a través de entidades de gestión colectiva de los derechos intelectuales, con el fin de proteger el uso de las obras y asegurar que los creadores y reciban una retribución económica por el uso de éstas. Es decir, aquí el monopolio surge por una doble vía, atendido la especial naturaleza del bien transado - garantía fundamental- y por el eficiencia de la administración de éstos a través de EGC,



que lleva a que estos se agrupen por rubro en una sola de éstas.

Las EGCS actúan de intermediarios entre los titulares de derechos y los usuarios que explotan obras y prestaciones, representando a los primeros y ejerciendo, ya sea mediante cesión voluntaria o mandato legal, los derechos de propiedad intelectual en su lugar y su actividad incide en múltiples sectores de la economía, tanto en los que intervienen en la producción de obras y prestaciones protegidas como en aquellos que las explotan en el desarrollo de su actividad transformándose, en consecuencia, en un importante agente para la economía en general del país, porque además se incentiva a la creación del artística, razón por la cual resulta fundamental que los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual funcionen del modo adecuado y sin que existan distorsiones en términos de competencia, sobre todo si tenemos presente que para los usuarios la explotación de obras y prestaciones constituye el insumo esencial de desarrollo de su actividad, porque el mal desarrollo de ese negocio, afectara irremediablemente también al titular de los derechos de autor y en definitiva al consumidor final, constituyéndose en un problema de mercado que afectaría a la economía del país.

E.- En ese mismo orden de ideas, también resulta entonces pertinente aclarar que, en la economía de libre



mercado el monopolio no es necesariamente motivo de rechazo absoluto o de ilegalidad pues en algunos casos se tolera su existencia, limitando su poder a través de la regulación. En efecto, se asume la existencia de mercados donde caben los monopolios naturales, esto es, aquellos mercados donde, por sus particulares características, sólo es admisible que exista un oferente en el mercado (Valdés Prieto, 2006, Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pág. 39) y es posible que existan los llamados "monopolios de eficiencia", esto es, aquellos monopolios que se forman producto de un competidor que tiene las características de ser innovador, o de producir a menores costos, o con mayor calidad, u ofreciendo a mejores precios, u otras características como una buena estrategia de marketing, etc., por lo cual terminan acaparando el mercado sin transgredir las reglas del libre mercado, es decir, adquieren una posición dominante por su competitividad, y por lo tanto no se reprocha dicha condición, sin perjuicio que no pueden abusar de esa posición dominante, (Valdés Prieto, Op. Cit, págs. 508-511).

Esta Corte ha señalado que, para que exista abuso de posición dominante, es necesario que se acrediten a lo menos dos circunstancias: primero una posición dominante o poder de mercado y segundo que se haga abuso de esa posición (CS Rol N° 6.100-2010), puesto que como se



explicó, existe ciertos bienes que atendida su particular naturaleza y/o la eficiencia del competidor que obligan, en el primer caso a que no pueden sino ser transados a través de mercados monopólicos o se generan estos últimos de facto, que entonces la labor del Estado será regularlos con el fin de resguardar la libre competencia y con ello el bienestar social- económico.

Por tanto, este tipo de monopolios en el mercado de los derechos intelectuales se justifica

F.- Tal como se dijo, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de autor se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República, como una garantía fundamental y en los artículos 1° y 14 de la LPI.

Consistentemente, el artículo 19 inciso primero de la LPI dispone que "Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor." Esta norma se encuentra en concordancia con lo previsto en el artículo 21 de ese mismo cuerpo legal, que al momento de regular quiénes estarán obligados a obtener las autorizaciones por parte de las EGC -y consiguientemente, a pagar las tarifas es el usuario de éstos que realice una comunicación pública de las obras protegidas.

También se contempla la constitución de EGC para la administración de los derechos autor, conexos y otros en



sus artículos 92 y siguientes y el artículo 100 de la LPI, establece el procedimiento para fijar las tarifas por el uso de los mismos:

"Las entidades de gestión estarán obligadas a contratar, con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos de autor y conexos que administren, de acuerdo con tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.

Las entidades de gestión sólo podrán negarse a conceder las autorizaciones necesarias para el uso de su repertorio, en el caso que el solicitante no ofreciere suficiente garantía para responder del pago de la tarifa correspondiente.

Las tarifas serán fijadas por las entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial.

Las entidades de gestión podrán diferenciar las tarifas generales según categoría de usuario, pudiendo fijarse además planes tarifarios alternativos o tarifas especiales mediante la celebración de contratos con asociaciones de usuarios, a los cuales podrá optar cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría. Las tarifas acordadas conforme a esta disposición deberán ser publicadas en el Diario Oficial.



Las tarifas correspondientes a usuarios con obligación de confeccionar planillas, de conformidad a la ley o a sus respectivos contratos de licenciamiento, deberán estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva.

La falta de confección de la planilla o su confección incompleta o falsa, no dará derecho a la aplicación de lo dispuesto en el inciso anterior.

Salvo acuerdo en contrario, estarán obligadas a confeccionar planillas de ejecución o listas de obras utilizadas las empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y los organismos de radiodifusión. Los demás usuarios estarán exentos de la obligación de confeccionar planillas de ejecución.

Lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de la gestión de las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, como, asimismo, respecto de aquellas utilizations a que se refiere el inciso segundo del artículo 21, a menos que la respectiva entidad realice gestión colectiva de los derechos de estas obras".

G.- El fundamento de la solicitud de propuesta normativa presentada por Anatel y que es reafirmada por los



usuarios aportantes, consiste en que las EGCs actúan dentro del mercado relevante, como agentes con poder monopólico sin contrapeso, lo cual les ha permitido fijar tarifas supracompetitivas, carentes de fundamentos técnicos y con efectos acumulativos.

Explicaron que el monopolio natural que mantiene las EGCs, se produce porque existe, en general, una EGC por género de derecho y éstos constituyen insumos irremplazables para el desarrollo de sus giros; de manera que se ven enfrentados al pago de una multiplicidad de tarifas que se determinan exclusivamente sobre el valor de sus ingresos totales, sin considerar otros factores y sin que exista un sistema de solución de controversias que permita impugnar dichos montos.

Agregan que tampoco los usuarios individuales pueden negociar, dichas tarifas, lo cual les obliga a aceptarla o verse enfrentados a procesos ante la jurisdicción común sin la posibilidad de impugnar la forma en que se fijaron los montos.

La Asociación de Hoteleros agregó a lo expuesto que, en su caso, el pago, además, es improcedente debido a que su rubro no realiza una "comunicación pública" de los derechos que son administrados por las diferentes EGC y, muy particularmente, porque los derechos que pretenden ser remunerados mediante el cobro de estas tarifas, ya han



sido remunerados, percibiendo las EGCs una sobre-remuneración que no tiene ninguna justificación.

H.- Que son hechos no controvertidos del proceso los siguientes:

1.- En Chile existen ocho EGCs, las cuales gestionan distintos derechos y que dependen del tipo de obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas o especiales que representen, sólo dos participan respecto de un mismo grupo de titulares de derechos (ATN y DYGA) (Fuente Informe de FNE).

2.- Los derechos de uso que licencian las EGCs son respecto de derechos de autor y conexos de obras cuyo valor es intangible.

3.- El costo de producción de estos bienes implica costos fijos iniciales altos, mientras que su reproducción es de costo marginal cercano a cero.

4.- Dichos bienes no se transan en condiciones de libre mercado y su precio se determina principalmente por la valoración que realicen los usuarios de dichas obras.

5.- Los derechos de autor y conexos constituyen, por regla general, insumos básicos para el desarrollo de los giros de la mayoría de los usuarios, desde que constituyen el modelo de negocio que explotan.

6.- La administración de derechos de autor y conexos por parte de las EGCs logra una serie de eficiencias que permiten una mejor protección y difusión de aquellos y el



acceso más rápido y fácil para los usuarios de los mismos, además, de disminuir los costos de comercialización.

7.- El funcionamiento de las EGCs, se desarrolla sobre la base de economías de escala y la gestión colectiva debe realizarse conforme con un principio de libre acceso para los usuarios.

8 - Las EGCS publican las tarifas generales por el uso de los derechos intelectuales que representan, las que se fijan, en la mayoría de los casos, sobre los ingresos brutos de los usuarios o basadas en el factor de disponibilidad, como ocurre principalmente con los hoteles. No obstante, se debe precisar que en el caso de SCD y Chile Actores las tarifas generales que publican presentan categorizaciones de los usuarios y distinciones sobre diversos porcentajes en los cuales se considera, entre otros, el uso de las obras.

9.- Sólo las asociaciones de usuarios puede negociar planes tarifarios particulares con las EGCs a los que pueden adherirse otros usuarios que se encuentren dentro de la categoría.

10.- Los usuarios individualmente considerados están impedidos de negociar las tarifas con las EGCs.

11.- En los convenios particulares se incluyen, entre otros, factores como el uso efectivo de las obras, grado e intensidad de la de ese uso.



12.- La vigencia de dichos convenios particulares, es por regla general, de larga data, no obstante pactarse por períodos menores, los cuales se renuevan automáticamente, aplicándose ajustes monetarios.

I.- Conforme a lo expuesto, queda en evidencia la importancia de los derechos de propiedad intelectual en la economía, razón por la cual resulta indispensable que los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual funcionen del modo adecuado y sin que existan distorsiones en términos de competencia, por el impacto que aquello produce en los titulares de derechos de intelectuales, los usuarios y el consumidor final.

Estos disidentes estiman pertinente precisar en este examen, que, a diferencia de lo razonado por los jueces de base, los problemas de libre competencia que aludió Anatel como fundamento de su solicitud de recomendación normativa y que refieren al sistema de fijación y negociación de tarifas generales publicadas por las EGCs, no puede ser analizados conjuntamente con el mecanismo de solución de controversias que al efecto contempla la LPI, porque ese estudio importa desconocer que ambos procesos representan dos etapas diferentes del procedimiento, desde que la mediación y el arbitraje, tiene una aplicación ex post, es decir, cuando ya se produjo la falla del mercado y es necesario resolver la controversia. Esa mirada global, confunde entonces el problema económico con los



mecanismos a través de los cual se intenta solucionarlo y, hace evidente la existencia de una falla de mercado, porque los agentes no pueden resolver sus diferencias antes, sino que se ven obligados a recurrir al sistema establecido para esos efectos, lo cual daña la libre competencia.

Lo cierto es que la legislación del derecho de libre competencia debe velar porque ésta se mantenga, de manera que los agentes puedan desarrollar sus actividades económicas de forma competitiva contribuyendo a una mejor asignación de los recursos, por consiguiente el rol que le cabe al ordenamiento jurídico es establecer las herramientas necesarias para propender a esta competitividad, lo cual se traduce en un mayor bienestar para los agentes del mercado y para la sociedad en su conjunto.

J.- Conforme a lo que latamente se ha venido explicitado, es necesario señalar que el pago de la tarifa que fijan las EGCs, representa el valor de retribución por el uso de derecho intelectual que los usuarios esta obligados a cubrir y respecto de lo cual no existe controversia. Dicho bien se transa en un mercado monopólico, que se justifica por la naturaleza y los fines que se intenta proteger por medio de la propiedad intelectual. Asimismo, es deber del Estado regular el buen funcionamiento del mercado, de manera que esa posición dominante que se entrega a las EGCs para fijar la tarifa,



debe ser regulada para que sea ejercida bajo ciertos contrapesos, que permitan mantener las bases de la libre competencia a favor de todos los partícipes de este mercado.

En ese contexto, cabe señalar que, en el Derecho comparado la fijación de tarifas por el uso del derecho de autor, mantiene dos sistemas, por un lado, aquellos en que se determinan las tarifas por las EGCs, -pero luego son susceptibles de ser revisadas o impugnadas por un órgano especializado- y otros en que es un organismo administrativo o judicial el encargado de regular, fiscalizar el uso de derechos de autor y fijar directamente la tarifa a cobrar, aunque escuchando a los interesados.

En los primeros, encontramos a España, en que las EGCs están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras, pero la metodología para cumplir esa estipulación, contempla procedimientos de determinación y control de tarifas, así dichos montos deben ser aprobados mediante orden del Ministerio de Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, órganos que se encuentran facultados para solicitar informes económicos y deben hacer aplicación de una serie de factores que se indican para configurar ese monto; lo mismo ocurre en Canadá donde las tarifas son



fijadas por las EGCs con acuerdo de las Asociaciones de Usuarios a propuesta del Consejo de Derechos de Autor; siguen esa línea también Australia, Perú y Colombia; en Bélgica, el Libro IX, Título 5 del Código de Derecho Económico prescribe que "los organismos de Gestión Colectiva establecerán normas sobre la fijación de tarifas, cobros y repartos en relación con todo tipo de derechos gestionados bajo su responsabilidad, salvo respecto de las tarifas fijadas por ley. Las versiones actualizadas de las normas sobre la fijación de tarifas, cobros y repartos estarán disponibles y serán publicadas en el sitio web del correspondiente Organismo de Gestión Colectiva, más tardar un mes después del último ajuste"; en Japón las tarifas se determinan de previa aprobación de la Agencia de Asuntos Culturales.

A continuación, en los sistemas en que es un organismo administrativo o judicial el que fija las tarifas, v gr., Estados Unidos, en que éstas son fijadas por el Copyright Royalty Board, los jueces tienen independencia para determinar la forma de pago y la cuantía de las tasas, aunque deben escuchar a las partes interesadas en audiencia y en Brasil cuya determinación radica en la Oficina Central de Recaudación y Distribución.

K.- En nuestra legislación, como se explicó, cada una de las entidades de gestión que existen, salvo ATN y DYGA, gestionan categorías de derechos intelectuales distintas y



únicas, configurándose una posición dominante en la prestación de los servicios que entregan tanto a los titulares de esos derechos como a los usuarios.

Pues bien, en este esquema resulta inconcuso que las EGCs concentran gran parte de las decisiones sobre la autorización de uso de las obras protegidas por derecho de autor y conexos, razón por la cual el legislador estableció como un aspecto sustancial de la gestión colectiva, que ésta deba realizarse conforme con el principio de libre acceso para los usuarios a los repertorios que ofrecen, lo que debería permitir que los usuarios puedan adquirir las licencias de uso de los derechos en comento, en condiciones igualitarias, sometiéndose al pago de la tarifa general que la EGC establezca por categoría de usuarios.

Siguiendo esa línea argumentativa, de la lectura del transcrito artículo 100 de la LPI, es posible sistematizar el proceso de fijación de tarifas de la siguientes forma: Las EGCs a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, fijaran las tarifas generales que determinen la remuneración exigida por el licenciamiento del repertorio de los derechos de autor y conexos que representen, expresando el periodo de vigencia de las mismas, las que regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial. En esta determinación, la ley les autoriza diferenciar las tarifas generales a cobrar según la categoría de usuario y negociar planes tarifarios



alternativos o tarifas especiales mediante la celebración de contratos con asociaciones de usuarios en forma particular y que cualquier usuario que no forme parte de la asociación de usuarios que suscribió el acuerdo con la EGC, puede acceder a éste, siempre que integre la misma categoría que los usuarios de la asociación negociadora.

Finalmente, se indica que los usuarios obligados a confeccionar planillas de ejecución o listas de obras utilizadas, esto es, las empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y los organismos de radiodifusión, sus tarifas deberán estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras.

L.- De la lectura del modelo expuesto, se desprende que la LPI chilena carece de un procedimiento para la fijación de tarifas generales, puesto que el único requisito que se exige, es que éstas sean determinadas por el órgano de administración que el estatuto de la EGC contempla y que, sólo para el caso de los usuarios con obligación de confeccionar planillas, la ley precisa que las tarifas deberán estructurarse de modo que su aplicación guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de los titulares de derecho que representan, es decir, la legislación carece de un control ex ante respecto de la fijación de tarifas, ya sea a través de la introducción de criterios objetivos o de



la supervisión de un órgano o autoridad competente que fiscalice esa determinación.

En efecto, como se analizó previamente, el precio que se paga en el mercado normal por la venta y compra de un producto es regulado por las reglas de la oferta y la demanda. Sin embargo, en el caso de los derechos intelectuales, el mercado tiene el carácter de monopólico, atendida la naturaleza de los bienes que se transan, razón por la cual es indispensable que el equilibrio económico sea compensado por el ordenamiento jurídico. En la especie, aquello no se verifica desde que la LPI no contempla un procedimiento para determinar dichas tasas, sino que se limitó a indicar que se fijarían por las EGCs y registrarán una vez publicadas, sin establecer, primero, parámetros que den cuenta como éstas son fijadas y/o, procedimientos que se utilizaron para llegar a esos montos, que expliquen las razones porque se determina ese valor y no otro y, segundo, tampoco existe en la legislación actual, sobre la de los elementos antes dicho, un procedimiento que permita impugnar ese valor o que se revise por un panel de expertos u otro órgano que permita a los agentes del mercado efectuar una revisión de lo impuesto unilateralmente por las EGCs, lo cual es toda trascendencia para validar la legitimidad de éstas últimas antes los usuarios y sus propios afiliados.



LL.- Las tarifas generales que se fijan conforme a la legislación actual, se hacen sobre la base de porcentajes brutos o netos de los ingresos del usuario, números de copias, extensión de espacios, disponibilidad de aparatos u otros elementos, todos factores genéricos que carecen de una explicación económica que los fundamente y respalde. Paralelamente, tampoco en ellas aparece que se incorporen factores, sugeridos por los reclamantes, que también se observan en la legislación comparada y que la propia LPI contempla a propósito del arbitraje; como lo son, entre otros, las de incluir los beneficios pecuniarios obtenidos por el usuario en la utilización del repertorio, tarifas anteriores, el uso efectivo del repertorio o reproducción de la obra, desde que éste último fue observado por la LPI sólo para los usuarios obligados a confeccionar planillas, dejando al resto sometidos a tarifas de disponibilidad, que no miden el cobro del real uso del derecho, lo cual redundaría en una deficiente asignación de los recursos, desde que se incrementa la posibilidad de que tenga lugar una desproporción entre el valor económico de la utilización del repertorio y lo que el usuario paga por utilizarlo, dañando en consecuencia la libre competencia.

M.- Así entonces, los argumentos que se entregaron por las EGCs e incluso por la FNE para explicar que la fijación de tarifas efectuadas por las EGCs, comprende precios equitativos y justos, porque en la práctica



aquéllas no ejercerían un real poder de mercado; sólo vienen a reforzar lo expuesto, esto es, la falta de una normativa que reglamente ese vacío, desde que esas alegaciones se fundamentan en situaciones de facto, que se producen ex-post a la determinación de la tarifa. En concreto, cuando los usuarios, colectivamente, deben negociar con las EGCs a través los convenios particulares, porque de otra manera no llegaría a precios más bajo en relación a la tarifa general ya establecida.

Lo expuesto demuestra, que las reglas del mercado pueden funcionar en este mercado sui generis, por tanto, la normativa esta llamada a regular esa situación, de manera que las EGCs deban establecer o explicar los parámetros y/o procedimientos que utilizan en la fijación de sus tarifas, lo cual se traduciría, en que dichos valores se transen en condiciones de competitividad porque para bajar o subir sus montos, los agentes deberán demostrar la eficiencia de sus nuevas propuestas, en caso que las hubiese, desde que conocerán de manera previa cómo y de que forman se determinan las tarifas generales, lo cual favorecerá a que la fijación de tarifas tienda a un precio de equilibrio y evitara negociaciones innecesarias.

Así, entonces, a juicio de estos disidentes se hace necesario un ajuste normativo, con el fin de establecer un mecanismo real y eficiente que permita a todos quienes participan del mercado del Derecho de Propiedad



Intelectual, saber los factores objetivos, la forma y el proceso a través del cual las EGCs determinarían el monto de las tasas tarifarias por el uso de los derechos intelectuales que representan y que están obligados a pagar los usuarios, disminuyendo los costos y tiempo de negociaciones que favorecería a los titulares de los derechos de autor que en razón de lo expuesto no pueden percibir o se retrasa sus pagos.

N.- En definitiva, la LPI no contempla un procedimiento y tampoco los factores que se deban considerar por las EGCs para los efectos de fijar una tarifa por el uso del derecho intelectual que representan y que permitan al usuario construir sus defensas y alegaciones para impugnarla.

De allí que resulta improcedente el argumento del TDLC, para desestimar la solicitud en este aspecto, fundado en que no obstante reconocer que no existen factores para determinar la tarifa general, "resulta razonable" entender que las EGCs, al momento de fijar las tarifas, igualmente, ocuparían los criterios contemplados en el artículo 100 ter inciso séptimo, primero, porque ello importa reconocer latamente lo expuesto, esto es, que existe un vacío legal al respecto -y por tanto, hace necesario el ajuste normativo que se propone-, segundo, dicha declaración sólo forma parte de un juicio hipotético que queda desvirtuado con la sola lectura de las tarifas



generales publicadas por las EGCs y, por último, porque los criterios a los que se alude por la Resolución de Termino, fueron dispuestos por la LPI para el juez árbitro, quien al momento de resolver debía emplearlos para dirigir su decisión, cuestión que como quedó asentado -y uno de los motivos de rechazo de la solicitud por el TDLC- dicho procedimiento nunca ha sido utilizado, por tanto, tampoco se puede saber cómo dichos criterios se concretizaran en la determinación de una tarifa en la relación particular de un usuario y una EGC, por medio de la cual permita comprender que éstos fueron suficientes para resolver la controversia.

O.- Lo anterior se reitera en relación a la Asociación de Hoteleros, desde que las tarifas fijadas a su respecto, se determinan conforme al número de televisores con que cuenta el Hotel y/o las estrellas que éste tenga, es decir, en esa fijación tarifaria no existe un razonamiento sobre elementos tales como la ocupación efectiva del derecho intelectual o la forma en que se usa el mismo, menos aún, se integran los factores que la propia Ley contempla -comunicación pública y retransmisión-, los que atendida la naturaleza de estos usuarios, son indispensables de tener en consideración para alcanzar un precio eficiente dentro de dicho mercado.

En efecto, tales tarifas no comprenden una clara distinción entre "comunicación pública", entendida ésta,



según lo dispone el artículo 5 letra v) de la LPI, como: "todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija" y, el concepto de "retransmisión", consagrado en la letra ñ) del citado artículo 5, esto es: "la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro o la que posteriormente hagan uno u otro de la misma transmisión"; lo cual evidencia la falta legislativa, en orden a exigir que expresamente dichos elementos deban ser considerados en este tipo de tarifas, como una forma de objetivarlas y, sobre esa base -lo cual constituye la segunda omisión de la ley- permitirles a los hoteleros individualmente considerados - al igual que la generalidad de los usuarios en esa condición- puedan impugnarlas para el evento que, a su juicio, aquellas no se ajusten al ordenamiento jurídico, puesto que lo contrario, tal como lo expresaron los propios recurrentes en estrado, ha significado en los hechos, que sea la jurisprudencia la que deba incorporar dichos elementos.



Así entonces, se reafirma la tesis de estos disidentes, en cuanto a la necesidad de legislar, desde que la única forma de validar el cobro de la tarifa que fijan las EGCs, es que el usuario comprenda cómo, porque y sobre qué elementos se exige un pago respecto de un sujeto que, en este caso particular - hotelero-, además, por regla general, no comete actos de comunicación pública y, lo más importante, porque la concurrencia de dichos elementos objetivos en la fijación de las tarifas, impedirá que se produzca un doble cobro, en caso que el usuario se limite a efectuar una retransmisión de la señal de otros, permitiéndoles, como se dijo, impugnar todas esas decisiones, si no se ajustan a la ley, para con ello resguardar, también, el debido proceso a que tiene derecho toda persona a quien se le exige el cumplimiento de una obligación.

P.- En relación a esta necesidad de establecer procedimientos con factores objetivos y previos para el establecimiento de las tarifas, como una necesidad de mejorar el sistema de la libre competencia, cabe mencionar la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, "relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado



interior", la que es precisa en el asunto al ordenar a los Estados miembro lo siguiente:

CAPÍTULO 4

Relaciones con los usuarios

Artículo 16 Concesión de licencias

1. Los Estados miembros velarán por que las entidades de gestión colectiva y los usuarios negocien de buena fe la concesión de licencias de derechos. Las entidades de gestión colectiva y los usuarios intercambiarán toda la información necesaria. 2. Las condiciones de concesión de licencias se basarán en criterios objetivos y no discriminatorios. Cuando concedan licencias sobre derechos, las entidades de gestión colectiva no estarán obligadas a basarse, para otros servicios en línea, en las condiciones de concesión de licencias acordadas con un usuario, cuando dicho usuario preste un nuevo tipo de servicio en línea que lleve a disposición del público en la Unión menos de tres años. Los titulares de derechos percibirán una remuneración adecuada por la utilización de sus derechos. Las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos y a los derechos a remuneración serán razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, teniendo en cuenta la naturaleza y ámbito de uso de las obras y otras prestaciones, y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva. Las entidades de gestión colectiva informarán al



usuario de que se trate de los criterios utilizados para la fijación de esas tarifas”.

Q.- Siguiendo la referida línea argumentativa, la LPI chilena, tampoco contempla un procedimiento que permita al usuario, al titular del derecho o a un tercero interesado impugnar la fijación de la tarifa y/o la decisión que, en su oportunidad, podría adoptar el árbitro sobre el monto de la tarifa, para ante el tribunal técnico competente, dejando la decisión de la determinación de tarifas de las EGCs y la sentencia del tribunal arbitral que se pueda dictar sin acceso a una segunda revisión, lo cual atenta contra el debido proceso.

Lo anterior se agrava por el hecho que la negociación entre las EGCs con los usuarios, no garantiza que las tarifas sean razonables y equitativas, puesto que el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos para que la EGC entre en una negociación real, más aun si tenemos presente que la referida tarifa se fija sobre la base de mediciones de disponibilidad y no en relación a los usos efectivos de las obras, porque esta modalidad sólo se refleja en los convenios particulares, salvo las excepciones de SDC y Chile Actores.

Luego, dichas tarifas no son determinados de manera transparente, por tanto, el proceso queda reducido sólo a



su monto, impidiendo a las asociaciones de usuarios discutir los factores que se consideraron para fijar la tarifa.

R.- En ese mismo orden de ideas, también es necesario señalar que los usuarios individualmente considerados, quedan sujetos sólo a las obligaciones que impone la ley, pero se les cercena toda posibilidad de defensa en relación a sus intereses, porque no se les permite acceder a los mecanismos de solución de controversias establecidos por la ley y ésta tampoco contempla, como se dijo, alguna acción que permita impugnar las tarifas y/o acudir a un órgano jurisdiccional en el evento que se dicte una sentencia arbitral, quebrantándose con ello, además, una garantía fundamental de ese usuario como es el acceso a un debido proceso, en especial, su derecho a la defensa y a un juzgamiento especializado.

La citada Directiva 26/2014 de la Unión Europea, nuevamente fija un criterio en este sentido:

Artículo 35

Resolución de litigios

1. Los Estados miembros velarán por que los litigios entre las entidades de gestión colectiva y los usuarios en relación, en particular, con las condiciones vigentes o propuestas de concesión de licencias o con el incumplimiento del contrato puedan someterse a un órgano jurisdiccional o, cuando proceda, a otro organismo



independiente e imparcial de resolución de litigios especializado en Derecho de la propiedad intelectual.

2. Los artículos 33 (procedimiento de reclamación internos) y 34 (Procedimientos de resolución alternativa de litigios) y el apartado 1 del presente artículo no afectarán al derecho de las partes a alegar y defender sus derechos recurriendo a la vía judicial.

S.- Tampoco, es posible que este tribunal quede indiferente a lo expuesto por las autoridades económicas - FNE y la DDI- cuando expresan la necesidad de establecer o entregar los recursos necesarios para que exista un organismo fiscalizador que conozca de las infracciones a la ley, reglamentos o estatutos internos que puedan cometer las EGCs, usuarios y otros respecto a la normativa relativa a la gestión de derechos de autor, porque aquello refleja nuevamente un vacío normativo, más aun si se tiene presente que la tendencia en el Derecho comparado es que, por regla general, existen organismos específicos a los que se les encargan dichas labores, que pueden o no coincidir con los organismos encargados de la regulación o la resolución de controversias relativas a tarifas, desde que, es indispensable que todas las partes tengan acceso a toda la información de forma clara y oportuna, lo cual mejora las relaciones de confianza entre las EGCs, usuarios, titulares de derechos de autor y conexos y otorgan una percepción más



favorable de la sociedad en general hacia dichas instituciones.

Por consiguiente, estos disidentes estiman procedente que el legislador complemente y/o reglamente criterios o parámetros objetivos que sirvan de base para la determinación de las tarifas generales que deban efectuar las EGCs, con el fin de dar certeza a las partes sobre las reglas del mercado para la transacción de los derechos de autor y conexos, evitar la negociación constante y con ello mejorar y facilitar los pagos a los titulares de esos derechos, porque quien conoce y comprende las razones por las cuales debe pagar un valor, hacen más factible que lo haga, contribuyendo, en consecuencia, a optimizar la innovación y creación artística, la libre competencia y, en definitiva, a la economía en general como el elemento básico del bienestar social. Asimismo, es menester, que de ser el caso, los usuarios pueden impugnar preventivamente las tarifas fijadas, antes su aplicación, para evitar el incumplimiento de los pagos o la eventual judicialización del caso.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y la disidencia de sus autores.

Rol N° 34.013-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra.



María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar con permiso y el Ministro señor Zepeda por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 10 de septiembre de 2020.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, diez de septiembre de dos mil veinte.

En Santiago, a diez de septiembre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

