



9NOV 18 8:38PM



EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. ~~PRIMER OTROSÍ~~: Acompaña Anexo Confidencial. **SEGUNDO OTROSÍ**: Acompaña versión pública. **TERCER OTROSÍ**: Se tenga presente. **CUARTO OTROSÍ**: Personería.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), abogado, por la FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, en autos caratulados "Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros", Rol ERN N° 25-2018, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N° 4 y 31 N° 1 del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 (en adelante, "DL 211"), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación:

1. Este H. Tribunal recibió con fecha 16 de agosto de 2018 una solicitud de recomendación normativa (en adelante, la "Solicitud") por parte de la Asociación Nacional de Televisión A.G. (en adelante "ANATEL"), en la cual esta solicitó al H. Tribunal que proponga 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 el que estime pertinente, la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a fomentar la competencia en la determinación de tarifas que respecto de distintas obras se pagan por el uso de derechos de autor, de derechos conexos y de derechos intelectuales particulares¹.
2. Con fecha 27 de agosto de 2018, este H. Tribunal dictó una resolución, resolviendo iniciar un Expediente de Recomendación Normativa "*para evaluar si es necesario y oportuno ejercer la potestad antes indicada respecto de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración*".
3. Asimismo, se ordenó publicar un extracto de tal resolución en el Diario Oficial para los efectos de lo dispuesto en el artículo 31, numeral 1 del DL 211 y también oficiar a diversos organismos públicos y privados, entre ellos esta Fiscalía, a fin de que

¹ Presentación ANATEL, de 16 de agosto de 2018, p. 1.

aportaren antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación del extracto de tal resolución en el Diario Oficial².

4. En atención a la solicitud del H. Tribunal, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 05 de septiembre de 2018, con el objeto de ejercer las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211, para recabar los antecedentes necesarios para el presente informe³.
5. De acuerdo a ello, esta presentación se estructura de la siguiente forma:

TABLA DE CONTENIDOS

I.	SOLICITUD DE ANATEL	3
II.	CUESTIÓN PRELIMINAR: DERECHOS DE AUTOR	5
II.1.	Derechos de Autor, Conexos y Especiales	7
II.2.	Las Entidades de Gestión Colectiva (EGC)	10
II.2.1.	Aproximación legal	10
II.2.2.	Aproximación económica.....	12
II.3.	Mecanismos de solución de controversias en la fijación de tarifas.....	16
II.3.1.	Aproximación legal	16
II.3.2.	Aproximación económica.....	19
II.4.	Derechos de Autor y Derecho de la Competencia	21
II.4.1.	Derechos de Autor e innovación.....	21
II.4.2.	Decisiones previas en sede de competencia a nivel nacional	24
III.	SITUACIÓN ACTUAL.....	26
III.1.	EGCs en Chile	26
III.1.2.	Sobre el poder monopólico sin contrapesos que tendrían las EGCs.....	26
III.1.2.	Sobre las "tarifas supracompetitivas" y la posibilidad de negociarlas	31
III.2.	Mecanismos de solución de conflictos: mediación y arbitraje.....	36
III.2.1.	Antecedentes aportados por diversos agentes	36
III.2.2.	Perspectiva comparada	40
III.2.5.1.	Órganos competentes en conflictos de derechos de autor en el derecho comparado.....	42
III.2.5.2.	Mecanismos de determinación de tarifas en el derecho comparado.....	43

² Copia fiel de esta resolución fue ingresada a esta Fiscalía con fecha 04 de septiembre de 2018. Oficio Ord. N° 279, del H. Tribunal, de fecha 31 de agosto de 2018.

El extracto de la resolución de fecha 27 de agosto de 2018 fue publicado en el Diario Oficial el día 03 de septiembre de 2018, por lo que el plazo de 30 días hábiles vencía preliminarmente el día 11 de octubre de 2018. Con fecha 04 de octubre de 2018, el H. Tribunal extendió de oficio el plazo para aportar antecedentes a todos los interesados hasta el día 11 de noviembre de 2018.

³ Investigación Rol N° 2509-18 FNE, caratulada "Expediente de Recomendación Normativa relacionada con tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros".

III.2.5.3. Criterios contemplados en la fijación y revisión de tarifas	45
III.3. Transparencia y <i>accountability</i>	47
III.4. Fiscalización a las EGCs	50
IV. CONCLUSIONES	52

I. SOLICITUD DE ANATEL

6. La Solicitud de ANATEL manifiesta que una recomendación normativa sería necesaria respecto de la Ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual (en adelante, "LPI"), *"pues los defectos y vacíos existentes en la normativa que regula la fijación de tarifas por el uso de los derechos antes aludidos [de autor, conexos y especiales] priva completamente al mercado de los beneficios de la libre competencia"*⁴.
7. Los problemas de competencia señalados por ANATEL en su presentación se exponen en los siguientes puntos.
8. En primer lugar, las Entidades de Gestión Colectiva (en adelante, "EGC")⁵ tendrían un poder monopólico sobre los derechos que administran, el que carecería de contrapeso⁶.
 - a. En tal sentido, al existir prácticamente una única EGC por cada categoría de derechos intelectuales, cada una tendría un poder monopólico en su respectivo mercado y, como consecuencia, podrían fijar y cobrar remuneraciones monopólicas⁷;
 - b. La cantidad de EGCs provocaría que los usuarios deban pagar una multiplicidad de tarifas, cada una de las cuales sería supracompetitiva. El sistema no solo permitiría a las EGCs aplicar una tarifa monopólica, sino también obligaría a los usuarios a pagar un cúmulo de ellas;
 - c. En la práctica, tales tarifas serían 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, imponiendo a los usuarios

⁴ Solicitud ANATEL, pp. 1-2.

⁵ Las Entidades de Gestión Colectiva son organizaciones que efectúan el ejercicio de derechos de autor y que actúan en representación de los titulares de derechos y en defensa de sus intereses. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Gestión colectiva del Derecho de autor y los derechos conexos*. Disponible en: <http://www.wipo.int/copyright/es/management/> [última visita: 07 de noviembre de 2018].

⁶ Solicitud ANATEL. pp. 32-34.

⁷ *Ibíd.* p. 32. Agrega que aun cuando se crearan más EGC en cada una de las categorías, ello sería una solución ineficiente y sub-óptima, pues se trata de monopolios naturales. Además, se produciría una multiplicación de los cobros monopólicos. *Ibíd.* p. 33.

- una estructura de costos injustificadamente alta y carente de toda explicación económica;
- d. Los problemas anteriores se habrían agravado con la consagración legal de nuevos derechos especiales de remuneración para ciertos rubros específicos como, por ejemplo, actores, directores y guionistas.
9. En segundo lugar, la autorización para negociar a través de asociaciones de usuarios con personalidad jurídica no solucionaría el poder monopólico de las EGCs⁸, pues los usuarios no tendrían otra alternativa que contratar los derechos según las tarifas que les fijen las EGCs, al ser estos un insumo esencial para que los usuarios puedan desarrollar su giro. Ni aun asociándose, los usuarios podrían alcanzar algún poder negociador que sirva de real y efectivo contrapeso frente a las EGCs.
10. En tercer lugar, la ausencia de competencia entre EGCs no solo dañaría a los usuarios, sino también a los propios titulares de derechos de propiedad intelectual, pues las EGCs no tendrían ningún incentivo para ser eficientes ni para innovar en la oferta de sus servicios⁹.
11. En cuarto lugar, el sistema de mediación y arbitraje obligatorio no solucionaría los problemas de competencia, e incluso los agravaría¹⁰, pues:
- La LPI habría 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, ya que, desde la entrada en vigencia del Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual, tal registro no habría contado siquiera con el número mínimo de personas que se requiere para que opere la mediación y arbitraje;
 - La LPI establece que el tribunal arbitral debe optar exclusivamente entre la propuesta de la EGC o la de la asociación de usuarios. Tal sistema binario, denominado de “oferta final” o “*final-offer arbitration*” sería inadecuado para determinar tarifas;
 - El sistema de mediación y arbitraje no permitiría evaluar el escenario completo e íntegro de cobro de tarifas por el uso de derechos intelectuales que deben pagar los usuarios, en el sentido que cada tarifa se determinaría por separado y sin considerar las tarifas que deben pagarse a otras EGCs.

⁸ *Ibíd.* p. 35.

⁹ *Ibíd.* p. 36.

¹⁰ *Ibíd.* pp. 36-42.

- d. La LPI sólo permite iniciar la mediación y arbitraje a las asociaciones de usuarios, pero no a los usuarios individuales. Si un usuario individual considera que las tarifas no son aplicables a su realidad particular, no tendría como impugnar tal situación.
 - e. Si bien la LPI fija algunos criterios a considerar para determinar las tarifas, tales factores serían insuficientes y deberían complementarse con otros criterios.
12. Para la corrección de lo relatado, la Solicitud de ANATEL sugiere las siguientes medidas¹¹:
- a. Creación de un tribunal técnico, independiente e imparcial¹²;
 - b. Eliminación de la elección binaria (*final-offer*) en el arbitraje;
 - c. Negociación de las tarifas en una misma época e instancia;
 - d. Permitir expresamente a usuarios individuales iniciar un procedimiento de mediación y arbitraje obligatorio;
 - e. Aumento del plazo de vigencia de la tarifa autorizada por el Tribunal Arbitral (de 3 a 5 años); y,
 - f. Agregar a la ley otros factores objetivos para la determinación de las tarifas, como por ejemplo: (i) grado de uso efectivo del derecho en el conjunto de la actividad del usuario; (ii) porcentaje en base a los ingresos directamente relacionados con la explotación comercial del repertorio en el programa en que se usen efectivamente, debiendo descontarse gastos en los que debe incurrir el usuario; (iii) amplitud del repertorio de la EGC y la intensidad y relevancia de su uso; (iv) tarifas cobradas por la misma EGC a otros usuarios y las tarifas establecidas por las otras EGCs; y (v) la carga general de tarifas que el usuario paga a las distintas EGCs existentes¹³.

II. CUESTIÓN PRELIMINAR: DERECHOS DE AUTOR

13. Conforme a lo indicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("OMPI"), es posible distinguir dos ramas dentro del Derecho de Propiedad Intelectual: Propiedad Industrial y Derecho de Autor.

¹¹ *Ibíd.* pp. 47 y ss.

¹² Según ANATEL, la creación de un órgano jurisdiccional que resuelva estas diferencias ha sido la solución adoptada en la mayoría de las jurisdicciones del mundo. *Ibíd.* p. 37.

¹³ *Ibíd.* pp. 50-51.

14. La Propiedad Industrial guarda relación con la protección de una invención, como patentes de invenciones, diseños industriales y marcas de productos o servicios, entre otros. Por otro lado, el Derecho de Autor se refiere a la protección de obras literarias y artísticas, tales como libros, obras musicales, pinturas, esculturas, películas y programas informáticos, entre otros¹⁴.
15. Dentro de esta última rama, si bien hay un cierto grado de convergencia a nivel internacional, es relevante indicar que Derecho de Autor y *Copyright* no son conceptos sinónimos, y que sus diferencias provienen de su pertenencia al sistema continental europeo o *civil law*, o al sistema anglosajón o *common law*, respectivamente; diferencias que deben tenerse en consideración al intentar extrapolar instituciones y disposiciones existentes en otros países¹⁵.
16. En Chile, la LPI en términos estrictos es una ley de Derecho de Autor y tiene por objeto proteger los derechos que, por el solo 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 determina¹⁶.
17. Cabe recordar también que en Chile el Derecho de Autor es una garantía constitucional, contemplada en el artículo 19 N° 25 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la libertad de crear y difundir las artes y resguarda, 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.

¹⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. 2016. p. 4. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf [última visita: 26 de octubre de 2018].

¹⁵ Así, por un lado, en Francia, España y países de Latinoamérica (donde impera el *civil law*), el Derecho de Autor se basa fuertemente en la dimensión creadora, reconociéndole al autor un derecho moral sobre su obra y otorgándole derechos exclusivos sobre ésta, vinculados a un "derecho de la personalidad". En tal sentido, se entiende que la actividad creativa emana siempre de una persona física. Por otro lado, en Reino Unido, Estados Unidos y países de su área de influencia cultural y jurídica (en donde impera el *common law*), el *Copyright* está centrado en consideraciones económicas, siendo posible que el autor sea una persona natural o jurídica y en donde el reconocimiento de derechos morales al autor tiene una importancia menor. Ver en: Escuela de Organización Industrial. *Sistemas de copyright y sistemas de derecho de autor en Propiedad intelectual*. Disponible en: http://www.eoi.es/wiki/index.php/Sistemas_de_copyright_y_sistemas_de_derecho_de_autor_en_Propiedad_intelectual [última visita: 25 de octubre de 2018].

¹⁶ Artículo 1, inciso 1° LPI. En sentido similar, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes ha indicado que el Derecho de Autor tiene la importancia de proteger la creación intelectual del ser humano, pero también posee un sentido social, pues "*cumple con una función dirigida a complementar el sistema de financiamiento de la cultura, al fortalecer un eslabón tan relevante como el autor (...) [y] por el hecho de proteger la creación misma, y con ello la función social y cultural que esta cumple para nuestra sociedad*". Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA). *Guía de Derecho de Autor. La protección de la creación*. p. 9. Disponible en: <https://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2017/09/guia-derecho-autor-proteccion-creacion.pdf> [última visita: 25 de octubre de 2018].

18. En su artículo 2º, la LPI ampara a los titulares de derechos de autor o conexos que sean chilenos, o extranjeros domiciliados en Chile. En el caso de titulares extranjeros no domiciliados en Chile, siguiendo lo dispuesto en el Convenio de Berna, éstos tienen los mismos derechos que los titulares nacionales¹⁷.

II.1. Derechos de Autor, Conexos y Especiales

19. Siguiendo la tradición continental, en el inciso segundo del artículo 1º LPI se indica que el derecho de autor comprende los derechos patrimoniales y morales, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.
20. El derecho moral otorga ciertas facultades al autor sobre su obra, relativas a su personalidad y "*permite al autor tomar ciertas medidas para conservar el lazo personal existente entre este y su obra*"¹⁸. En esta línea, el artículo 14 LPI indica que el autor tiene de por vida una serie de facultades, como reivindicar la paternidad (autoría) sobre su obra; oponerse a una deformación o modificación de ésta; mantenerla inédita; mantenerla inconclusa o autorizar a terceros a terminarla; y, exigir que se respete su voluntad de mantenerla anónima o seudónima¹⁹.
21. Los derechos morales aplican sólo a personas naturales (como titulares originarios), son irrenunciables, inalienables, intransferibles y sólo pueden ser transmitidos vía sucesión por causa de muerte. El autor conserva estos derechos o facultades morales aun cuando haya cedido totalmente sus derechos patrimoniales sobre la obra²⁰.
22. Por su parte, los derechos patrimoniales de un autor sobre su obra se relacionan con la explotación comercial de ésta, permitiéndole obtener una retribución económica por su uso por parte de terceros. La LPI indica que el derecho patrimonial confiere facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros²¹.
23. Las formas de uso y explotación económica que el titular del derecho de autor puede hacer de su obra han sido denominados "*modos de uso de los derechos de autor*"²² y

¹⁷ El artículo 5, N° 3 del Convenio de Berna establece que "*la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales*".

¹⁸ CNCA. Óp. Cit. p. 42.

¹⁹ Ver artículo 14 LPI

²⁰ CNCA. Óp. Cit. p. 42.

²¹ Artículo 17 LPI.

²² CNCA. Óp. Cit. p. 43.

comprenden su reproducción, distribución, modificación, comunicación pública y/o su puesta a disposición al público²³.

24. Por regla general, los derechos patrimoniales son transferibles y renunciables y el titular de un derecho patrimonial puede ser una persona jurídica, ya sea porque el autor ha transferido contractualmente su derecho patrimonial (cesión) o porque la Ley se la atribuye de pleno derecho²⁴.
25. La remuneración al titular suele llevarse a cabo a través del pago de una licencia, cuyo monto dependerá, en principio, del uso que se le dé a la obra. Se diferencia de una cesión, pues en esta última la remuneración obtenida es por la transferencia de los derechos a un tercero, por lo que, en principio, no podría recibir remuneraciones posteriores por su uso²⁵.
26. Los derechos conexos (también conocidos como derechos afines) tienen por objeto *“proteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que hayan producido objetos que, aunque no se consideren obras en virtud de los sistemas de derecho de autor de todos los países, contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor”*²⁶.
27. En su Título II, la LPI se refiere a los derechos conexos al derecho de autor y entiende como beneficiarios de éstos a: (i) los artistas, intérpretes o ejecutantes respecto a sus prestaciones artísticas²⁷; (ii) los derechos de los productores de fonogramas respecto de sus fonogramas²⁸; y, (iii) los derechos de organismos de radiodifusión sobre sus emisiones radiofónicas²⁹.

²³ Ver artículo 18 LPI. En la misma línea, ver CNCA. Óp. Cit. p. 43.

²⁴ Por ejemplo, es lo que ocurre con los programas computacionales, en donde se reputa titular del derecho de autor patrimonial la persona natural o jurídica cuyos dependientes en el desempeño de sus funciones laborales los hubieren producido, salvo estipulación en contrario. En el caso de obras cinematográficas los derechos de autor patrimoniales corresponden al productor. Es decir, la persona jurídica será la titular de derecho patrimonial y el autor, el o los dependientes que hayan creado el respectivo programa o la obra cinematográfica, serán los autores para efectos del derecho moral.

²⁵ No obstante, cabe indicar que, como veremos más adelante, el legislador ha establecido ciertos derechos patrimoniales intransferibles para determinadas personas naturales (intérpretes, directores y guionistas de obras audiovisuales) en las leyes N° 20.243 y N° 20.959.

²⁶ OMPI. Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. 2016. p. 27.

²⁷ Art. 65 LPI.

²⁸ Art. 67 LPI.

²⁹ Art. 69 LPI. Conforme al artículo 4º, letra l) LPI, Organismo de radiodifusión corresponde a la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público.

28. También existen otros derechos creados por leyes especiales. Así, las Leyes N° 20.243³⁰ y 20.959³¹ establecieron derechos morales y patrimoniales para los artistas, intérpretes, ejecutantes, directores y guionistas de una obra audiovisual.
29. Dentro de los derechos morales concedidos por dichas leyes, se estableció que los titulares gozarán, de por vida, de la paternidad e integridad sobre su actuación, interpretación o colaboración en una obra audiovisual. El ejercicio de tales derechos es inalienable y son transmisibles por causa de muerte³². Dentro de los derechos patrimoniales concedidos, el artista, intérprete o ejecutante, director o guionista tendrá el derecho a percibir una remuneración por una serie de actos que se realicen respecto a soportes audiovisuales en que se encuentren fijadas o representadas sus interpretaciones, ejecuciones o colaboraciones³³.
30. Una cuestión distintiva es que este derecho a percibir remuneración puede ejercerse aún después que el artista, intérprete o ejecutante, director o guionista haya efectuado la cesión de sus derechos patrimoniales³⁴. En tal sentido, se agregó que tal remuneración no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que les reconoce la LPI.
31. Conforme indica el Consejo Nacional de las Culturas y las Artes ("CNCA"), estos derechos fueron creados para evitar una sobreexplotación del trabajo de quienes participan en obras audiovisuales, puesto que suelen ceder los derechos sobre sus interpretaciones y ejecuciones a precios que corresponden solo a primeras o únicas transmisiones, sin considerar posibles retransmisiones futuras. Con esta ley se pretendió lograr que cada vez que se vuelva a utilizar la obra audiovisual en que participan, los intérpretes y ejecutantes reciban un pago³⁵. Esto se condice con lo

³⁰ Ley N° 20.243, de 2008, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

³¹ Ley N° 20.959, de 2016, que extiende la aplicación de 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. Esta ley amplió la aplicación de la Ley N° 20.243 a los directores y guionistas de las obras audiovisuales, estableciendo el derecho irrenunciable e intransferible a percibir la remuneración establecida en el artículo 3 de la Ley N° 20.243, indicando expresamente que tal derecho a percibir remuneración no admite renuncia o cesión.

³² Ley N° 20.243, artículo 2°.

³³ Ley N° 20.243, artículo 3°. Dentro de los diversos usos, encontramos:

- La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, de dichas prestaciones artísticas.
- La puesta a disposición por medios digitales interactivos de dichas obras.
- El arrendamiento al público de dichos soportes.
- La utilización de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión en un recinto o lugar accesible al público, de dichas prestaciones artísticas.

En sentido similar, ver CNCA. Óp. Cit. pp. 90-91.

³⁴ Ley N° 20.243, artículo 3°.

³⁵ CNCA. Óp. Cit. p. 91.

836

señalado en los respectivos mensajes presidenciales en la Historia de las Leyes N° 20.243 y N° 20.959³⁶.

II.2. Las Entidades de Gestión Colectiva (EGC)

II.2.1. Aproximación legal

32. Los titulares de derechos de autor, conexos y especiales pueden ejercer y gestionar sus derechos de manera individual (negociando directamente con el o los usuarios de su obra la remuneración por su uso) o de manera colectiva (por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de tales derechos en defensa de sus intereses, denominadas Entidades de Gestión Colectiva³⁷).
33. Sin embargo, la gestión individual puede que no asegure el uso correcto de los derechos, ni garantice que los titulares de derechos otorguen las autorizaciones y reciban las remuneraciones que correspondan. Ello se puede deber a dos razones: (i) para los autores o titulares de derechos es más complejo fiscalizar la correcta utilización de sus obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas, pues es prácticamente imposible asegurar que ninguna persona use sus obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas sin su autorización; y, (ii) en ciertos casos tampoco es fácil para quienes quieren utilizar una obra, prestación artística o contribución conexas protegida, contactarse directamente con el autor o titular para negociar las autorizaciones y remuneraciones correspondientes³⁸.
34. Así, las EGCs surgen como una manera de facilitar la administración y gestión de los derechos de autor, conexos y especiales, puesto que los autores y otros titulares de derechos autorizan a una entidad única, que actúa en su nombre, para conceder autorizaciones de uso a terceros (licencias), recaudar y distribuir la debida remuneración, impedir y detectar infracciones de derechos y solicitar medidas de compensación en los casos de infracción³⁹.
35. Conforme lo establece la OMPI, "*la gestión colectiva es un elemento importante de un sistema eficaz de derecho de autor y derechos conexos, que complementa la concesión individual de licencias*"⁴⁰. Además, muchas de ellas también cumplen un

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 20.243*. Mensaje Presidencial. p. 4; e, *Historia de la Ley N° 20.959*. Mensaje Presidencial. pp. 3-4.

³⁷ CNCA. *Óp. Cit.* p. 65.

³⁸ *Ibid.* p. 64.

³⁹ OMPI. *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. 2016. p. 21.

⁴⁰ OMPI. *Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para Organismos de Gestión Colectiva*. 2018. p. 6. Disponible en:

rol en la promoción de la cultura, al otorgar servicios de carácter social, cultural y educativo en beneficio de los titulares de los derechos⁴¹.

36. En un sistema de gestión colectiva, hay dos relaciones que son importantes; en primer lugar, la relación entre los titulares de derechos de autor y la EGC y, en segundo lugar, la relación entre la EGC y los usuarios⁴². Así, las EGCs actúan como un puente entre los titulares de derechos y los usuarios, buscando ser un sistema eficiente de recaudación y distribución de licencias y/o remuneraciones⁴³.
37. Usualmente las EGCs se configuran según la categoría del artista y gestionan derechos tanto de autor como conexos. En la mayoría de los casos existe una única EGC para cada rubro y, por lo tanto, ellas no compiten entre sí⁴⁴.
38. La LPI indica que las EGCs deben constituirse como corporaciones chilenas de derecho privado⁴⁵ (es decir, sin fines de lucro) y para dar inicio de sus actividades requiere de una autorización previa del Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio mediante resolución publicada en el Diario Oficial.
39. El objetivo social de las EGCs es único y se refiere a la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales. La existencia de una EGC no impide que autores o titulares puedan administrar personalmente sus derechos. Por regla general, la afiliación a una EGC para ejercer el cobro de los derechos por el uso de derechos no es obligatoria⁴⁶ y el titular puede solicitar que se le represente respecto de todas sus obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas, o sólo de algunas⁴⁷.
40. En el desarrollo de su actividad, las EGCs realizan una serie de acciones, por ejemplo:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wipo_ccm_ge_18/wipo_ccm_ge_18_toolkit.pdf [última visita: 05 de noviembre de 2018].

⁴¹ *Ibid.* p. 9.

⁴² OMPI. *Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights. Module 1: General aspects of collective management.* p. 16 Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_emat_2014_1.pdf [última visita: 05 de noviembre de 2018].

⁴³ OMPI. *Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para Organismos de Gestión Colectiva.* 2018. p. 6.

⁴⁴ Por ejemplo, en la Comisión Europea se ha señalado que *"las sociedades de gestión colectiva representan generalmente un repertorio muy amplio, cuando no mundial, y tienen un mandato exclusivo para la administración de derechos relativos a su sector de actividad. Ello las coloca en una posición exclusiva y sólida frente a los usuarios, lo que la mayoría de ellos aprecian, pues permite que las sociedades de gestión colectiva funcionen como ventanillas únicas para la autorización"*. Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior"*. 2004. p. 21.

⁴⁵ Art. 92 LPI.

⁴⁶ Una excepción ocurre en el caso del cobro de los derechos por la ejecución de fonogramas. Ver artículo 67, inciso 2° LPI

⁴⁷ El titular no pierde la facultad de gestionar él por su cuenta sus derechos, pues las licencias que otorgan las sociedades de gestión son no exclusivas. CNCA. *Op. Cit.* p. 70.

- a. Llevar un registro público de sus asociados, de sus representados nacionales y extranjeros, así como de la categoría de derecho que administran;
- b. Recabar información sobre los titulares de las obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas que administran;
- c. Otorgar licencias de uso de los derechos que administran;
- d. Gestionar contratos de representación celebrados con otras entidades equivalentes del extranjero;
- e. Fijar las tarifas a cobrar a los usuarios por el otorgamiento de licencias de uso de las obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas que administran;
- f. Fiscalizar y cobrar por el uso de las obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas que administran;
- g. Tomar acciones legales para exigir el respeto de los derechos de los autores y titulares afiliados a ellas;
- h. Repartir lo recaudado por los pagos entre los titulares de las obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas utilizadas en forma proporcional, con arreglo al sistema determinado en sus estatutos y reglamento; y,
- i. Excepcionalmente, promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros y representados y para el estímulo a la creación nacional⁴⁸.

II.2.2. Aproximación económica

41. Los derechos de uso que licencian las EGCs son respecto de derechos de autor y conexas de obras cuyo valor es intangible. Así, las licencias de uso de estos derechos son respecto de bienes que no se transan en condiciones de libre mercado y su precio se determina principalmente por la valoración que realicen los usuarios de dichas obras.
42. Estos bienes tienen un costo de producción alto en comparación al bajo costo de reproducción⁴⁹. Como consecuencia, en principio, los precios de adquisición de

⁴⁸ CNCA. Óp. Cit. pp. 65-68.

⁴⁹ Es decir, su producción implica costos fijos iniciales altos, mientras que su reproducción es de costo marginal cercano a cero. Por ejemplo, el costo de producir un disco compacto no se compara con el de realizar sus copias, que es de mucho menor valor; también ocurre ello con los libros. Similar es el caso de una exposición, en la que el costo principal se genera en la creación de la obra, luego –y en menor grado–, en la preparación del espacio para la exhibición, mientras que el costo marginal de que asista un nuevo espectador es casi nulo. En este sentido, estos bienes son asimilables al caso de la “información”, definida por Hal Varian, como “todo

licencias no tienen relación directa con el costo marginal de reproducir la obra, más bien tienen por objeto permitir que los titulares de estos derechos logren obtener rentas y recuperar sus costos fijos iniciales de producción.

43. Dichos bienes son altamente diferenciados⁵⁰ lo que, solamente cuando la obra es suficientemente valorada por los usuarios, les permitiría obtener cierto poder de mercado, el cual puede verse limitado por el poder de negociación que tengan los usuarios y las dificultades que puede enfrentar el titular para realizar los respectivos cobros por el uso, entre otros.
44. Desde una perspectiva económica, la administración de derechos por parte de las EGCs logran una serie de eficiencias reconocidas por la literatura⁵¹. Cuando las EGCs velan por el efectivo cobro sobre el uso de los derechos de sus integrantes, realizan un esfuerzo para fiscalizar su explotación, lo que en la práctica se traduce en un costo de administración. Este costo se reduce en promedio por cada nuevo titular que ingresa al colectivo, ya que se generan economías de escala y de ámbito. En efecto, el principal costo de implementar un sistema de monitoreo corresponde a la inversión inicial, mientras que el costo de supervigilar el uso de los derechos de un nuevo titular es marginal cuando el mecanismo ya se encuentra en funcionamiento. Así, el costo promedio total de la actividad disminuye por cada nuevo miembro que se incorpore a la EGC, alcanzando economías de escala. Por otra parte, en la fiscalización sobre el uso de cierta obra, se pueden encontrar otros derechos de similar categoría que están siendo utilizados, y que no estaban en los registros de la agrupación. De esta manera, la incorporación de nuevos derechos para ser administrados por la EGC, también reducen los costos del monitoreo, alcanzándose economías de ámbito.
45. En consecuencia, como el costo total en promedio se diluye a medida que se incorporan titulares, la EGC puede realizar una revisión sobre el uso de los derechos

aquello que es codificable en bytes". Varian, Hal R. *Markets for Information Goods*. University of California. 1998. Disponible en: <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/japan.html>. [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁵⁰ Por ejemplo, respecto de la información, Varian señala: "Cada CD de pop es diferente que los otros (o eso creen los oyentes), y cada película es única. Pero no tan única. Aun así hay una ventaja en encontrar algunas similitudes, debido al efecto reputacional". *Ibid.* Traducción libre.

⁵¹ Desde un punto de vista analítico, se encuentran: Hollander, Abraham. "Market Structure and Performance in Intellectual Property: the Case of Copyright Collectives", *International Journal of Industrial Organization*, 1984, 2; 199-217. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0167718784900109> [última visita: 08 de noviembre de 2018]; Besen, Stanley; N. Kirby, Sheila y Salop, Steven. "An Economic Analysis of Copyright Collectives". 1992. *Virginia Law Review*. 78. 383. 10.2307/1073313.

En tanto que, desde un punto de vista empírico: Weir, R. and A. Peacock. "The Composer in the Marketplace", 1975, London, Faber. Estudio; cuyas conclusiones se han mantenido en el tiempo, de acuerdo a Throsby D. "The Composer in the Market Place Revisited: The Economics of Music Composition Today". 2016. Rizzo I., Towse R. (eds) *The Artful Economist*. Springer, Cham.

que los titulares individualmente no podrían sobrellevar. En el mismo sentido, la UNESCO señala que la recolección colectiva es el único medio de asegurar que los intereses legítimos de los autores sean respetados cuando ellos tratan con una multiplicidad de usuarios⁵², reduciendo así los costos de transacción de éstos.

46. Cabe señalar, que usualmente las EGCs se configuran según la categoría del artista y gestionan derechos tanto de autor como conexos. En la mayoría de los casos existe una única EGC para cada rubro y, por lo tanto, ellas no compiten entre sí⁵³.
47. Por otra parte, las EGCs reducen los costos de transacción para los usuarios que necesitan una gran variedad de obras, por ejemplo, emisoras de radio y televisión, pues aminoran los costos de búsqueda para encontrar a quienes administran cada uno de los derechos que usan, los que, por la diversidad del contenido, pueden encontrarse desperdigados en distintas partes del mundo.
48. De dicha forma, el conjunto de acciones que realizan las EGCs deberían tender a significar una ganancia en eficiencia tanto para sus miembros, como para los usuarios de los derechos que ellas administran⁵⁴. Ello se ilustra especialmente respecto de la remuneración por uso de los derechos de autor, conexos y especiales, en donde existen "un gran número de utilizaciones, de usuarios y titulares implicados"⁵⁵.
49. Debido a las economías de escala y de ámbito referidas, la literatura económica ha entendido a las EGCs como monopolios naturales⁵⁶. Así, se ha señalado que, una vez realizada la inversión inicial para realizar las funciones de administración, supervisión; cobro y distribución, el costo adicional de administrar los derechos de un nuevo titular es marginal. De este modo, el licenciamiento colectivo tiene costos

⁵² UNESCO. "Guide to Collective Administration of Author's Rights". 2000. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001206/120677e.pdf> [última visita: 07 de noviembre de 2018].

⁵³ Por ejemplo, en la Comisión Europea se ha señalado que "las sociedades de gestión colectiva representan generalmente un repertorio muy amplio, cuando no mundial, y tienen un mandato exclusivo para la administración de derechos relativos a su sector de actividad. Ello las coloca en una posición exclusiva y sólida frente a los usuarios, lo que la mayoría de ellos aprecian, pues permite que las sociedades de gestión colectiva funcionen como ventanillas únicas para la autorización". Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Europea sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior". 2004. p. 16

⁵⁴ Gallini, Nancy. "Competition Policy, Patent Pool and Copyright Collectives". Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol. 8, No. 2, pp. 3-34, 2011. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2024560 [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁵⁵ Comunicación de la Comisión Europea sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior" (2004). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0261&from=ES> [última visita: 07 de noviembre de 2018].

⁵⁶ Al respecto, ver Towse, Ruth. "Economics of Copyright Collecting Societies and Digital Rights: Is There a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?". Review of Economic Research on Copyright Issues, 2012, 9(2), 3-30. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216165 [última visita: 08 de noviembre de 2018]; y, Hollander, Abraham. "Market Structure and Performance in Intellectual Property: the Case of Copyright Collectives", International Journal of Industrial Organization, 2; 199-217. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/016718784900109> [última visita: 08 de noviembre de 2018].

promedio decrecientes y costos marginales bajos⁵⁷. Por su parte, las economías de ámbito se alcanzan una vez que se transan distintos tipos de derechos.

50. En dicho sentido, se les reconoce a las EGCs una mayor eficacia en el cobro, ya que titulares con menor poder de negociación, por ejemplo, artistas incipientes, pueden conseguir un pago efectivo por sus derechos⁵⁸.
51. Por último, las EGCs pueden otorgar licencias individuales (por una obra) o por un repertorio amplio de obras (por ejemplo, la totalidad de obras que la EGC administra). La literatura y la jurisprudencia internacional⁵⁹ señala que la eficiencia de estas entidades va de la mano con la última modalidad⁶⁰, pues el monitoreo de licencias por uso individual es más costoso⁶¹.
52. Adicionalmente, estas licencias de repertorio amplio: (i) incorporan en los catálogos tanto obras actuales como futuras, que implica menores costos de transacción, al reducir los costos de administración de las EGCs y de búsqueda de los usuarios; y, (ii) responde a una necesidad del usuario cuando no tiene certeza o injerencia sobre el uso de las obras que se realizará. En reconocimiento del difícil monitoreo del uso de algunos derechos, este tipo de licencias han servido como un "seguro" o "garantía" de pago que elimina la necesidad de que el usuario se cerciore caso a caso sobre quién es el titular del derecho⁶².

⁵⁷ Towse, Ruth. Óp. Cit.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión Europea sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior" (2004). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0261&from=ES> [última visita: 07 de noviembre de 2018]. En el mismo sentido, OMPI. *Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para Organismos de Gestión Colectiva*. 2018. p. 6.

⁵⁹ En Estados Unidos, como excepción a la sanción *per se* de fijación de precios, se rechazó la demanda de Columbia Broadcasting System, Inc. ("CBS") en contra de las asociaciones American Society of Composers, Authors and Publishers ("ASCAP") y Broadcast Music, Inc. ("BMI"), junto a sus miembros y afiliados. La acusación señalaba que las asociaciones infringían la normativa de libre competencia por la emisión de licencias generales de derechos de autor que se determinaban en función del total de los ingresos y no dependían directamente del uso efectivo. El Tribunal del Distrito determinó que las licencias generales eran una necesidad obvia si se requería evitar cientos de negociaciones individuales (esto es, por cada licencia, en las distintas estaciones de radio, clubes nocturnos y restaurantes), lo que era virtualmente imposible de realizar. Sentencia disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/441/1.html> [última visita 08 de noviembre de 2018].

⁶⁰ Towse, Ruth, Óp. Cit.

⁶¹ Ello, por cuanto existe un *trade-off* entre el monitoreo de un uso efectivo y el costo de transacción: mientras más precisa la medición, mayor es el costo de recopilación de dicha información, que se traduce en mayores costos de administración.

⁶² "Algunas jurisdicciones proveen diferentes mecanismos judiciales y legislativos con el objeto de dar a los usuarios una 'paz mental' de ser capaz de usar cualquier obra sin tener que corroborar en el futuro si una determinada obra es de hecho parte del repertorio licenciado. A través de esos mecanismos se han construido judicialmente nociones de licencia implícita o indemnidad implícita". Katz, Ariel. "The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights" *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No. 3. Traducción libre. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=547802 [última visita: 08 de noviembre de 2018].

53. Cabe señalar que, en algunos casos, las licencias de repertorio amplio no son otorgadas por parte de las EGCs en razón del tipo de uso que se le da a la obra. Este es el caso, por ejemplo, de museos y exposiciones donde, en la generalidad, los derechos de transan de manera individual, en ocasiones, no realizándose pago alguno por ellos, o un pago muy menor⁶³.

II.3. Mecanismos de solución de controversias en la fijación de tarifas

II.3.1. Aproximación legal

54. Como se indicó, una de las facultades que tiene la ECG es la fijación de tarifas. En tal sentido, existen tarifas generales, en donde es posible diferenciar según categoría de usuario, así como planes tarifarios alternativos o tarifas especiales, que son acordadas con las asociaciones de usuarios⁶⁴.
55. En el caso de suscitarse controversias respecto a la fijación de tarifas entre asociaciones de usuarios y EGCs, la LPI establece un sistema de 2 etapas. La primera etapa consiste en someter la controversia a mediación, procedimiento no adversarial y obligatorio cuyo objetivo es que, a través de la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, éstas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia suscitada⁶⁵.
56. Una vez nombrado el mediador⁶⁶, se ordena poner en conocimiento de los interesados (como usuarios de similar categoría que no pertenezcan a la asociación de usuarios), la circunstancia de encontrarse sometida a mediación una determinada tarifa para que puedan hacerse parte en ésta⁶⁷.
57. El proceso de mediación tiene una duración máxima de 60 días contados desde la publicación del aviso antes señalado, pero las partes de común acuerdo pueden

⁶³ Declaración de fecha 1 de octubre de 2018.

⁶⁴ Art. 100 LPI, incisos 3° y 4°. 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.

⁶⁵ Art. 100 bis, inc. 1°.

⁶⁶ Ya sea de común acuerdo por las partes o, a falta de acuerdo, por el juez de letras en lo civil del domicilio de la EGC respectiva, conforme al procedimiento de designación de peritos establecido en el Código de Procedimiento Civil. [art. 100 bis. Inc. 3°].

⁶⁷ Art. 100 bis. Inc. 4°. Tal comunicación es a través de un aviso publicado en un diario de circulación nacional.

ampliarlo⁶⁸. En este periodo, el mediador puede citar a todas las audiencias que estime necesarias para el cumplimiento de los fines de la mediación⁶⁹.

58. Las partes tienen la obligación de presentar sus propuestas fundadas de tarifas, los usos a las que aplican y los antecedentes en que se fundan, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del nombramiento del mediador. Pueden presentar nuevas propuestas durante el transcurso de la mediación⁷⁰.
59. Si las partes llegan a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia en un acta, la cual tendrá valor de sentencia ejecutoriada. La tarifa adoptada no puede ser modificada por la EGC ni someterse a nueva mediación en un plazo de 3 años, contado desde la fecha del acta⁷¹.
60. Si las partes no llegan a acuerdo, se entiende fracasada la mediación y se levanta un acta. Con ésta, puede iniciarse la segunda etapa, consistente en un arbitraje⁷² que comienza con la designación del tribunal arbitral, dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha del acta indicada⁷³. Vencido tal plazo, no puede iniciarse un proceso de mediación sino hasta 3 años contados desde la fecha del acta de mediación⁷⁴.
61. El tribunal arbitral está integrado por 3 miembros árbitros arbitradores; uno es nombrado por la asociación de usuarios; otro por la EGC y el último de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo o ausencia de nombramiento por una de las partes, la designación la hará el juez de letras en lo civil correspondiente⁷⁵.
62. Respecto a los criterios para resolver el arbitraje, la LPI indica que deberán considerarse, 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

⁶⁸ Art. 100 bis. Inc. 5°.

⁶⁹ Art. 100 bis. Inc. 6°.

⁷⁰ Art. 100 bis. Inc. 7°. Si una de las partes no comparece, no realiza una propuesta fundada o se desiste de la mediación, la propuesta de la contraparte se tendrá por aceptada por el solo ministerio de la ley y tendrá valor de sentencia ejecutoriada. Art. 100 bis. Inc. 8°.

⁷¹ Art. 100 bis. Inc. 9°.

⁷² Art. 100 bis. Inc. final. [10°]

⁷³ Art. 100 ter. Inc. 1°

⁷⁴ Art. 100 ter. Inc. 2°

⁷⁵ Art. 100 ter. Inc. 3°. A falta de acuerdo o en ausencia de nombramiento por una de las partes, la o las designaciones serán realizadas por el juez de letras en lo civil del domicilio de la entidad de gestión respectiva y se sujetarán al procedimiento de designación de peritos establecido en el Código de Procedimiento Civil, sin que las partes puedan oponerse a la designación. Como árbitros arbitradores, el tribunal debe fijar fecha para la audiencia de las partes, determinar el mecanismo de notificación y las normas y procedimientos aplicables, debiendo contemplar en todo caso, la audiencia de las partes, mecanismos para recibir pruebas y antecedentes que aporten y el modo en que se formularán las solicitudes. Art. 100 ter. Inc. 4°.

usuarios de esa categoría, y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior⁷⁶.

63. El tribunal arbitral puede llamar a las partes a conciliación. En el caso de que las partes lleguen a acuerdo, se pone término al arbitraje por la sola presentación del acuerdo o convenio, el cual tendrá valor de sentencia ejecutoriada⁷⁷.
64. Un aspecto relevante para comprender la Solicitud de ANATEL, es que las partes deben, en una audiencia fijada para tal efecto, aportar en un sobre cerrado sus respectivas propuestas de tarifas finales y los usos respecto de las cuales aplican, junto a las pruebas y antecedentes que las sustentan⁷⁸. En caso de dictar sentencia, el tribunal arbitral está limitado a optar exclusivamente por una de las propuestas de las partes presentadas en sobre cerrado. Es a lo que en la solicitud de ANATEL se le denomina sistema de oferta-final.
65. La sentencia del tribunal arbitral tiene valor de sentencia ejecutoriada y constituirá un plan tarifario alternativo, pudiendo acogerse a estas tarifas especiales cualquier usuario (que se ubique en la misma categoría) que así lo solicite⁷⁹. La tarifa adoptada no puede ser modificada por la EGC, ni ser sometida a nueva mediación o arbitraje en un plazo de 3 años⁸⁰. El tribunal arbitral debe dictar fallo dentro de 60 días contados desde su constitución.
66. Durante el proceso de arbitraje, los usuarios pueden seguir utilizando el repertorio o registro de la EGC cuyas tarifas fueron controvertidas, pagando las tarifas que hubiesen estado pagando con anterioridad al arbitraje y si no las hubiese, las que correspondan a la fijada por la EGC conforme a la ley⁸¹.
67. Tanto mediadores como árbitros deben estar inscritos en un Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual que lleva el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio⁸².

⁷⁶ Art. 100 ter. Inc. 7°.

⁷⁷ Art. 100 ter. Inc. 8°.

⁷⁸ Art. 100 ter. Inc. 5°.

⁷⁹ Art. 100 ter. Inc. 9°. Para estos efectos, la entidad de gestión colectiva deberá poner a disposición del público el laudo o, en su caso, el acuerdo. Igualmente, el tribunal remitirá copia a la Subsecretaría de las Culturas y las Artes, que llevará un registro público de los laudos y acuerdos.

⁸⁰ Art. 100 ter. Inc. 10°.

⁸¹ Art. 100 ter. Inc. 14°.

⁸² Art. 100 bis LPI, inc. 2°. Hasta antes de la creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, tal registro dependía del Ministerio de Educación. Los requisitos exigidos para ser inscritos como Mediador o Árbitro son contar con (i) un título profesional, (ii) al menos cinco años de ejercicio profesional y (iii) experiencia calificada en el ámbito de propiedad intelectual o en el área de la actividad económica.

II.3.2. Aproximación económica

68. Los mecanismos alternativos de solución de controversias corresponden a opciones extrajudiciales que tienen la ventaja de ser más expeditas y menos costosas, además de evitar escenarios en que no se transen los bienes o que no se provean los servicios. Así, con ellas se consigue generalmente un mejor resultado desde el punto del bienestar social.
69. Uno de estos mecanismos son las mediaciones, donde además de las partes, hay un tercero imparcial que busca un consenso entre éstas. Esto es, que el conflicto se resuelva de manera voluntaria alcanzando un acuerdo que deje conforme a ambas partes. Otra alternativa, frente a la ausencia de avenimiento, es el arbitraje, donde terceros resuelven. Se reconocen dos tipos de arbitraje: el "convencional" y el de "oferta final" o "*final-offer*". En el primero, él o los árbitros pueden proponer una solución distinta a la planteada por las partes, mientras que, en el segundo, están obligados a escoger una de las propuestas presentadas por ellas.
70. Si bien ambos sistemas tienen ventajas y desventajas, el arbitraje convencional ha sido criticado en la literatura económica pues induce a los intervinientes a tomar posturas extremas en las etapas de mediación y en las fases del arbitraje bajo la creencia de que el o los árbitros fallarán por una solución intermedia. Además, eventualmente puede fallar en considerar adecuadamente las posturas de las partes, al imponer una solución.
71. Por otra parte, se señalan como ventajas del sistema de "oferta final" que él o los árbitros tienen menor grado de discrecionalidad, y que incentiva a las partes a evitar las posturas extremas, y considerar la posición de la contraria. Es decir, se argumenta que las partes debieran optar por la estrategia de ceder en algunos términos, para evitar el riesgo de que él o los árbitros se decanten por la solución propuesta por su contraparte. Es más, se indica que la presión de cada parte por ceder en sus propuestas, puede ser suficiente para generar el término del conflicto, al alcanzarse un acuerdo entre las intervinientes. De este modo, aun si no es utilizado, la sola amenaza de utilizar el mecanismo puede acelerar y/o promover la conciliación⁸³.

⁸³ En este modelo, se considera información incompleta sobre las preferencias de los intervinientes. Samuelson, William. "*Final-Offer Arbitration under Incomplete Information*". Management Science. Vol. 37, No. 10, Focussed Issue on Group Decision and Negotiation (Oct., 1991), pp. 1234-1247. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/2632398?seq=1#page_scan_tab_contents [última visita: 08 de noviembre de 2018]. Crawford (1979) llega al resultado de que, cuando las partes cuentan con información completa, el sistema de *final-offer* no es distinto de cualquier arbitraje, donde el árbitro puede optar por una solución distinta de las propuestas por cada parte. Crawford, Vincent. "*On compulsory-arbitration schemes*". Journal of Political

72. En cierta medida, para que el acuerdo se alcance antes de llegar a la etapa de arbitraje (es decir en una etapa de negociación informal o en la etapa de mediación contemplada en la LPI) las partes deben percibir la posibilidad de que se opte por la alternativa de la contraria en el arbitraje como una salida suficientemente costosa⁸⁴. Literatura económica más reciente⁸⁵ ha señalado que este resultado se alcanza en escenarios en que las partes son adversas al riesgo, y en los que existe cierto nivel de incertidumbre sobre las decisiones de él o los árbitros.
73. Así, acelerar el alcance de acuerdos es una de las principales ventajas que se atribuye al sistema de "oferta final". En este sentido, se señala que el mejor mecanismo es aquél que se usa con menor frecuencia⁸⁶.
74. Dicho nivel de incertidumbre tiene dos dimensiones: una sobre los sesgos de los árbitros y otra, sobre la predictibilidad de los árbitros. Mientras más alejadas sean las posturas de los árbitros involucrados en el procedimiento arbitral, y mientras mayor sea su predictibilidad, más cercanas y/o conciliadoras serán las propuestas presentadas por las partes en su "oferta final"⁸⁷.
75. Las ventajas del sistema de "oferta-final", sujetas a instancias previas de negociación, han sido también reconocidas por la *Federal Communications Commission* ("FCC") de Estados Unidos, al proponerla como mecanismo de solución de conflictos en determinados casos⁸⁸, considerando además ciertos beneficios en favor de la parte con menor poder de negociación en aquellos casos en que dicho poder es muy

Economy Vol. 87, No. 1, 1979. pp. 131-159. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1832213> [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁸⁴ Ver Stevens, (1966); Donn, (1977); Long and Feuille, (1974); Nelson, (1975); Farber and Katz, (1979); Bloom, (1981); y Chatterjee, (1981). En: Boğaçhan Çelen, Onur Özgür. "Final-offer arbitration with uncertainty averse parties". *Games and Economic Behavior*. Vol. 109. 2018. pp. 484-500. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0899825618300150> [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Boğaçhan Çelen, Onur Özgür. *Óp. Cit.*

⁸⁷ De esta manera, existe un nivel óptimo de incertidumbre, que es cuando ambas partes tienen conciencia de la probabilidad de que el arbitraje pueda terminar en un resultado menos favorecedor que la negociación y/o mediación, percibiendo así el arbitraje como una salida costosa y promoviéndose los acuerdos en etapas previas.

⁸⁸ En el caso de *Comcast Corporation* ("Comcast"), dentro de las medidas de mitigación acordadas a efecto de asegurar el acceso a la programación de Comcast-NBCU a la competencia de Comcast (*multichannel video programming distributors* y *online video distributors*), se estableció el sistema de arbitraje de "oferta final" (*final offer*). En: FCC 11-4, MB Docket No. 10-56, 2011, pp. 2-6, 128-131. Disponible en: <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-11-4A1.pdf> [última visita: 08 de noviembre de 2018].

disímil⁸⁹. En Chile el sistema también es utilizado por el panel de expertos del mercado eléctrico⁹⁰, y una variación del mismo, en el caso de los servicios sanitarios⁹¹.

II.4. Derechos de Autor y Derecho de la Competencia

II.4.1. Derechos de Autor e innovación

76. Si bien la protección de los derechos de autor, conexos y otros, desde la perspectiva del Derecho de Autor busca resguardar la creatividad y la expresión de ideas en un contexto de desarrollo y promoción de la cultura, tal protección también puede resultar relevante desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, pues se podría traducir en innovación, y, en términos finales, en bienestar general.
77. Así, en términos económicos, respecto a las obras y creaciones artísticas se produce una colisión entre dos valores: eficiencia e incentivo a la creación. En un extremo, si la eficiencia es la idea predominante, se buscará que el acceso a tales obras y creaciones artísticas sea lo más pronto y menos costoso posible. En otro extremo, si el incentivo a la creación es la idea predominante, se buscará la protección del creador de la obra artística⁹².

⁸⁹ En el caso de Comcast, se estableció como medida de mitigación que cualquier *multichannel video programming distributors* con 1,5 millones o menos de suscriptores puede designar a un agente de negociación independiente para negociar colectivamente en su nombre ("Agente de Negociación") con Comcast-NBCU, quien podrá negarse a negociar con tal entidad. Incluso en términos procesales, se les conceden beneficio, por ejemplo, si un *multichannel video programming distributors* ("MVPD") con 600,000 o menos suscriptores ("Pequeño MVPD", incluido un Agente de Negociación en la medida en que representa a los Pequeños MVPD) es la parte predominante en un arbitraje, tendrá derecho a recuperar sus honorarios legales y costos de arbitraje. Si tal MVPD no es la parte predominante, no se le requerirá reembolsar los honorarios y costos correspondientes de Comcast-NBCU. En: *Ibid.*, pp. 131-132.

⁹⁰ Bustos, Javier y Fuentes, Fernando. "Eficiencia en Mecanismos de Arbitraje: El Caso del Panel de Expertos Eléctrico En Chile". 2014. Disponible en: [https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUE_SM/Energia Medio Ambiente y RRNN/EFICIENCIA EN MECANISMOS DE ARBITRAJE.pdf](https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUE_SM/Energia_Medio_Ambiente_y_RRNN/EFICIENCIA_EN_MECANISMOS_DE_ARBITRAJE.pdf). [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁹¹ El Decreto N° 453/1989, que establece la fijación de tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado establece un sistema de "oferta final" sobre distintos parámetros, de modo que sobre cada uno de ellos la Comisión de Expertos podrá pronunciarse a favor o en contra. Art. 8° de DS N° 453: "Desde la fecha que se constituya la Comisión, ésta tendrá 30 días para pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios, optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo adoptar valores intermedios". Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=98618> [última visita: 08 de noviembre de 2018]. Sobre esta metodología, Montero señala que la multidimensionalidad de la elección genera que las empresas se comporten estratégicamente, alejando sus propuestas. Montero, Juan Pablo. "A Model of Final Offer Arbitration in Regulation". *Journal of Regulatory Economics*; Vol.28 N° 1. 2005 pp. 23-46. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1651> [última visita: 08 de noviembre de 2018].

⁹² Kenneth Arrow. "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention". NBER Chapters, 1962. En: *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, pages 609-626. National Bureau of Economic Research, Inc. Disponible en: <https://ideas.repec.org/h/nbr/nberch/2144.html> [última visita: 09 de noviembre de 2018].

78. De la ponderación de ambos valores se producen ciertas concesiones y limitaciones. Al creador de una obra se le confiere un derecho patrimonial exclusivo sobre ésta, lo que estimula la innovación y la creación socialmente valiosas⁹³. Sin ese incentivo, las personas esperarían a que otros incurran en los costos y riesgos de la innovación y luego beneficiarse de las creaciones resultantes (*free-riding*)⁹⁴. Por otro lado, el ejercicio de tales derechos poseen una limitación temporal, tras el cual las obras pasan a formar parte del patrimonio cultural común, con el objeto de permitir el acceso libre a dichos bienes y promover el desarrollo cultural⁹⁵⁻⁹⁶. De esta manera, se intenta equilibrar ambos valores⁹⁷.
79. Según O'Donoghue y Padilla, en la mayoría de los casos los derechos de autor no suelen ser valiosos en el sentido pecuniario: *"la razón más importante por la cual las recompensas parecen grandes es que la mayoría de los esfuerzos que podrían estar sujetos a la protección de la propiedad intelectual no tienen éxito. La mayoría de los esfuerzos inventivos fallan. Muchas de estas fallas son invisibles: (...) compositores cuyas melodías nunca se tocan, y artistas cuyas obras nunca se ven"*⁹⁸. Sólo en aquellos casos en que la creación es altamente valorada por el o los usuarios, es que se genera un prospecto de ganancias monopólicas.
80. En cuanto a las alegaciones de ANATEL relacionadas con la posición monopólica de las EGCs, sería posible indicar que las EGCs presentan importantes economías de escala en la administración de derechos de autor, particularmente relacionados a las actividades de negociación con usuarios, fiscalización y recaudación, por lo que en general se observa la presencia de un único administrador de los derechos, es decir, la administración se realizaría bajo condiciones monopólicas.
81. Sin perjuicio de lo anterior, en una EGC pueden concentrarse la gestión de un gran repertorio de obras, lo que les puede otorgar poder de mercado respecto de los

⁹³ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing, 2° Ed. Reino Unido. 2013. pp. 518-519. En la misma línea, señalan que *"el derecho a excluir tiene un impacto positivo directo en los incentivos para la innovación. Los innovadores deben recibir una recompensa por inversiones riesgosas y costosas. Esta es la razón por la que la sociedad generalmente permite, y en ocasiones incluso facilita, que las empresas tengan poder de mercado"*. *Ibíd.* p. 519. Traducción libre.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 519

⁹⁵ Por ejemplo, en el artículo 10 LPI se indica que, respecto a los autores *"la protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento"*.

⁹⁶ Ver artículo 11 LPI.

⁹⁷ En sentido similar, Motta ha indicado que existe una disyuntiva entre la eficiencia *ex ante* (en donde se quieren resguardar los incentivos para innovar) y la eficiencia *ex post* (una vez que se ha innovado, sería mejor que todos tuvieran acceso a tal innovación), la cual es el alma de las políticas públicas con respecto a inversiones e innovaciones. Motta, Massimo. *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. FCE. 1° ed. México. 2018. pp. 97.

⁹⁸ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge. *Op. Cit.* p. 519.

usuarios. A partir de tal posición –hipotéticamente– podrían originarse diversas conductas anticompetitivas⁹⁹ como, por ejemplo:

- a. Negativa injustificada a otorgar una licencia de uso: al respecto, la LPI establece la obligación a contratar, con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos que administren, sólo pudiendo negarse en caso que el solicitante no ofrezca suficiente garantía para responder del pago de la tarifa correspondiente¹⁰⁰, por lo que, en principio, el riesgo de que esta conducta se materialice es bajo;
- b. Discriminación injustificada entre usuarios pertenecientes a una misma categoría: La LPI exige a las EGCs que, en el caso de establecer planes tarifarios alternativos o tarifas especiales con asociaciones de usuarios, cualquier usuario se ubique dentro de la misma categoría pueda optar a ellas¹⁰¹. Esto apunta a un principio de paridad y de no discriminación entre usuarios.
- c. Fijación de tarifas excesivas o de otras condiciones arbitrarias para el otorgamiento de licencias: Respecto de los “precios supracompetitivos” indicados por la Solicitante, si bien permitir a los titulares de derechos de autor negociar colectivamente a través de las EGCs implica eficiencias y reducción de costos de transacción, su actuar igualmente está supeditado a la normativa de libre competencia, lo que debe ser revisado caso a caso.

⁹⁹ Dentro de los casos de abusos de posición dominante por EGCs vistos en el derecho comparado están, por ejemplo:

- Precios excesivos: Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). “*Biedrība «Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība» contra Konkurences padome*”. Sentencia de 14 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-177/16> [última visita: 05 de noviembre de 2018].

- Precios excesivos: Argentina. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Expediente N° S01:0427368/2009 (C. 1302). HGM/JL.GH. “*Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina s/ Solicitud de intervención de la CNDC*”. Dictamen CNDC N° 43, de 17 de mayo de 2017. Disponible en: <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/1302%20Dictamen%20y%20Resolucion%20SADAIC-ilovepdf-compressed.pdf> [última visita: 05 de noviembre de 2018].

- Tarifas no equitativas y excesivas: España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) “*Resolución Expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS*”. Resolución CNMC de 6 de noviembre de 2014. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/516864_8.pdf [última visita: 05 de noviembre de 2018].

- Tarifas inequitativas y discriminación injustificada: España. CNMC. “*Resolución (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO*”. Resolución de 26 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/763956_8.pdf [última visita: 05 de noviembre de 2018].

¹⁰⁰ Ver artículo 100, incisos 1° y 2° LPI.

¹⁰¹ Ver artículo 100, inciso 4° LPI.

850

II.4.2. Decisiones previas en sede de competencia a nivel nacional

82. En las Comisiones Antimonopolio se revisó el caso de la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI) contra la Sociedad Chilena de Derecho de Autor (SCD). Mediante el Dictamen N° 1003¹⁰², la Comisión Preventiva Central solicitó a la Fiscalía Nacional Económica que requiriere de la H. Comisión Resolutiva para que dicha Comisión, (i) dejara sin efecto el alza tarifaria realizada por la SCD, pues al establecer la tarifa mensual en base a un porcentaje de los ingresos de las emisoras de radio, tal situación constituye un abuso de posición monopólica¹⁰³; y, (ii) solicitar del Supremo Gobierno que ejerza su iniciativa de proponer modificaciones a la LPI, con el objeto de flexibilizar los requisitos para la creación de EGC y para perfeccionar el Reglamento de la LPI, con el objeto de que el sistema responda al menos a principios de pago por uso efectivo y libertad de elección por las radioemisoras¹⁰⁴. Contra tal dictamen se impuso recurso de reposición y de reclamación; la primera fue rechazada por la Comisión Preventiva Central a través del Dictamen N° 1005¹⁰⁵, mientras que de la reclamación conoció la H. Comisión Resolutiva.
83. La H. Comisión Resolutiva se avocó de oficio al conocimiento del caso y en la Resolución N° 513¹⁰⁶ declaró: (i) acoger el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, indicando que la fijación de tarifas por la SCD en base sólo a porcentajes de la totalidad de los ingresos brutos de las radioemisoras, y sin vinculación respecto al uso efectivo de la música era contrario a las normas sobre protección de la competencia; (ii) que las tarifas que fije la SCD deben calcularse considerando el uso efectivo de la música utilizada por las radioemisoras y no sólo sobre la totalidad de sus ingresos brutos; y, (iii) requerir del Supremo Gobierno que patrocine una serie de modificaciones reglamentarias y legales referidas a dejar expresamente establecido el derecho de las radioemisoras a decidir la música que desean usar, y por lo tanto, pagar, contemplando los principios de pago por uso efectivo de las obras y de libertad de elección de las radioemisoras; disminuir el porcentaje de, a lo menos, un 20% que exige la LPI para la autorizar la creación y funcionamiento de nuevas entidades de gestión colectiva; y, (iv) que las tarifas 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.

¹⁰² Comisión Preventiva Central. Dictamen N° 1003. 1 de abril de 1997.
¹⁰³ Dictamen N° 1003. Considerando 10 A.
¹⁰⁴ Dictamen N° 1003. Considerando 10 B.
¹⁰⁵ Comisión Preventiva Central. Dictamen N° 1005. 23 de mayo de 1997.
¹⁰⁶ Comisión Resolutiva. Resolución N° 513. 8 de abril de 1998.

851

86-84. Tal recomendación sirvió de base para la correspondiente modificación a la LPI, mediante la Ley N° 20.435¹⁰⁷, como consta en diversos pasajes de su Historia¹⁰⁸. Dentro de las múltiples reformas que efectuó esa ley a la LPI, se encuentra la configuración del sistema de solución de controversias respecto a la determinación de tarifas en los términos actualmente vigentes. Como consta en la Historia de aquella Ley, el Fiscal Nacional Económico de la época, indicó la dificultad de establecer un mecanismo externo de fijación de tarifas, pues al ser bienes intangibles, escapa a los criterios propios de la fijación de tarifas de un sector regulado como un monopolio natural¹⁰⁹.

87-85. No se debe perder de vista dos elementos del contexto en que se realizó tal decisión: (i) la SCD en aquella época era la única EGC; y, (ii) no había un mecanismo de solución de conflictos que propendiera a una determinación de tarifas de mutuo acuerdo entre las partes. Lo que, como veremos más adelante, difiere de la situación actual.

88-86. Otro caso entre una asociación de usuarios y una EGC fue la denuncia de Chileactores contra ANATEL ante esta Fiscalía¹¹⁰. En términos breves, la denuncia indicó que Chileactores envió invitaciones a negociar a distintos canales de televisión, los cuales no respondieron individualmente, sino en conjunto, a través de ANATEL. Tal caso fue archivado, indicando que el propio legislador en los artículos 100 bis y 100 ter LPI faculta a los usuarios de derechos de autor o conexos para asociarse y en conjunto celebrar contratos con EGCs¹¹¹.

¹⁰⁷ Ley N° 20.435, de 2010, que modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

¹⁰⁸ Ver pp. 13, 39, 99, 126, 187, 241, 260, 415. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.435, que modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

¹⁰⁹ "En cuanto a la alternativa de establecer un mecanismo externo de fijación de tarifas, [el Fiscal Nacional Económico] opinó que esto no sería adecuado, ya que este tipo de régimen se utiliza cuando existe un monopolio natural. En estos casos, continuó, se aplicaría un procedimiento de fijación de tarifas teniendo como base a una empresa modelo, de acuerdo con los costos que corresponderían a una empresa teórica en un caso concreto. Luego, señaló que en el caso en cuestión estamos ante un caso más complejo, puesto que se refiere a bienes intangibles y que en consecuencia escapa a los criterios propios de la fijación de tarifas de un sector regulado como un monopolio natural". Historia de la Ley N° 20.435, de 2010. pp. 414-415.

¹¹⁰ Fiscalía Nacional Económica. Denuncia de Corporación de Actores contra ANATEL. Rol N° 1832-11 FNE. Resolución y Minuta de archivo de fecha 3 de octubre de 2011.

¹¹¹ *Ibid.* Resolución de Archivo. Considerandos 6° y 7°.

III. SITUACIÓN ACTUAL

89-87. Como ya se indicó, con el objeto de aportar antecedentes a este H. Tribunal, esta Fiscalía inició una investigación y se realizaron una serie de diligencias destinadas a conocer la situación actual de las EGCs en Chile y su relación tanto con asociaciones de usuarios como con usuarios finales.

90-88. Particularmente, las diligencias se realizaron con el objeto de abordar los problemas de competencia indicados por ANATEL¹¹², las que pueden agruparse en dos vertientes generales: (i) EGCs como agentes con poder monopólico sin contrapeso, que fijarían tarifas supracompetitivas y con efectos acumulativos; y, (ii) el funcionamiento del sistema de mediación y arbitraje contemplado en la LPI respecto a la determinación de tarifas. En este capítulo se exponen los principales hallazgos de la investigación realizada.

III.1. EGCs en Chile

III.1.2. Sobre el poder monopólico sin contrapesos que tendrían las EGCs

94-89. En Chile actualmente existen 8 EGCs, las que se indican en la siguiente Tabla:

¹¹² Ver *infra*, párrafos N° 6 y ss.

Tabla N° 1: Entidades de Gestión Colectiva en Chile

Razón Social o Nombre	Tipo de titulares que representan	Res. Exenta del Ministerio de Educación que la autoriza (RE)	Publicación en Diario Oficial
Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales [SCD] ¹¹³	Autores, compositores, artistas, intérpretes y ejecutantes y demás titulares de derechos sobre obras musicales	RE N° 3.891, de 1992	10 de octubre de 1992
		RE N° 2.608, de 1994	23 de junio de 1994
Corporación de Actores de Chile [CHILEACTORES]	Intérpretes de las Ejecuciones Artísticas fijadas en formato audiovisual.	RE N° 8.061, de 1995	09 de enero de 1996
		RE N° 9.379, de 1996	23 de diciembre de 1996
		RE N° 7.084, de 2009 ¹¹⁴	24 de octubre de 2009
Sociedad de Directores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos [ATN]	Autores de obras dramáticas, de cine y audiovisuales.	RE N° 4.920, de 1998	19 de junio de 1998
		RE N° 6.628, de 2003	12 de junio de 2003
Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija [CREAIMAGEN]	Creadores de imagen fija (artistas plásticos, fotógrafos y diseñadores)	RE N° 12.151, de 1999	09 de enero de 1999
Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile [EGEDA CHILE]	Productores Audiovisuales	RE N° 8.088, de 2005	11 de octubre de 2005
Sociedad de Productores Fonográficos y Videográficos de Chile [PROFOVI]	Productores de Fonogramas y videogramas musicales	RE N° 5.918, de 2006	23 de septiembre de 2006
Sociedad de Derechos Literarios [SADEL]	Escritores y editores y escritores.	RE N° 8.817, de 2009	20 de enero de 2009
Corporación de Directores y Guionistas Audiovisuales [DYGA]	Directores y guionistas audiovisuales	RE N° 3.703, de 2017	25 de julio de 2017

Fuente: Elaboración propia en base a información disponible en http://www.propiedadintelectual.cl/623/w3-propertyvalue-70259.html?_noredirect=1

¹¹³ Mediante RE N° 4519 de 2017, pasó de ser Sociedad Chilena de Derechos de Autor a Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales.

¹¹⁴ La autoriza para realizar actividades de gestión colectiva respecto de los derechos contemplados en la Ley N° 20.243.

92-90. Como es posible apreciar, existen una serie de EGCs, las cuales gestionan distintos derechos y que dependen del tipo de obras, prestaciones artísticas o contribuciones conexas o especiales que representen. De las 8 EGCs, sólo 2 participan respecto de un mismo grupo de titulares de derechos (ATN y DYGA).

93-91. La diferencia entre el tipo de obra, prestación artística o contribución conexas no es menor, pues tienen incidencia, por ejemplo, en la valoración que se le otorga a ésta, a la forma en que se negocia la tarifa y cómo se cobra por su uso. Así, en un extremo, respecto de la música –cuya valoración es mayor por el público en general– suelen otorgarse licencias por el uso del repertorio completo que administra la EGC correspondiente (en este caso, la SCD), mientras que, en otro extremo encontramos el pago por uso de una pintura para una exposición –cuya valoración es menor– y en donde el cobro es por el uso de una obra determinada y por una vez (en este caso, Creaimagen).

94-92. Con el objeto de estimar preliminarmente si las EGCs en efecto detentan, al menos, de un poder de mercado del cual puedan eventualmente abusar, se realizaron una serie de ejercicios con el objeto de comprobar su poder de negociación respecto de las asociaciones de usuarios y/o usuarios individuales, así como la factibilidad que tienen de cobrar por el uso de los derechos que gestionan.

95-93. Un primer ejercicio fue comparar los ingresos de las diversas EGCs. Consultadas aquellas respecto a los montos percibidos en concepto de recaudación por el uso de derechos que gestiona, se advierten claras diferencias entre cada una de ellas. Así es posible de advertir de la siguiente tabla:

899

Tabla N° 2: Montos recaudados por EGC en el periodo 2016-2018 (en miles de pesos)

EGC	Monto recaudado año 2016	Monto recaudado año 2017	Monto recaudado año 2018 (1er semestre)
SCD	[15.000.000 - 40.000.000]	[15.000.000 - 40.000.000]	[10.000.000 - 20.000.000]
CHILEACTORES	[1.000.000 - 10.000.000]	[1.000.000 - 5.000.000]	[1.000.000 - 2.000.000]
PROFOVI ¹¹⁵	[1.000.000 - 5.000.000]	[1.000.000 - 5.000.000]	[1.000.000 - 2.000.000]
EGEDA	[100.000 - 300.000]	[100.000 - 300.000]	[100.000 - 200.000]
CREAIMAGEN	[1.000 - 15.000]	[10.000 - 50.000]	[1.000 - 10.000]
ATN ¹¹⁶	[1.000 - 15.000]	[1.000 - 10.000]	[1.000 - 15.000]
SADEL	[0 - 100]	[0 - 100]	[0 - 5.000]
DYGA	0	0	0

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada al expediente Rol N° 2509-18 FNE.

96-94. La diferencia de lo recaudado por las diversas EGCs es un indicio del valor que otorgan los usuarios al uso de ciertos derechos (y por tanto del poder de negociación que tienen estos últimos), aunque también hay otros factores involucrados que afectan la capacidad de recaudación, como la antigüedad de la EGC, la dificultad que podrían tener para hacer efectivos los cobros, las negociaciones directas con los artistas y una cultura débil de respeto de los derechos de autor en general.

97-95. Un segundo ejercicio consistió en ver si las EGCs reciben pagos por los derechos que los usuarios utilizan. Para ello, se consideró la información aportada por las empresas de TV Abierta, miembros de la asociación gremial Solicitante, lo que se resume en la siguiente tabla.

¹¹⁵ PROFOVI recibe ingresos por la recaudación que hace la SCD por derechos de comunicación al público de fonogramas y recauda directamente los derechos de reproducción de fonogramas y videogramas con fines de la comunicación al público y comunicación al público de videogramas.

¹¹⁶ Corresponden a ingresos por remesas de EGC extranjeras.

Tabla N° 3: Entidades de Gestión Colectiva que reciben pagos por parte de canales de TV Abierta en el periodo 2016-2018

		EGCs								
		SCD	CHILEACTORES	ATN	DYGA	CREAIMAGEN	PROFOVI	SADEL	EGEDA	
Canales de TV abierta	La Red	2016	✓	✓						
		2017	✓	✓						
		2018 (1º sem)	[*]	[*]						
	UCV Televisión	2016								
		2017	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i	s/i
		2018 (1º sem)								
	TVN	2016	✓	✓						
		2017	✓	✓						
		2018 (1º sem)	✓	[*]						
	Mega	2016	✓	✓						
		2017	✓	✓						
		2018 (1º sem)	✓	✓						
	Chilevisión	2016	✓	✓						
		2017	✓	✓						
		2018 (1º sem)	✓	✓						
Canal 13	2016	✓	✓							
	2017	✓	✓				✓			
	2018 (1º sem)	✓	✓							

[*] Pendiente por negociación de contrato.

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por canales de TV abierta.

98-96. De la tabla anterior se desprende que en el caso de las empresas de TV Abierta, por regla general sólo 2 EGCs reciben pagos por el uso de los derechos que gestionan, cuestión que difiere de lo establecido en la Solicitud¹¹⁷.

99-97. Un tercer ejercicio se centró en la factibilidad que tienen las EGCs de exigir el cobro por el uso de sus derechos, pues en caso del uso no autorizado de los derechos que una EGC administra, ésta puede impetrar acciones judiciales civiles con el objeto de obtener el pago, una indemnización y la imposición de una multa al infractor¹¹⁸. De la

¹¹⁷ La Solicitud de ANATEL incorpora a las primeras 4 EGCs en su cálculo del efecto acumulativo de las tarifas. Para efectos de completitud en la presentación, se informa respecto de todas las EGCs, sin poder descartar que, además de las indicadas en tal Solicitud, otras puedan también realizar cobros por los derechos que administran.

¹¹⁸ Ver artículo 79 LPI.

información disponible en la página web del Poder Judicial, es posible advertir que, salvo para una EGC, el uso de tales acciones es baja o incluso inexistente¹¹⁹.

Tabla N° 4: Acciones judiciales iniciadas en sede civil por EGC con el objeto de obtener el pago por el uso de derechos que gestiona

EGCs	RUT	Cantidad de acciones judiciales	Años en que fueron interpuestas
SCD	71.387.800-6	9000 aprox.	1989-2018
EGEDA	65.617.860-4	59	2013-2017
SADEL	65.236.420-9	17	2016-2018
ATN	73.075.900-2	4	2009-2016
CHILEACTORES	73.043.500-2	4	2010-2011
CREAIMAGEN	74.174.400-7	0	-
DYGA	65.856.840-K	0	-
PROFOVI	65.649.500-6	0	-

Fuente: Elaboración propia, en base a información disponible en www.pjud.cl

400-98. De los tres ejercicios realizados, es posible inferir que las diferencias entre EGC son considerables, tanto a nivel de ingresos, como respecto de la posibilidad de exigir el pago por el uso de derechos que gestiona. De lo anterior se puede concluir que existirían diferencias importantes en el grado de implementación de un modelo que permita recaudar la remuneración de los derechos de propiedad intelectual (fijar tarifas, fiscalizar el uso y exigir judicialmente su pago), lo que puede ser considerado como un indicio de que, actualmente las EGCs (en general), no contarían con un alto poder de negociación, sin contrapesos, como fuera indicado por ANATEL en su Solicitud.

III.1.2. Sobre las “tarifas supracompetitivas” y la posibilidad de negociarlas

401-99. En la práctica, las tarifas aplicadas por las EGCs se diferencian entre sí, por ejemplo, en atención al tipo de derecho que gestiona, a la categoría de usuario y a la base de cobro.

¹¹⁹ De hecho, una de las EGCs que no ha ejercido acciones civiles indicó que los limitados recursos que posee impiden una fiscalización por usos de los derechos que gestiona y que actúa de una manera reactiva, tras reclamos de los titulares. Al no poder contratar servicios jurídicos, la única alternativa que tiene es llegar a acuerdos extrajudiciales. Declaración de fecha 1 de octubre de 2018.

- a. En atención al tipo de derecho, existen EGCs que entregan licencias por el uso de una obra determinada, así como hay EGCs cuyas licencias permiten el uso del repertorio completo de obras que administra;
- b. Respecto a la categoría de usuario, las EGCs suelen diferenciar las tarifas que aplican. Por ejemplo, respecto a los derechos de ejecución pública de obras musicales y fonogramas, el tarifario de la SCD distingue al menos entre 23 tipos de usuarios, las que a su vez admiten subgrupos¹²⁰; y,
- c. Sobre la base de cobro, también se advierten diferencias. Por ejemplo, la tarifa general de la SCD para servicios de radiodifusión televisiva tiene una base de cálculo sobre los ingresos brutos mensuales asociados a su actividad¹²¹, mientras que la categoría siguiente (desfiles de modelos), tiene una tarifa general consistente en un monto fijo por presentación en atención a la superficie (m²) del local utilizado¹²².

402-100. _____ Tales diferencias se traducen en que, en la práctica, la determinación de tarifas entre usuarios de distinta categoría obedece a distintas lógicas y además, evidenciaría lo impracticable que sería una negociación conjunta de una EGC con todos sus usuarios, o de todas las EGCs con un usuario particular. En su Solicitud, ANATEL indicó que las tarifas “*consisten en un monto fijo y total (porcentaje) que se aplica sobre los ingresos brutos con independencia de su aporte o utilidad a la obtención de dichos ingresos*”¹²³, lo que podría ser representativo solamente de sus miembros, como empresas de TV abierta y no de usuarios pertenecientes a otra categoría.

403-101. _____ Adicionalmente, en cuanto a la forma de negociación, se observó que el objetivo tras el establecimiento de las tarifas generales varía de una EGC a otra. Por ejemplo, una señaló que la tarifa publicada es el punto de inicio de negociación con los usuarios, por lo que la tarifa efectiva disminuye al haber acuerdos tarifarios (planes tarifarios alternativos)¹²⁴, mientras que otra señaló que su tarifa general es la tarifa esperable a

¹²⁰ Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales (SCD). Tarifas Generales SCD. Texto refundido. Disponible en: <http://www2.scd.cl/content/uploads/2017/12/TARIFAS-GENERALES-SCD-2018.pdf> [última visita: 07 de noviembre de 2018].

¹²¹ “La base de cálculo de la tarifa para el servicio de radiodifusión televisiva comprenderá todos los ingresos brutos mensuales asociados a su actividad, así como toda otra suma percibida por la empresa de televisión, durante el mes respectivo, para financiar la operación de su servicio de radiodifusión televisiva, tales como subvenciones, aportes o gastos asumidos por terceros, con la sola deducción de los siguientes conceptos:

- El impuesto al valor agregado, y

- Los ingresos provenientes de otras actividades de la empresa no relacionados con el servicio de emisión televisiva”. Ibid. p. 11.

¹²² Ibid.

¹²³ Solicitud ANATEL, p. 13.

¹²⁴ Declaración de fecha 2 de octubre de 2018.

819

cobrar a los usuarios¹²⁵. Esto permite indicar que las estrategias de negociación de las EGCs no son necesariamente las mismas al momento de iniciarlas.

404-102. Con un objeto meramente ejemplificativo, se realizó un breve ejercicio de análisis de las tarifas publicadas por EGCs, a modo de ver si éstas realizan alzas continuadas y en breves lapsos de tiempo, lo que podría reflejar –o al menos dar indicios- de un ejercicio de poder de mercado.

405-103. Al respecto, es posible señalar que las actualizaciones de las tarifas generales publicadas por las EGCs son poco frecuentes, siendo la generalidad periodos de aproximadamente 4 años, observándose incluso periodos de vigencia de 10 años o más¹²⁶.

406-104. Particularmente se revisó la situación de la SCD, entidad que presenta los mayores ingresos y capacidad de cobro. Respecto a ésta, si bien se observa un mayor número de modificaciones, aquello no obedece particularmente al objeto de aumentar el valor de sus tarifas, sino más bien respondería a la necesidad de ajustarlas en consideración al surgimiento de nuevas tecnologías y formas de utilizar los derechos por ella protegidos y a la desagregación de ciertas categorías en tipos de usuarios más específicos¹²⁷.

407-105. Así, respecto a la evolución de sus tarifas generales, se realizó un análisis respecto de las aplicadas a los organismos de radiodifusión (empresas de radio, TV Paga y TV abierta), los cuales tienen la obligación de confeccionar planillas de ejecución y, en donde las tarifas deben estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la EGC respectiva¹²⁸.

¹²⁵ Declaración de fecha 30 de octubre de 2018.

¹²⁶ Por ejemplo, Creaimagen tiene sus tarifas vigentes desde el año 2002, mientras que ATN, publicó nuevas tarifas recientemente, atendidos los nuevos derechos de remuneración que tienen sus integrantes. Sadel que se constituyó en 2009, fijó sus tarifas en 2013, ajustándolas en 2014. Chileactores, actualizó sus tarifas en 2014, luego de 4 años de vigencia de las anteriores¹²⁶. Egeda las modificó cada tres años, desde 2005, estando actualmente vigentes las efectuadas en 2011. En tanto, Profovi, presenta mayores frecuencias de actualización ya que realizó modificaciones en 2010 y 2012, publicadas en 2013, y luego las modificó en 2014. Cabe indicar que tales tarifas se reajustan por IPC.

¹²⁷ Para el caso de las radioemisoras, la vigencia de las tarifas generales ha sido de aproximadamente 10 años; mientras que para las emisoras de televisión ha sido de 43 años. Asimismo, se observa que la actualización de convenios o planes alternativos tarifarios también es espaciada. Por ejemplo, con ARCHI ha sido aproximadamente 10 años y en el caso de los Operadores de TV Paga las tarifas actuales han tenido una vigencia de 18 años.

¹²⁸ Artículo 100, inc. 5° y 6°. LPI. También se indica que la falta de confección de la planilla de ejecución o su confección incompleta o falsa no da derecho a la aplicación de tal criterio.

- a. En el caso de las radios, el tarifario publicado en 1998 establecía un pago mensual que distinguía a usuarios según su nivel de ingresos. Fijaba tarifas mínimas para aquellas radios que tuvieran ingresos mensuales inferiores a \$1.000.000, de alrededor de \$37.500 mensuales, mientras que para los demás, una tarifa que consideraba 5 segmentos relacionados a la cantidad de tiempo que se utilizaba música en la programación radial, y sobre los cuales fijaba como tarifa un porcentaje del total de ingresos, siendo la máxima a pagar un 2,25% de los ingresos por derechos de autor, y un 1,75% por derechos conexos en aquellos casos en que el uso de música era de un 90% o más de la programación. Esta tarifa general se ha mantenido vigente desde entonces, observándose sólo cambios en la tarifa mínima, cuyo valor actualmente es de \$ 70.243 mensuales para toda radio con ingresos inferiores a \$ 1.873.225, cantidades que se reajustan los días 1º de enero, 1º de mayo y 1º de septiembre de cada año, en la misma proporción en que varía el Índice de Precios al Consumidor (IPC)¹²⁹.
- b. Respecto de los canales de televisión abierta, también se consideran pagos mensuales y, luego de aproximadamente 43 años, la SCD cambió hace ya dos años, la tarifa general para emisoras de televisión, pasando de una tarifa de 2,25% (1,5% por derechos de autor y 0,75% por derechos conexos) sobre los ingresos brutos por publicidad, proporcionales al uso de la música en la programación del canal; a un esquema fraccionado por uso y se determina sobre la base de ingresos brutos totales, deducidos de ingresos provenientes de otras actividades de la empresa, no relacionados con el servicio de emisión televisiva.
- c. En el caso de las emisoras de televisión por cable o vía microondas, la tarifa ha estado vigente por al menos 45 años, y es similar a la entonces vigente para las emisoras de televisión abierta, revisada anteriormente. La diferencia consiste en que la tarifa se determina sobre la base de ingresos brutos totales de publicidad, y cuota de abonados, proporcional al uso de la música.

108-106. Por tanto, no se observarían aumentos considerables, sostenidos en el tiempo, ni particularmente relevantes que puedan evidenciar un ejercicio de poder de mercado.

¹²⁹ En efecto, la variación del IPC entre julio de 1998 y mayo de 2018, es de 89,9%. Dato determinado a partir de: Instituto nacional de estadísticas (INE). *Calculadora IPC*. Disponible en: <http://encina.ine.cl/CALCULADORA/>. Tarifas de SCD disponibles en: <http://www2.scd.cl/content/uploads/2017/12/TARIFAS-GENERALES-SCD-2018.pdf> [última visita: 18 de octubre de 2018].

- 409-107. Si bien las tarifas generales de radios y cableros no se han actualizado en los últimos 20 años, en los tarifarios de la SCD se identificaron convenios con la ARCHI en octubre de 1998, y en 2008; con la Asociación Gremial de Operadores de Servicios Limitados de Televisión A.G., el 25 de agosto de 2000; y, con la ANARCICH, Asociación Nacional de Radios Comunitarias y Ciudadanas de Chile A.G., en 2013.
- 410-108. En particular, en octubre de 1998 se publicó convenio con ARCHI que replicaba las tarifas generales con un 15% de descuento y hasta un 25% para quienes pagaran dentro de los primeros 20 días del mes siguiente que se produjera la facturación. Este convenio fue actualizado en 2008, y en él se incorporó una clasificación de los usuarios que tenían niveles de ingresos totales intermedios, quienes podían optar por la tarifa segmentada por uso, o por la tarifa mínima. En cuanto a la Asociación Gremial de Operadores de Servicios Limitados de Televisión A.G., se logró una disminución de la tarifa vigente para los derechos de autor y conexos, obteniendo una reducción de 2,25% por los derechos de autor y conexos, a un total de 1% sobre la base de ingresos brutos totales de publicidad, y cuota de abonados, proporcional al uso de la música. Por último, en el caso de la ANARCICH, correspondiente a las radios comunitarias, se establecieron montos de pagos fijos en UF que diferían según la periodicidad de pago (anual, semestral o cuatrimestral).
- 411-109. En el caso de la SCD, las categorías de usuarios anteriormente revisadas, ninguna de las empresas ha pagado la tarifa máxima establecida, lo que permitiría observar que no sería efectivo que las EGCs carezcan de contrapeso alguno. Así, las tarifas generales parecen ser más bien referenciales y los usuarios, suelen acordar otras tarifas con las EGCs.
- 412-110. En particular, respecto de empresas de TV abierta, se advierte la existencia de contratos individuales, en los que la tarifa efectivamente pagada corresponde a un porcentaje considerablemente menor que la publicada por la SCD. En estos acuerdos, inclusive, las empresas han acordado la evolución de las tarifas hasta, por ejemplo, años cercanos al año 2025, según se desprende de la Tabla contenida en el Anexo Confidencial que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación.
- 413-111. A modo de conclusión, de los antecedentes revisados (i) no se observarían cambios en las tarifas de forma frecuente, pareciendo existir justificaciones objetivas a dichos cambios, y (ii) existirían espacios para que los usuarios de la SCD puedan negociar.

III.2. Mecanismos de solución de conflictos: mediación y arbitraje

III.2.1. Antecedentes aportados por diversos agentes

414-112. Tal como se expresó, ANATEL solicita que se recomiende una reforma al sistema de solución de controversias en lo referido a la determinación de las tarifas. Con el objeto de aportar antecedentes sobre este punto, se solicitó información a diversos agentes: Mediadores/Árbitros de Propiedad Intelectual, EGCs, Asociaciones de Usuarios, y Usuarios relevantes (TV abierta, TV Paga y radios). Para efectos ilustrativos, las respuestas se agruparon de la siguiente manera:

Tabla N° 6: Uso del sistema Mediación/Arbitraje

Agente	Resumen
Mediadores/Árbitros	<ul style="list-style-type: none"> Todos los Mediadores/Árbitros indicaron que no les ha tocado conocer de casos sometidos a mediación o arbitraje. 2 declararon no tener conflictos de interés con ninguna EGC o usuario en particular y 2 señalaron que se inhabilitarían en caso de producirse alguno. Sobre la limitación territorial (área de desempeño) establecida, dos indicaron que aquello se justificaría en atención a la necesidad de audiencias presenciales y al sistema de nombramiento en caso de desacuerdo (como el de peritos, por una Corte de Apelaciones). Dos indicaron que tal limitación no se justifica, pues la ley ni el reglamento indican que ello deba ser así y que, además, debería propenderse a una digitalización del procedimiento¹³⁰.
EGCs	<ul style="list-style-type: none"> La totalidad de ellas indican que no han utilizado el sistema de mediación y arbitraje. Adicionalmente, señalan que (i) solamente las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios pueden gatillar estos mecanismos, no las EGCs¹³¹; y que (ii) gran parte de sus tarifas efectivas derivan de acuerdos tarifarios, lo cual sería una realidad representativa que no ha sido necesario utilizar el sistema¹³².
Asociaciones de Usuarios	<ul style="list-style-type: none"> La mayoría indicó no conocer de la utilización del procedimiento de mediación y arbitraje. Una asociación indicó que, sin perjuicio de ello, el procedimiento no podría utilizarse porque se requiere de al menos un mediador y de tres árbitros que tengan competencia en el territorio jurisdiccional correspondiente al domicilio de la entidad de gestión colectiva. A su entendimiento, a la fecha no hay 4 mediadores y árbitros del Registro con competencia en el mismo territorio¹³³.
Usuarios	<ul style="list-style-type: none"> La mayoría indicó no conocer de la utilización del procedimiento de mediación y arbitraje.

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada al expediente Rol N° 2509-18.

¹³⁰ Respuesta a Ord. 1988-18, de fecha 08 de octubre de 2018, ingresada por correo electrónico. Respuesta a Ord. N° 1987-18, de fecha 5 de octubre de 2018, ingresada por correo electrónico. Respuesta a Ord. N° 1989-18, de fecha 1 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04120-18. Respuesta a Ord. N° 1990-18, de fecha 2 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04160-18.

¹³¹ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19, 17, 16 y 19 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18, 04389-08, 04357-18 y 04433-18, respectivamente.

¹³² Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19 y 29 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18 y 04567-18, respectivamente.

¹³³ Respuesta a Ord. Circular N° 0058-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04458-18. No obstante, cabe señalar que, según el Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual, hay 5 Mediadores/Árbitros, 4 con competencia en la Región Metropolitana.

Tabla N° 7: Ventajas o beneficios del sistema actual

Agente	Resumen
EGCs	<ul style="list-style-type: none"> • Promueve la negociación bilateral respecto de controversias tarifarias, con el objeto de alcanzar acuerdos tarifarios marcos, evitando la judicialización de las divergencias (es decir, no se usa porque las EGCs y asociaciones de usuarios llegan a acuerdo antes de necesitarlo)¹³⁴. • Fomenta la moderación en las posiciones que las partes tienen en la negociación, pues ante la existencia de un tercero que pueda establecer los términos de la relación contractual, las partes tendrán mayores incentivos para hacer concesiones, evitando posturas extremas¹³⁵. • La acción para poner en movimiento el sistema de mediación y arbitraje no paraliza la utilización de derechos, por lo que ofrece garantías tanto para los usuarios, quienes pueden utilizar el repertorio durante el mismo, como el pago para las EGCs, sin perjuicio de las reliquidaciones correspondientes una vez culminado el procedimiento¹³⁶. • El sistema de <i>final-offer</i>, genera los incentivos para elaborar tarifas razonables y bien fundamentadas, y reduciría los costos de decisión, traspasando a las partes el deber de presentar y fundamentar sus propuestas. Como consecuencia, las partes estarán más propensas a tomar en consideración los puntos de vista de la contraria, ya sea para incorporarlos en su oferta, o para acompañar los fundamentos para desestimarlos, facilitando aún más la decisión del árbitro, lo que permite que su decisión, y por tanto la solución del conflicto, sea más expedita¹³⁷. • Es un procedimiento breve, con plazos cortos que impiden su dilación innecesaria¹³⁸. • Al permitir que sólo las asociaciones de usuarios puedan recurrir al sistema le aporta eficiencia éste y otorga seguridad jurídica, pues si se admitiera su inicio por usuarios individuales, el sistema perdería su incentivo y se recurriría constantemente a un tribunal para fijar tarifas¹³⁹.
Asociaciones de usuarios	<ul style="list-style-type: none"> • Una asociación de usuarios indicó que, en abstracto, la principal fortaleza de este tipo de sistema es generar incentivos para que las EGCs negocien con las asociaciones de usuarios antes de llegar a una instancia arbitral¹⁴⁰.

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada al expediente Rol N° 2509-18.

¹³⁴ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19, 18 y 19 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18, 04433-18 y 04435-18, respectivamente. Una de ellas citó el Informe de Aprobación de Operación de Concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., de 30 de agosto de 2018. Rol FNE F-81-17, en cuyo párrafo N° 90 se indica que, respecto al *final-offer*, "el hecho que el árbitro deba escoger una de ambas propuestas, según cual sea la que mejor se ajuste a precios, términos y/o condiciones justas de mercado, hará que necesariamente poderes de negociación disímiles se vean contrarrestados".

¹³⁵ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19, 17 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18, 04389-18 y 04400-18, respectivamente.

¹³⁶ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18 y 04389-18, respectivamente.

¹³⁷ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 17, 19 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04389-18, 04433-18 y 04400-18.

¹³⁸ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 19 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04438-18 y 04389-18, respectivamente.

¹³⁹ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 29 y 19 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04567-18 y 04433-18.

¹⁴⁰ Respuesta a Ord. Circular N° 0058-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04458-18.

Tabla N° 8: Desventajas o riesgos del sistema actual

Agente	Resumen
Mediadores/Árbitros	<ul style="list-style-type: none"> Sobre la <i>final-offer</i>, 3 de ellos indicaron que el optar exclusivamente por una de las propuestas entregadas por las partes limita la posibilidad de llegar a una solución más equitativa o salomónica. Respecto a la suficiencia del número de Mediadores/Árbitros inscritos, 2 indicaron que sí lo es, 1 lo desconoce y 1 indicó que el número actual es insuficiente, puesto que <i>"de existir una controversia, no podrá constituirse el panel de árbitros, toda vez que los actuales miembros del Registro no coinciden las mismas zonas de área de desempeño"</i>¹⁴¹.
EGCs	<ul style="list-style-type: none"> En general, señalaron que la ineficiencia del mecanismo no deriva de su diseño regulatorio, sino de la falta de una intención real por parte de las asociaciones de usuarios para negociar, e incluso para pagar por el uso de los correspondientes derechos de autor, lo que se vería agravado en los casos de los derechos contemplados en las Leyes N° 20.243 y 20.959¹⁴²⁻¹⁴³. Es decir, los problemas se darían en la fase inicial o preliminar del sistema, pues al ser las asociaciones de usuarios las únicas habilitadas para iniciar el procedimiento de mediación y arbitraje, no están interesadas en negociar ni en pagar. Las negociaciones previas son dilatorias o incluso de mala fe¹⁴⁴. Asimismo, una EGC indicó que los usuarios individuales también se negarían a negociar acuerdos por cuanto reciben información por parte de su asociación en orden a que no deben pagar los derechos de autor que utilizan¹⁴⁵.
Asociaciones de Usuarios	<ul style="list-style-type: none"> Para una asociación, el sistema sería deficiente puesto que: (i) sólo puede iniciarse por asociaciones de usuarios, no existiendo posibilidad de discutir si procede pagar o no la tarifa fijada unilateralmente, ni discutir su monto; (ii) no existe un órgano arbitral permanente con las aptitudes especiales, sino que debe conformarse caso a caso y el Registro Público no ha tenido los miembros suficientes para la elección del panel; (iii) el panel no puede fijar la tarifa directamente, sino que debe optar por una de las dos propuestas realizadas, no siendo posible analizar los factores (criterios) que la propia ley señala¹⁴⁶. Para otra asociación, la principal falencia del sistema es la dificultad procesal para conformar el tribunal, lo que repercute directamente en el objetivo de impulsar a las partes a negociar de antemano. Señalan que, por ello, las EGCs no encuentran un contrapeso en su poder negociador, pudiendo fijar las tarifas que ellos estimen, sin considerar las propuestas de los usuarios.
Usuarios (Operadores de TV Abierta)	<ul style="list-style-type: none"> En relación al sistema, una de ellas indicó que (i) sólo se puede acceder vía asociación de usuarios¹⁴⁷; (ii) la <i>final-offer</i> no contribuye a una solución intermedia, privilegiando las opciones extremas¹⁴⁸; y, (iii) el tribunal arbitral se constituye caso a caso y el registro de sus miembros no ha contado siquiera con el número mínimo de personas que la ley exige para su funcionamiento¹⁴⁹. En relación a la fijación de tarifas, se señaló que no se consideran criterios esenciales (como las tarifas que cobran otras EGCs, las del mismo rubro y otras; la carga total o general que el usuario debe soportar, el uso efectivo en el conjunto de la operación, la intensidad y relevancia del repertorio, que la base de cálculo sean los ingresos generados por el uso del derecho, entre otras), que aseguren que las tarifas cobradas por las EGCs sean justas, proporcionadas, razonables, adecuadas y económicamente viables¹⁵⁰.

¹⁴¹ Respuesta al Ord. 1989-18, de fecha 01 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04120-18.

¹⁴² Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 29, 17 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04597-18, 04385-18 y 04389-18, respectivamente.

¹⁴³ Algunos hacen referencia directa a las asociaciones de TV abierta, de TV de pago, hoteleros y otros.

¹⁴⁴ Respuestas a Ord. Circular N° 0057-18, de fechas 18 y 17 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04435-18 y 04389-18.

¹⁴⁵ Respuesta a Ord. Circular N° 0057-18, de fecha 29 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04567-18.

¹⁴⁶ Respuesta a Ord. Circular N° 0058-18, de fecha 19 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04416-18.

¹⁴⁷ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 22, 19 y 19 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04461-18, 04437-18 y 04440-18.

¹⁴⁸ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 22 y 19 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04461-18 y 04437-18.

¹⁴⁹ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 19 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04440-18.

¹⁵⁰ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 19 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04437-18.

Agente	Resumen
Usuarios (Operadores de TV paga)	<ul style="list-style-type: none"> En relación al procedimiento, se indica que (i) hay un riesgo de que no exista jurisprudencia uniforme y coherente; (ii) que las asociaciones de usuarios y las EGCs son los únicos legitimados activos¹⁵¹; (iii) hay un escaso número de mediadores y árbitros inscritos¹⁵²; (iv) la falta de interesados podría deberse al bajo nivel de compensación pecuniaria por realizar tal labor¹⁵³, o a la incertidumbre que genera que sean tan pocos¹⁵⁴; y, (v) la simple falta de aplicación demuestra que el sistema de mediación y arbitraje es poco eficiente para las partes¹⁵⁵. En relación a las tarifas, se manifestó que: (i) el problema vendría del poder monopólico que la ley le ha dado a las EGCs, y en donde el sistema no entrega limitaciones eficaces al ejercicio de poder de mercado por parte de las EGCs, las que sin justificación, ni razonabilidad económica alguna, pueden fijar arbitrariamente el cobro de sus tarifas con la mera publicación de ellas en el Diario Oficial, así como también produce incertidumbre jurídica el hecho que se puedan constituir cuantías de ellas alcancen hasta cumplir la cuota del 20%, en circunstancias que tampoco se establece un tope en el cobro de dichas tarifas por cada gremio (efecto acumulativo)¹⁵⁶; (ii) el sistema no propende a asegurar la razonabilidad, la coherencia ni la consistencia en los cobros entre una categoría de derechos y otros¹⁵⁷; (iii) los criterios actuales son insuficientes para la determinación de una tarifa justa y razonable¹⁵⁸; (iv) los usuarios estarían en una posición vulnerable, puesto que las EGCs pueden publicar tarifas abusivas que en conjunto con comercialmente impracticables¹⁵⁹; (v) el principal riesgo de este sistema es que la determinación de las tarifas resultaría arbitraria y lejana a la realidad y a las variables del mercado de la difusión de contenidos protegidos por derechos de autor, lo que impide el ejercicio de tarifas justas y razonables, lo cual amenaza la libre competencia y también a la continuidad de los negocios relacionados a dichas tarifas¹⁶⁰; y, (vi) la oferta final impide tener en consideración variables que permitan tarifas justas y razonables¹⁶¹.
Usuarios (Radios)	<ul style="list-style-type: none"> Indicaron que no es posible acceder a una tarifa distinta de la publicada por la EGC para las entidades de radiodifusión¹⁶². Una de ellas se refirió a las falencias del sistema¹⁶³, en concreto que: (i) el registro de mediadores y árbitros no cuenta con la cantidad mínima de personas para su funcionamiento ordenado por ley; (ii) la oferta final implica una reducción de la decisión a una simple elección entre dos estimaciones de precios; (iii) el actual escenario no permite evaluar el escenario completo e íntegro de cobro de tarifas por uso de derechos intelectuales que deban pagar los usuarios; y, (iv) la LPI sólo permite iniciar el procedimiento a las asociaciones de usuarios, no a los usuarios individuales.

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada al expediente Rol N° 2509-18.

¹⁵¹ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 23 y 16 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04512-18 y 04366-18.

¹⁵² Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 23 y 9 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04512-18 y 04247-18.

¹⁵³ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 23 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04512-18.

¹⁵⁴ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04464-18.

¹⁵⁵ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 16 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04366-18.

¹⁵⁶ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 23 y 9 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04512-18 y 04247-18.

¹⁵⁷ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 9 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04269-18.

¹⁵⁸ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 22 y 16 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04459-18 y 04366-18, respectivamente.

¹⁵⁹ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 16 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04366-18.

¹⁶⁰ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04459-18.

¹⁶¹ Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 22 y 16 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04459-18 y 04366-18, respectivamente.

¹⁶² De todas las radios o grupos radiales a las que se les solicitó información, solo 2 respondieron parcialmente este punto. Respuestas a Ord. Circular N° 0059-18, de fechas 9 y 19 de octubre de 2018. N° de ingresos: 04268-18 y 04440-18.

¹⁶³ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 19 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04439-18.

Tabla N° 9: Posibles aspectos a mejorar del actual sistema

Agente	Resumen
Mediadores/Árbitros	<ul style="list-style-type: none"> Dentro de los aspectos que podrían ser mejorados, se indican: (i) mayor publicidad del mecanismo de mediación y arbitraje entre las asociaciones de usuarios; (ii) mayor agilización de dicho procedimiento, incorporando herramientas digitales; (iii) permitir un análisis más acabado del caso; y, (iv) mantener la mediación, pero que el arbitraje sea llevado por un solo árbitro¹⁶⁴.
EGCs	<ul style="list-style-type: none"> Una EGC levantó la necesidad de adoptar mecanismos de información eficaces que permitan fomentar el pago de los derechos de autor, pues vendedores de licencias de otras entidades de gestión colectiva entregarían información ambigua a los usuarios, toda vez que dan a entender que mediante el pago de sus derechos estarían pagando "todos los derechos" (de todas las EGCs)¹⁶⁵.
Asociaciones de usuarios	<ul style="list-style-type: none"> Algunos señalan que la debilidad del sistema es remediable a través de un mejor diseño institucional, por ejemplo, estableciendo un tribunal conformado tanto por abogados y economistas, y de naturaleza permanente¹⁶⁶. Una asociación indicó adherirse a la petición principal de ANATEL en lo referente (i) al sistema de designación del tribunal arbitral y, en su lugar establecer un único organismo especializado al efecto, con el objeto de mantener una jurisprudencia sobre el tema, una unificación de criterios y una mayor certeza; (ii) a eliminar el sistema de <i>final-offer</i>; (iii) a establecer una negociación de las tarifas y términos esenciales de los contratos con las EGCs en una misma época e instancia; (iv) a permitir expresamente a usuarios individuales a iniciar el procedimiento; y, (v) aumentar el plazo de la tarifa a lo menos a 5 años. Agregó el establecimiento de un procedimiento simplificado para causas de menor cuantía¹⁶⁷.
Usuarios (Operadores de TV paga)	<ul style="list-style-type: none"> Indican que un sistema más eficiente sería reemplazar el modelo de negociación entre partes asimétricas por uno basado en un sistema de fijación autónoma e independiente de las tarifas¹⁶⁸. Agregan que es indispensable generar un mecanismo de fijación de tarifas por parte de un tercero independiente, como un organismo público o un panel de expertos¹⁶⁹, o un tribunal especializado compuesto por economistas y abogados¹⁷⁰. Proponen que se podría exigir que las EGCs justifiquen su estructuras y niveles de tarifas, entregando desde un comienzo los antecedentes de sustento y criterios de cálculos utilizados¹⁷¹.

Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada al expediente Rol N° 2509-18.

III.2.2. Perspectiva comparada

145-113. Con el objeto de aportar una perspectiva comparada respecto a lo planteado en la Solicitud, se analizaron normativas presentes en la Unión Europea, Reino Unido, EE.UU., España, Canadá, Australia, Perú y Colombia.

¹⁶⁴ Respuesta a Ord. 1988-18, de fecha 08 de octubre de 2018, ingresada por correo electrónico. Respuesta a Ord. N° 1987-18, de fecha 5 de octubre de 2018, ingresada por correo electrónico. Respuesta a Ord. N° 1989-18, de fecha 1 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04120-18. Respuesta a Ord. N° 1990-18, de fecha 2 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04160-18.

¹⁶⁵ Respuesta a Ord. Circular N° 0057-18, de fecha 29 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04567-18.

¹⁶⁶ Respuesta a Ord. Circular N° 0058-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04458-18.

¹⁶⁷ Respuesta a Ord. Circular N° 0058-18, de fecha 9 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04260-18.

¹⁶⁸ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 9 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04269-18.

¹⁶⁹ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 9 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04269-18.

¹⁷⁰ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 22 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04464-18.

¹⁷¹ Respuesta a Ord. Circular N° 0059-18, de fecha 9 de octubre de 2018. N° de ingreso: 04269-18.

446-114. La siguiente Tabla sintetiza los órganos competentes, los mecanismos de resolución de controversias y revisión de tarifas más recurrentes, además de las formas de fijación de tarifas en el derecho comparado. Los puntos más relevantes de éstos se desarrollan en los apartados siguientes, en conjunto con una revisión de los principales criterios utilizados en el extranjero para la determinación de tarifas.

Tabla N° 9: Jurisdicción, solución de controversias y fijación de tarifas en el Derecho Comparado.

País o Región	Órgano	Jurisdicción y Naturaleza Tribunal		Mecanismos de resolución de controversias y revisión de tarifas		Fijación de Tarifas	
		Ordinaria	Especial	Jurisdiccional o administrativo	Mecanismos alternativos ¹⁷²	De oficio	EGC con revisión
Unión Europea	Recomendaciones Directiva 2014/26	✓	✓	✓	✓		✓
España	Juzgados de lo Mercantil						
	Comisión de Propiedad Intelectual	✓	✓	✓	✓		✓
Reino Unido	<i>Copyright Tribunal</i>		✓	✓	✓ ¹⁷³		✓
Estados Unidos	<i>Copyright Royalty Board</i>		✓	✓		✓	
Canadá	<i>Copyright Board</i>		✓	✓			✓
Australia	<i>Copyright Tribunal</i>		✓	✓	✓		✓
Perú	Oficina del Autor del INDECOPI	✓	✓	✓	✓		✓
Colombia	Justicia Ordinaria						
	Dirección Nacional de Derecho de Autor	✓	✓	✓	✓		✓

Fuente: Elaboración propia.

¹⁷² Se incluyen dentro de esta categoría arbitrajes, mediaciones, conferencias, y otros equivalentes jurisdiccionales y mecanismos auto-compositivos similares.

¹⁷³ La sección 32 del *Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations 2016* establece que las entidades de gestión colectiva (CMO por sus siglas en inglés) deben garantizar que las disputas con miembros y usuarios, entre otros, "puedan ser dirigidos a un procedimiento de resolución de disputas alternativo independiente e imparcial" sin hacer referencia a un tribunal en particular. Cabe la posibilidad de que en cualquier caso se puedan impugnar ante el propio Copyright Tribunal.

III.2.5.1. *Órganos competentes en conflictos de derechos de autor en el derecho comparado.*

417-115. En la legislación comparada conviven tanto mecanismos de carácter jurisdiccional como mecanismos alternativos de solución de controversias. Dentro de los primeros, a su vez, pueden distinguirse entre aquellos que involucran jueces ordinarios de aquellos que corresponden a tribunales arbitrales, así como entre tribunales especializados y de conocimiento común. En cualquier caso, se observa una marcada tendencia hacia la especialización de los organismos encargados de resolver este tipo de controversias.

418-116. Así, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, en su Directiva 2014/26 recomienda a sus Estados miembros la necesidad de contar con un “*procedimiento rápido, independiente e imparcial de resolución alternativa de litigios*”, para resolver conflictos entre EGC, sus miembros, titulares de derechos y usuarios¹⁷⁴. En todo caso, la Directiva no establece una preferencia en relación con el carácter del órgano resolutor, estableciendo que el conflicto debe poder someterse a un órgano jurisdiccional o, cuando proceda, a otro organismo independiente e imparcial de resolución de litigios especializado en Derecho de Propiedad Intelectual¹⁷⁵.

419-117. En el caso de España, en tanto, por defecto el conocimiento de las demandas en que se ejerciten acciones relativas a propiedad intelectual corresponde a los Juzgados de lo Mercantil¹⁷⁶. Ahora bien, en su Ley de Propiedad Intelectual se contempla como órgano especializado la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual¹⁷⁷, la cual conocerá a través de diversos procedimientos según la materia que corresponda y la voluntad de las partes, como se muestra en la siguiente sección.

420-118. En el sistema peruano, se contempla la posibilidad de acudir a la Oficina del Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia (“INDECOP”), como encargada de autorizar, fiscalizar y conocer de los procesos de revisión de tarifas a través de

¹⁷⁴ Unión Europea. 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. Artículo 34.

¹⁷⁵ *Ibíd.* artículo 35.

¹⁷⁶ España. Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Artículo 86 ter, N° 2, letra a).

¹⁷⁷ Sus miembros son expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual y de defensa de la competencia.

arbitrajes¹⁷⁸, pero adicionalmente, y en cualquier caso, se permite acudir a los tribunales civiles¹⁷⁹.

424-119. Otras jurisdicciones también cuentan con tribunales especializados. Así, en Reino Unido estas materias son competencia del *Copyright Tribunal*, organismo especial e independiente de carácter colegiado¹⁸⁰. En Estados Unidos, en tanto, son competencia de un panel de tres jueces especializados denominado *Copyright Royalty Board*¹⁸¹; algo similar puede decirse de los casos canadiense¹⁸², australiano¹⁸³, y colombiano¹⁸⁴.

III.2.5.2. Mecanismos de determinación de tarifas en el derecho comparado

422-120. En la determinación de tarifas por derechos de autor, en el derecho comparado se observan dos principales líneas. Por un lado, están los sistemas en los que, de manera similar al caso chileno, la fijación de la tarifa corresponde en primera instancia a la EGC, la que luego es susceptible de ser impugnada o revisada por un organismo especializado. Así, por ejemplo, en el Reino Unido la fijación de tarifas corresponde a cada *Collective Management Organisation* ("CMO")¹⁸⁵, la que en caso de conflicto con los usuarios puede ser conocida por el *Copyright Tribunal*. En España, en tanto, cada entidad de gestión está obligada a establecer tarifas generales, simples y claras¹⁸⁶, pero se contemplan procedimientos de arbitraje de sustitución de tarifas, procedimientos de determinación de tarifas, procedimientos de control de tarifas,

¹⁷⁸ Perú. Decreto Legislativo N° 822, Ley Sobre el Derecho de Autor, Títulos IX y X.

¹⁷⁹ *Ibíd.* Artículo 195.

¹⁸⁰ Reino Unido. *Copyright, Designs and Patents Act 1998*, Sección 145.

¹⁸¹ EE.UU. *Copyright Act*, Sección §801, (a).

¹⁸² Canadá. *Copyright Act*, 1985, Part VII, 66(1).

¹⁸³ Australia. *Copyright Act*, 1968, Part VI, Division 3, Subdivisions A to H.

¹⁸⁴ Colombia. Ley N° 23 de 1982, sobre Derechos de Autor. El organismo especializado es la Dirección Nacional de Derecho de Autor, aunque en cualquier caso puede ser competente también la justicia ordinaria, en los términos de lo dispuesto en los artículos 242 y 243 de tal ley.

¹⁸⁵ En dicha fijación deben seguir los criterios indicados en la sección 15 de *The Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations*.

¹⁸⁶ España. Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 164.

todos conocidos por la Comisión de Propiedad Intelectual. Algo similar se observa en los sistemas de Australia¹⁸⁷, Canadá¹⁸⁸, Perú¹⁸⁹ y Colombia¹⁹⁰.

423-121. _____ Por otro lado, están los sistemas en los que es un organismo administrativo o judicial el encargado de regular y fiscalizar el uso de derechos de autor, el que fija directamente la tarifa a cobrar, aunque escuchando a los interesados. Así se observa en Estados Unidos, en que las tarifas son fijadas por el *Copyright Royalty Board*¹⁹¹⁻¹⁹². Los jueces tienen independencia para determinar la forma de pago y la cuantía de las tasas¹⁹³, aunque deben escuchar a las partes interesadas en una audiencia.

424-122. _____ En cualquier caso, no se observa que el mecanismo de oferta final establecido en Chile sea la regla general en los procedimientos de revisión de tarifas realizada por los organismos especializados, sino son estos últimos quienes determinan las tarifas, aunque luego de recibir propuestas o bien realizar audiencias en las que participan los diversos interesados¹⁹⁴. De igual modo, en las normativas revisadas, no se observa la existencia de un tribunal arbitral que resuelva en casos de discrepancias respecto a tarifas, y que se cree de manera ad-hoc al surgir un conflicto entre una EGC y un grupo de usuarios, como es el caso de Chile.

¹⁸⁷ Las tarifas se fijan mediante negociación libre entre las *Collecting Societies* y los usuarios, pero en caso de desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al Copyright Tribunal que decida la tarifa adecuada, como se observa en la *Copyright Act*, 1968, Part VI, Division 3, Subdivisions A to H. Ahora bien, dicho ordenamiento contempla también mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, cuando el Presidente o el Presidente subrogante del *Copyright Tribunal* lo estima adecuado, dentro de los que se encuentran (i) conferencias (*conferencing*); (ii) mediación; (iii) evaluación neutral; (iv) apreciación del caso; (v) conciliación, y; (vi) procedimientos o servicios especificados en las regulaciones; véase Australia. *Copyright Act*, 1968, Part VI, Division 4 (a).

¹⁸⁸ Las tarifas son fijadas por la sociedad colectiva mediante una propuesta anual, la cual es revisada por la *Copyright Board*; véase Canadá. *Copyright Act*, 1985, Part VII, 67.1 (1).

¹⁸⁹ El art. 153 letra e) del Decreto Legislativo 822, establece la facultad de las entidades de gestión de fijar y cobrar tarifas respetando determinados criterios, mientras que el art. 163 permite a un gremio o grupo representativo de usuarios reclamar de la aplicación abusiva de una tarifa por una entidad de gestión colectiva.

¹⁹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 2.6.1.2.4. del Decreto N° 1066 del Ministerio del Interior, de 26 de mayo de 2015, son las propias sociedades de gestión colectiva de derechos de autor las que deben expedir reglamentos internos en donde se precise la forma como fijarán las tarifas. El artículo 2.6.1.2.6., en tanto, dispone que dichas tarifas servirán como base de negociación con los usuarios u organizaciones de estos, y que en caso de desacuerdo, los puntos de discrepancia podrán ser sometidos a cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en caso de que dicha modalidad no fuere convenida, las diferencias podrán ser conocidas por la justicia ordinaria.

¹⁹¹ EE. UU. *Copyright Act*, Sección §801.

¹⁹² Los jueces determinan casuísticamente las tasas, por lo que van variando. Un ejemplo es el acta de "Determination of royalty rates and terms for ephemeral recording and webcasting digital performance of sound recordings (web IV)" Docket No. 14-CRB-0001-WR, para el período 2016-2020. Ver: <https://www.crb.gov/web-iv/web-iv-determination-final.pdf> [última visita: 23 de octubre de 2018]

¹⁹³ No obstante ello, se establecen ciertas tarifas especiales para ciertos sistemas de cable, para el servicio primario de proveer transmisión secundaria de emisores primarios, entre otros casos específicos. Ver: EE. UU. *Copyright Act*, Sección §111 (d)(1)(B).

¹⁹⁴ EE. UU. *Copyright Act*, Sección §801 (b)(1).

III.2.5.3. Criterios contemplados en la fijación y revisión de tarifas

~~425-123.~~ Respecto a los criterios señalados legalmente para el establecimiento de tarifas, estas generalmente buscan conciliar el "justo equilibrio" entre el titular de los derechos y el usuario, como se señala expresamente en el sistema español, que tiene por objetivo que las tarifas sean generales, simples y claras. Para esto, en el art. 164 de su Ley de Propiedad Intelectual, se establecen una serie de criterios entre los que se consideran el uso, la amplitud del repertorio, los ingresos percibidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio, entre otros¹⁹⁵. En el procedimiento de control de tarifas, en tanto, se vela por el cumplimiento de dichos criterios, así como por el cumplimiento de criterios de equidad y no discriminación¹⁹⁶.

~~426-124.~~ En el caso estadounidense, en tanto, se indica que la *Copyright Royalty Board*, en la fijación de sus tarifas, debe buscar (i) maximizar el acceso del público al trabajo creativo; (ii) asegurar al autor y al usuario una ganancia justa; (iii) reflejar el rol relativo que cumplen tanto el usuario como el autor en cuanto a la contribución creativa en el producto, la contribución tecnológica, la inversión de capital, el costo, el riesgo y la contribución a la apertura de nuevos mercados para expresiones creativas y medios de comunicación; (iv) minimizar cualquier impacto disruptivo en la estructura de las industrias involucradas y en las prácticas generalmente aceptadas de la industria¹⁹⁷.

~~427-125.~~ Algo similar se puede observar en el caso inglés, en el que se busca asegurar que los titulares de derechos reciban una remuneración apropiada por su uso, por una parte, pero a la vez considera que las tarifas sean razonables en razón a criterios tales como el valor económico del uso de los derechos en el comercio, tomando en cuenta la naturaleza y el alcance del uso de la obra u otro trabajo; y el valor económico del servicio provisto por la EGC¹⁹⁸. En Australia, en tanto, el tribunal tiene libertad para decidir las tarifas a aplicar en los casos que se traen para su conocimiento, teniendo

¹⁹⁵ El artículo 164 en su apartado 3° señala: "El importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

- a) El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.
- b) La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.
- c) La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.
- d) Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.
- e) El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.
- f) Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso.
- g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

¹⁹⁶ España. Real Decreto 1023/2015. Artículos 28 y ss.

¹⁹⁷ EE.UU. Copyright Act, Sección §801 (b)(1).

¹⁹⁸ Reino Unido. *The Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations 2016*, Sección 15 (4).

como único criterio legal el que la tarifa sea una "remuneración equitativa" (*equitable remuneration*)¹⁹⁹.

~~428-126.~~ En el sistema peruano, por su parte, las tarifas fijadas por las sociedades de gestión deben ser razonables y equitativas, aplicando por regla general el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación del repertorio. En Colombia se establece que las tarifas cobradas por las sociedades de gestión colectiva deben ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas. Solo cuando exista dificultad para determinar o establecer dichos ingresos, se acude a otros criterios, como la categoría del usuario, la capacidad tecnológica, la capacidad de aforo, la intensidad en el uso, o cualquier otro criterio que se haga necesario en razón de sus particularidades de uso y tipo²⁰⁰.

~~429-127.~~ Las jurisdicciones anteriores tienen un enfoque similar a las recomendaciones de la Unión Europea, dirigidas a que las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos y a los derechos a remuneración sean 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 colectiva²⁰¹.

~~430-128.~~ En consecuencia, se observa que las principales jurisdicciones buscan compatibilizar el proporcionar una "justa" o "apropiada" remuneración por el uso de sus derechos, con criterios relativos al uso y la amplitud del repertorio a ser utilizado. En cualquier caso, se observa que los criterios mantienen un carácter amplio y abierto, que admiten ser interpretados y analizados caso a caso. Lo anterior resulta justificable, en atención a la diversidad de objetos sobre los que recaen los derechos en cuestión, la disparidad de los usuarios de los mismos, y la multiplicidad de estructuras de negocios y mercados involucrados, que no hacen posible el fijar de antemano reglas rígidas y unívocas.

~~434-129.~~ Esta alternativa por criterios generales y abiertos coincide con lo que se observa en el ordenamiento chileno, en donde la LPI dispone que el tribunal arbitral deberá considerar entre otros criterios, (i) la categoría del usuario, (ii) el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro

¹⁹⁹ Australia. *Copyright Act*, 1968, Part VI, Division 3, Subdivisions A to H.

²⁰⁰ Colombia. Decreto N° 1066 del Ministerio del Interior, de 26 de mayo de 2015. Artículo 2.6.1.2.7

²⁰¹ Unión Europea. Directiva 2014/26/UE. Artículo 16.2. párrafo 2°

de la entidad, (iii) la importancia del repertorio en el desarrollo de la actividad de los usuarios de esa categoría, y (iv) las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior²⁰². Es decir, no es un catálogo taxativo.

III.3. Transparencia y *accountability*

~~132-130.~~ Un tema adicional a considerar son las reglas relativas a la transparencia y *accountability* que deben cumplir las EGCs: es relevante que todas las partes puedan tener acceso a toda la información de forma clara y oportuna²⁰³. Estas reglas ayudan a mejorar las relaciones de confianza entre EGCs, usuarios y titulares y otorgan una percepción más favorable de la sociedad en general hacia dichas instituciones.

~~133-131.~~ Respecto a la representatividad de las EGCs, para su autorización como EGC, la LPI exige que ésta represente a lo menos, un 20% de los titulares originarios chilenos o extranjeros domiciliados en Chile que, en el país, causen derechos en un mismo género de obras o producciones y, que de los datos aportados y de la información practicada, se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones de idoneidad necesaria para asegurar la correcta y eficaz administración de los derechos en todo el territorio nacional²⁰⁴.

~~134-132.~~ En la práctica, no fue posible determinar cómo el Ministerio de Educación y, actualmente, el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio han llevado a cabo la verificación de este requisito, más aun considerando que el registro de las obras en el Departamento de Derechos Intelectuales (DDI) es voluntario y, conforme a la información aportada en las diligencias realizadas por esta Fiscalía, las bases de datos de cada EGC no es idéntica a la que tiene el DDI²⁰⁵. Así, una interrogante que surge es qué sucede cuando una EGC, ya autorizada, deja de tener los mismos titulares en el transcurso del tiempo o pierde representatividad.

~~135-133.~~ Respecto a la publicidad de las tarifas, la LPI indica que las tarifas generales rigen desde su publicación en el Diario Oficial, mientras que respecto de los planes alternativos o tarifas especiales sólo existe un deber de publicarlas en el Diario

²⁰² Art. 100 ter. inc. 7º. LPI

²⁰³ OMPI. *Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para Organismos de Gestión Colectiva*. 2018. p. 10.

²⁰⁴ Artículo 95 LPI.

²⁰⁵ La inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual otorga una presunción a favor de la persona que efectuó la respectiva inscripción. Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada presentando pruebas de que aquella persona no es en realidad el autor, sino que es otra. Por lo tanto, la inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual no acredita necesariamente la autoría de una obra ni otorga derechos sobre la misma, solo sirve como un medio de prueba. CNCA. Óp. Cit. p. 31.

874

Oficial²⁰⁶ y no, por ejemplo, de facilitarlas en sus páginas web u otros medios públicos. Al respecto, en la normativa comparada se establecen mayores exigencias de publicidad de las tarifas y de transparencia en su cálculo²⁰⁷.

136-134. Respecto a la repartición de los derechos recaudados, en Chile cada EGC debe hacerlo conforme al sistema determinado en los estatutos y reglamentos de la entidad respectiva. El sistema de reparto debe contemplar una participación de los titulares de obras y producciones en los derechos recaudados, proporcional a la utilización de éstas²⁰⁸. En la normativa comparada se establecen exigencias en la misma línea, pero mayormente desarrollados²⁰⁹.

²⁰⁶ Art. 100 LPI, incisos 3º y 4º. 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.

²⁰⁷ En la Unión Europea se recomienda a sus Estados Miembros el que las entidades de gestión colectiva deban informar al usuario de que se trate de los criterios utilizados para la fijación de esas tarifas, como mecanismo de transparencia. De igual manera, se indica que las negociaciones de tarifas entre EGC y usuarios deben realizarse de buena fe, debiendo para ello intercambiarse toda la información necesaria. Unión Europea. Directiva 2014/26/UE. Artículos 16.1 y 16.2. párrafo 2º.

En España se exige que las EGCs deben publicar en su página web, dentro de 10 días de su establecimiento o modificación, de forma fácilmente accesible y actualizada, entre otras materias, las tarifas generales vigentes, la memoria económica justificativa para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse. Véase España. Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 185.

Lo mismo se contempla en el Reino Unido, donde se establece que se debe informar al usuario concerniente del criterio usado para la fijación de tales tarifas, y que las EGCs deben realizar un reporte anual de transparencia. Reino Unido. *The Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations 2016*, Secciones 15 (4) y 21.

En Perú se dispone que las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos en las dependencias centrales de las asociaciones. Colombia. Decreto N° 1066 del Ministerio del Interior, de 26 de mayo de 2015. Artículo 2.6.1.2.5.

En Colombia se opta por la publicación de las tarifas generales, sus modificaciones y adiciones tanto en el sitio web como en el domicilio social de las sociedades de gestión colectiva. Colombia. Decreto N° 1066 del Ministerio del Interior, de 26 de mayo de 2015. Artículo 2.6.1.2.5.

En Estados Unidos, en tanto, decisiones del *Copyright Royalty Board* que fijan tarifas son publicadas. Ver: EE. UU. *Copyright Royalty Board*. <https://www.crb.gov/rate/> [última visita: 23 de octubre de 2018].

Algo similar se observa en Canadá, en el que las propuestas de tarifas se publican en el Diario Oficial para poder ser objetadas por los potenciales usuarios (Canadá. *Copyright Act*, 1985, Part VII, 67.1 (5).), y Australia, en donde existe una obligación de las *Collecting Societies* de enviar el reporte de operaciones al Ministro de la Biblioteca Nacional (Australia. *Copyright Act*, 1968, Part VA, Division 3, 135R.).

²⁰⁸ Artículo 98 LPI.

²⁰⁹ En la Unión Europea, la Directiva 2014/26/UE indica en su Capítulo 2 que los Estados miembros velarán por que las EGCs repartan y abonen de forma periódica, con diligencia y exactitud, y de conformidad con la política general sobre reparto aprobada por la respectiva asamblea de cada EGC, los importes adeudados a los titulares de derechos, fijando también cierta información mínima que dichas entidades deben proveer a los titulares de derechos. Artículo 18 Directiva 2014/26/UE.

En España, en tanto, se indica que el reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente por las EGCs a los titulares de las obras o prestaciones utilizadas y a otras entidades de gestión con las que hayan firmado acuerdos de representación, conforme a lo previsto en su reglamento de reparto, por lo que, debiendo en cualquier caso seguir los criterios generales fijados normativamente, son las propias EGCs las que regulan la redistribución de lo recaudado. El artículo 177, del Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual. en su inciso 1º delega el reparto en los reglamentos de reparto correspondientes. Respecto a las reglas de distribución, su inciso 3. Menciona algunos criterios de manera no taxativa, pero agrega que pueden tener en cuenta "cualquier otro aspecto objetivamente razonable, así como los acuerdos internacionalmente alcanzados". Las Asambleas Generales de los miembros de las entidades de gestión se encuentran reguladas

437-135. Respecto a la contabilidad de las EGCs, en Chile la LPI exige a las EGCs la confección anual de un balance general al 31 de diciembre de cada año, y una memoria de las actividades realizadas en el último ejercicio social. El balance y la documentación contable deberán ser sometidas a la aprobación de auditores externos, designados por la Asamblea General de socios²¹⁰. Al respecto, la OMPI les recomienda elaborar y poner a disposición de sus miembros un informe anual que informe de manera detallada de las actividades de la sociedad, de manera de aumentar la transparencia en su gestión²¹¹.

438-136. En la misma línea, la LPI permite a las EGCs destinar hasta el 30% de lo recaudado para gastos de administración²¹² y la realización de promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros y representados y de estímulo a la creación nacional, pudiendo destinar hasta el 10% de lo recaudado y remanentes de fondos²¹³. Algo similar se aprecia en el caso peruano, en donde, la ley limita los gastos administrativos, estableciendo que no podrán exceder del 30% de la

por el artículo 160 del Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual. Los reglamentos de reparto de cada entidad de gestión de España se encuentran disponibles en: <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/informes-actividades-normas.html> [última visita: 24 de octubre de 2018].

Por su parte, en el Reino Unido se adopta un sistema similar, en virtud del cual, si bien por regla general se establece que la distribución de los montos entre los miembros de la entidad se realiza y paga de acuerdo a la política general de distribución determinada por la asamblea general de cada entidad, en cualquier caso se establecen criterios y plazos que deben ser respetados, como el realizar el reparto de manera regular, diligente y con exactitud²⁰⁹, no pudiendo discriminar tampoco entre titulares de derechos. Reino Unido. *Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations 2016*. Secciones 12 y 13.

En el caso peruano, si bien la recaudación se determina por cada entidad en su reglamento, la ley obliga a (i) aplicar sistemas de distribución que excluyan la arbitrariedad, bajo el principio de un reparto equitativo entre los titulares de los derechos, en forma efectivamente proporcional a la utilización de las obras a (ii) distribuir, por plazos no superiores a un año, las remuneraciones recaudadas con base a sus normas de reparto, con la sola deducción de los gastos administrativos y de gestión y (iii) limita los gastos administrativos, estableciendo que no podrán exceder del 30% de la cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos. Se establecen, también, obligaciones de entrega de información periódica a sus asociados. Perú. Decreto Legislativo 822, Ley Sobre el Derecho de Autor, Título IX, artículo 153,

La *Copyright Act* canadiense establece que los creadores y ejecutantes tienen derecho a que se les pague una remuneración equitativa (*equitable remuneration*) por el uso de sus obras. Para ello, el usuario deberá pagar un royalty a la sociedad colectiva autorizada por ley o, si se trata de trabajo literario o dramático, al creador o al ejecutante directamente. Asimismo, se debe repartir un 50% de los royalties a los creadores y un 50% a los ejecutantes. (Canadá. Copyright Act, 1985, 19 (2)(a)(b) y 19(3)(a)(b).

La regulación colombiana, de manera similar, entrega el reparto al reglamento interno de la sociedad de gestión colectiva, pero en cualquier caso señala que el reparto entre los socios debe ser equitativo. Colombia. Ley N° 44, de 1993. Artículo 30.

²¹⁰ Artículo 99 LPI.

²¹¹ OMPI. *Caja de Herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para Organismos de Gestión Colectiva*, 11 de enero de 2018, *Ibid.* pp. 49-51.

²¹² Artículo 93 LPI.

²¹³ Artículo 92, inc. 2° LPI. "Ello no obstante, la respectiva asamblea general de socios podrá acordar, por mayoría absoluta de los afiliados, que hasta el 10% de lo recaudado y los remanentes de fondos sociales que se generen con motivo de su actividad, sean destinados a la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros y representados, y de estímulo a la creación nacional, junto a otros recursos que les sean aportados para tales fines".

876

cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos²¹⁴.

139-137. Pese a que la normativa ya existente en Chile abarcaría al menos los puntos esenciales respecto a transparencia y *accountability*, se advierte una incertidumbre respecto a aquellos casos en que se infringen tales deberes como, por ejemplo, cuando (i) la representatividad de una EGC es menor que la existente al momento de constituirse; (ii) sus tarifas (en especial los planes tarifarios alternativos o tarifas especiales) no son publicadas; (iii) no se respetan las reglas fijadas respecto a la repartición de derechos; y, (iv) no se cumple con las exigencias contables.

III.4. Fiscalización a las EGCs

140-138. En Chile se ha indicado que las instituciones que deben velar por los derechos de autor son el Departamento de Derechos Intelectuales (DDI), organismo que tiene a cargo el Registro de Propiedad Intelectual, la atención de las consultas e informes que formulen o soliciten los particulares y los servicios públicos y el asesoramiento del Gobierno en todo lo relativo a derechos de autor, derechos conexos y materias afines, mientras que el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes debe mantener actualizado un Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual. Internacionalmente, el órgano que vela por la propiedad intelectual es la OMPI²¹⁵.

141-139. Sin embargo, ni el DDI, ni la CNCA tienen facultades de fiscalización respecto de las actividades realizadas por las EGCs. De hecho, en un documento acompañado por el DDI a esta Fiscalía²¹⁶, se manifiesta la falta de recursos (tanto de personal como presupuestaria) para hacer frente a sus funciones relevantes y las alternativas propuestas para el fortalecimiento del Sistema Nacional de Propiedad Intelectual (SNPI), dentro de las cuales se contempla (i) la asignación de recursos para crear un sistema de gestión registral unificado e interoperable que sirva de fuente trazable de consulta para el sector público, el sector privado y la sociedad civil; y, (ii) la asignación de facultades para el Registro de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual, así como de vigilancia y fiscalización de las EGCs²¹⁷.

²¹⁴ Perú. Decreto Legislativo 822, Ley Sobre el Derecho de Autor, Título IX, artículo 153, letra j).

²¹⁵ CNCA. Óp. Cit. p. 20.

²¹⁶ Departamento de Derechos Intelectuales. *El Departamento de Derechos Intelectuales (DDI): Opciones para su reubicación orgánica dentro del Sistema Nacional de Propiedad Intelectual (SNPI)*. 2018.

²¹⁷ *Ibid.* p. 11.

- 142-140. Adicionalmente, cabe indicar que la LPI indica que la autorización para operar como EGC puede ser revocada por el Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio si sobreviniere o se pusiere de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la entidad de gestión dejase de cumplir gravemente las obligaciones establecidas en el Título V de la LPI. No obstante, en forma previa a la revocación, tal Ministro debe apercibir a la EGC respectiva para que, en el plazo que determine y que no podrá ser inferior a 90 días, subsane o corrija los hechos observados²¹⁸. Al respecto, no fue posible comprobar el ejercicio de la facultad de apercibir o revocar autorizaciones de EGCs.
- 143-141. Respecto a la autorización para la creación y a la fiscalización de las entidades de gestión colectiva y sus equivalentes funcionales en el resto del mundo, se observa que, por regla general, existen organismos específicos a los que se les encargan dichas labores²¹⁹, que pueden o no coincidir con los organismos encargados de la regulación o la resolución de controversias relativas a tarifas²²⁰.
- 144-142. Normalmente, se establecen una serie de requisitos para la constitución de una EGC, dentro de las que se pueden encontrar, por ejemplo, no tener fines de lucro²²¹, que tengan un objeto social determinado²²², que sus estatutos cumplan las leyes correspondientes²²³, entre otros. Luego, es común que su constitución deba ser autorizada por un organismo determinado, que por regla general coincide con el organismo encargado de fiscalizarla²²⁴.

²¹⁸ Artículo 96 LPI.

²¹⁹ Una notoria excepción es el caso estadounidense, en que al no existir una regulación específica y detallada de las *Performing Right Organizations*, y al estar las tarifas fijadas por el *Copyright Royalty Tribunal*, no existe un órgano especial dedicado a fiscalizar a dichas entidades, que funcionan más bien como entidades recolectoras.

²²⁰ Así, como ejemplo de la atribución de la fiscalización a un organismo diferente del que vela por las tarifas, en Australia la *Copyright Act, 1968, Part VA, Division 3, 135R*, encarga al Ministro de la Biblioteca Nacional y a las *Houses of Parliament* la fiscalización de las entidades de gestión colectiva. Lo mismo se observa en España, entregando el art. 155 de su Ley de Propiedad Intelectual dichas facultades de inspección, vigilancia y control al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y a las Comunidades Autónomas. Un ejemplo de lo segundo, en tanto, se observa en el sistema peruano, en el que es la propia Oficina de Derechos de Autor del INDECOPi la encargada de su fiscalización, inspección y vigilancia, según lo dispuesto en el art. 146 del Decreto Legislativo N° 822.

²²¹ Por ejemplo, en Perú así lo exige el art. 149 del Decreto Legislativo N° 822; lo mismo se observa en España en el art. 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996.

²²² Véase, por ejemplo, la letra c) del art. 149 del Decreto Legislativo N° 822 peruano, o la letra b) del art. 43 de la Decisión Andina 351 de 1993 colombiana.

²²³ Véase, por ejemplo, la letra a) del art. 43 de la Decisión Andina 31 de 1993 colombiana, la letra b) del Decreto Legislativo N° 822 peruano, la letra a) del inciso primero del art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/1996 español, o lo dispuesto en la *Copyright Act, 1968, Part VA, Division 3, 135P (3)(a)* australiana.

²²⁴ Así, en España, según el art. 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996, su creación debe ser autorizada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte; en Australia, según lo dispuesto en la *Copyright Act, 1968, Part VA, Division 3, 135P*, por el Ministro de la Biblioteca Nacional o el *Copyright Tribunal*, si el primero le remite la solicitud; y en Perú por la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPi, según el art. 146 del Decreto Legislativo N° 822; entre otros ejemplos.

878

145-143. En síntesis, se advierte la ausencia de un organismo fiscalizador de estas exigencias, así como de otras infracciones que puedan cometer las EGCs, usuarios y otros, respecto a la normativa relativa a la gestión de derechos de autor.

147-144. Asimismo, la LPI no contempla un procedimiento de reclamo en virtud del cual se les permita a los agentes notificar a la autoridad competente de conductas que puedan constituir una infracción a las disposiciones relativas a la gestión de derechos de autor, lo cual sí existe en otras jurisdicciones²²⁵.

IV. CONCLUSIONES

149-145. En Chile, la legislación reconoce derechos de autor, conexos y especiales en virtud de los cuales sus titulares pueden recibir remuneraciones por su uso. La gestión de tales derechos puede ser individual o colectiva. Al respecto, se advierten claras eficiencias cuando la administración de derechos es a través de una Entidad de Gestión Colectiva, principalmente ligadas a la reducción de costos de transacción.

150-146. Respecto al eventual poder monopólico y sin contrapesos de las EGCs que la Solicitante aduce en su presentación, de lo expuesto se desprende que, en la práctica, las realidades de las EGCs en Chile son distintas y que poseen diferencias significativas en atención (i) a los tipos de derechos que gestionan; (ii) a su fecha de constitución; (iii) a los ingresos que perciben; (iv) a la fuerza de cobro que poseen, entre otros.

151-147. Por tanto, *a priori* no podría advertirse el ejercicio de un poder monopólico por parte de todas las EGCs, sin contrapesos por parte de los usuarios, pues tal poder podría depender, por ejemplo, de la valoración que estos últimos le otorgan a las obras o creaciones artísticas, y de la relevancia y/o necesidad que tenga el uso de licencias para su giro.

²²⁵ La Unión Europea insta a los Estados miembros que velen porque las autoridades competentes para ello hagan un seguimiento del cumplimiento, por parte de las EGCs, de las disposiciones de derecho nacional adoptadas de conformidad con los requisitos establecidos en la Directiva. Asimismo, los insta a establecer procedimientos que permitan a cualquier interesado notificar a las autoridades competentes designadas para tal fin las actividades o circunstancias que, en su opinión, constituyan un incumplimiento de las disposiciones relativas a la gestión de derechos de autor. Unión Europea. Directiva 2014/26/UE. Artículo 36. En Reino Unido se obliga a las EGCs a establecer procedimientos de reclamo, entre otras materias, sobre aquellos reclamos interpuestos por los miembros de estas organizaciones sobre las deducciones y distribuciones de los montos debidos a los titulares de derecho, debiendo asegurarse además que los conflictos que se generen puedan ser llevados frente a un independiente e imparcial procedimiento de resolución alternativa de disputas. Ver secciones 31 y 32 del *Collective Management of Copyright (EU Directive) Regulations 2016*.

- 452-148. En la misma línea, se advierte que aun analizando la evolución de las tarifas de la EGC que interactúa más con los organismos de radiodifusión (radio y TV abierta), la que podría argumentarse que tendría, en principio, un mayor poder para establecer tarifas indiscriminadamente, se constata que éstas permanecen vigentes por casi una década y que cuando han sido modificadas, su variación no parece ser *a priori* injustificada.
- 453-149. Respecto al sistema de solución de controversias, hay un consenso entre los diversos agentes de que el sistema de mediación obligatoria y arbitraje no ha sido utilizado. No obstante, hay desacuerdo en relación a los motivos de aquello.
- 454-150. Por un lado, se indica que se debe a que las partes llegan a acuerdo antes de someter el asunto al mecanismo establecido en la LPI, por lo que el propósito de tal sistema estaría siendo cumplido (llegar a una solución extrajudicial). Adicionalmente, los usuarios se verían beneficiados por planes tarifarios alternativos, más convenientes que las tarifas generales y, aun cuando en caso de desacuerdo se decida utilizar el sistema de mediación y de arbitraje, las posiciones de las partes se verían moderadas, pues la mediación previa podría generar múltiples instancias de reunión entre las partes, generando una convergencia de las posiciones. Adicionalmente el sistema de "oferta final" generaría el incentivo de que las propuestas presentadas sean bien fundamentadas y razonables, so pena de no ser consideradas por el árbitro si son menos razonables que la propuesta de la contraparte.
- 455-151. Sin embargo, por otro lado, algunos agentes señalan que el mecanismo no ha sido utilizado por las falencias que presenta, por ejemplo: (i) no tener el número mínimo de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual necesarios; (ii) la falta de legitimidad activa de las EGCs y de los usuarios individuales para iniciar el procedimiento; y (iii) la incertidumbre que genera un sistema de "oferta final".
- 456-152. Las respuestas de los diversos agentes manifiestan que el actual mecanismo de solución de controversias respecto a la determinación de tarifas puede ser perfeccionado, por ejemplo, a través de (i) incentivar la inscripción de más Mediadores y Árbitros; (ii) levantar la limitación territorial de competencia existente; (iii) propender a una tramitación digital del procedimiento; y/o (iv) crear un tribunal especializado.
- 457-153. En cualquier caso, es necesario considerar que los requisitos exigidos en el artículo 100 bis LPI para ser Mediador/Árbitro, a saber (i) contar con un título profesional; (ii) con al menos cinco años de ejercicio profesional; y (iii) con experiencia calificada en el ámbito de propiedad intelectual o en el área de la actividad económica no pueden

ser considerados como barreras relevantes para ingresar al Registro correspondiente. En tal sentido, tal vez sea necesario incentivar y difundir la inscripción, a efectos de robustecer tal sistema.

~~158~~.154. Adicionalmente, cabe señalar que:

- a. Desde el inicio de la implementación del sistema (en el año 2011), existen 4 Mediadores/Árbitros inscritos, 3 de ellos con posibilidad de conocer de casos en la Región Metropolitana.
- b. Lo anterior permite inferir que, al menos en términos teóricos, la Solicitante, como el resto de asociaciones de usuarios pudieron iniciar una mediación obligatoria con las EGCs desde el año 2011.
- c. En septiembre del año 2017 se agregó un Mediador/Árbitro adicional, lo que refuerza la posibilidad de que las asociaciones de usuarios pudiesen recurrir al sistema de mediación, así como dar inicio a un procedimiento de arbitraje.

~~159~~.155. Sin perjuicio de lo señalado, se reitera lo indicado en el sentido que en la legislación comparada revisada conviven tanto mecanismos de carácter jurisdiccional como mecanismos alternativos de solución de controversias, y se observa una marcada tendencia hacia la especialización de los organismos encargados de resolver este tipo de controversias.

~~160~~.156. No obstante, es preciso considerar que cualquier modificación al mecanismo de solución de controversias debiere tender a resguardar la eficiencia y eficacia de tal sistema, contemplando la necesidad y conveniencia social de, eventualmente, judicializar, y/o alargar este tipo de controversias, por ejemplo, sometiéndolas a un arbitraje convencional.

~~161~~.157. Respecto a medidas de transparencia, *accountability* y fiscalización. Si bien la LPI contempla ciertas reglas sobre representatividad de las EGCs, publicidad de las tarifas, repartición de los derechos recaudados y contabilidad de las EGCs, el establecimiento de un procedimiento de reclamo tanto de titulares, usuarios y EGCs podría reforzar la transparencia y las buenas prácticas por parte de las EGCs.

880

162-158. Asimismo, en las diligencias realizadas se advirtió la ausencia de un organismo fiscalizador para conocer de las infracciones a la ley, reglamentos o estatutos internos que puedan cometer las EGCs, usuarios, u otros²²⁶.

POR TANTO,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes al Expediente de Recomendación Normativa de autos.

PRIMER OTROSÍ: En conformidad a lo dispuesto en el considerando Undécimo del Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal, solicito al H. Tribunal tener por acompañado Anexo Confidencial de la presente presentación, decretando la confidencialidad del mismo.

El referido Anexo contiene información proporcionada por TVN, Canal 13, La Red y Chilevisión referida a las tarifas efectivamente cobradas por la SCD a los referidos canales de televisión abierta.

La solicitud de confidencialidad se funda en que dicha información, por su naturaleza, tiene el carácter de sensible y estratégica para las personas de quienes emanan y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a este H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede perjudicar de manera significativa los intereses económicos y profesionales de las personas que han aportado información a la Investigación de la FNE.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal agregar a estos autos el documento denominado "Anexo Confidencial - Versión Pública", correspondiente a la versión pública del documento cuya confidencialidad se solicitó en el primer otrosí de esta presentación, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal.

²²⁶ En tal sentido, la Directiva 2014/26/UE de la Unión Europea insta a sus Estados miembros al establecimiento de procedimientos que permitan a los miembros de una EGC, a los titulares de derechos, a los usuarios, a las EGCs y a las demás partes interesadas notificar a las autoridades competentes designadas para tal fin las actividades o circunstancias que, en su opinión, constituyan un incumplimiento de las disposiciones de derecho de autor, así como dotar a las autoridades competentes designadas para tal fin de la competencia para imponer sanciones apropiadas o adoptar medidas adecuadas en caso de incumplimiento de las disposiciones de derecho de autor.

TERCER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal, tener presente que mi personería para representar a la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, se sigue de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 18.834 que "aprueba Estatuto Administrativo", lo dispuesto en Resolución de fecha 12 de julio de 2016, en virtud de la cual asume su representación en su condición de subrogante legal del Fiscal Nacional Económico, y en relación con la Resolución N° 33 de fecha 24 de junio de 2015, que da cuenta de su nombramiento en el cargo de Subfiscal Nacional, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia en la Secretaría del H. Tribunal.

** lo firmado no vale*



883
/

María José Poblete

De: Pedro Sepulveda <psepulveda@fne.gob.cl>
Enviado el: lunes, 12 de noviembre de 2018 10:03
Para: María José Poblete
Asunto: Acompaña versión electrónica ERN 25-2018 TDLC
Datos adjuntos: 2018 11 09 Informe DA (FNE).pdf; 2018 11 09 Informe DA (FNE).docx

Estimada María José,

Espero se encuentre bien. Adjunto versiones digitales en Word y PDF del Informe FNE sobre Derecho de Autor en expediente rol ERN-25-2018 del H. Tribunal.

Saludos atentos,

--



Pedro Sepulveda
División Antimonopolios
Abogado División Antimonopolios

Huérfanos 670 - Piso 10
Santiago de Chile
Tel [56 2] 2 753 5672
www.fne.gob.cl

La información contenida en este correo electrónico, así como en cualquiera de sus adjuntos, es confidencial y está dirigida exclusivamente a el o los destinatarios indicados. Cualquier uso, reproducción, divulgación o distribución por otras personas distintas de el o los destinatarios está estrictamente prohibida. Si ha recibido este correo por error, por favor notifíquelo inmediatamente al remitente y bórralo de su sistema sin dejar copia del mismo. La Fiscalía Nacional Económica no acepta responsabilidad alguna por cualquier pérdida o daño como consecuencia, directa o indirecta, del uso indebido de este e-mail o de los adjuntos al mismo.

Santiago, 12 de noviembre 2018