

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

**RESUELVE SOBRE EJERCICIO DE FACULTAD DEL ARTÍCULO 18 N° 4 DEL
D.L. N° 211 EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA SOBRE LA
COMPETENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE TARIFAS POR EL USO DE
DERECHOS DE AUTOR, CONEXOS Y OTROS.
ROL ERN N° 25-2018**

Contenido:

- I. Solicitud de recomendación normativa formulada por ANATEL
- II. Resumen de los antecedentes aportados al proceso
- III. Audiencia Pública
- IV. Análisis del ejercicio de la facultad de recomendación normativa

I. Solicitud de recomendación normativa formulada por ANATEL

1. A fojas 83, la Asociación Nacional de Televisión A.G. ("ANATEL" o la "Solicitante"), formuló una solicitud de recomendación normativa respecto de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual ("LPI"), a fin que este Tribunal, ejerciendo la facultad consagrada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, proponga al Presidente de la República, a través del Ministerio de Educación y/o del Ministerio de las Culturas las Artes y el Patrimonio, o el que sea pertinente, la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a crear y fomentar la competencia en la determinación de las tarifas que se pagan, respecto de distintas obras, por el uso de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares (en adelante, la "Solicitud").

2. La necesidad de esta recomendación descansa en que los defectos y vacíos que existirían en la normativa que regula la fijación de las tarifas por el uso de estos derechos, a juicio de la Solicitante, privarían completamente al mercado de los beneficios de la libre competencia, al punto de que esta actividad hoy, se realizaría bajo condiciones derechamente monopólicas y con enormes distorsiones, las que amenazarían con imponer sobre los usuarios de dichos derechos una carga económica que pondría en riesgo la viabilidad del sistema.

3. Para efectos de una mejor comprensión de las materias que son objeto de la recomendación normativa solicitada, ANATEL desarrolla en su presentación los

conceptos de derechos de autor, derechos conexos y derechos especiales de remuneración regulados en leyes especiales.

4. Así, indica que los derechos de autor son aquellos derechos que recaen sobre una obra artística, científica o literaria, cualquiera sea su forma de expresión, y se constituyen en favor de las personas que crean la respectiva obra, desde ese preciso momento. Agrega que estos derechos generan para sus titulares un conjunto de derechos morales y patrimoniales, y que estos últimos otorgan a sus autores la facultad de autorizar o prohibir el uso de sus obras a terceros, así como de percibir una tarifa por su respectivo uso.

5. Señala que los derechos conexos, por su parte, protegen los intereses de quienes contribuyen a la puesta a disposición del público de obras y otros trabajos que, si bien no pueden ser catalogados legalmente como obras, contienen suficiente creatividad, así como capacidad técnica y organizativa. Estos derechos recaen sobre una determinada forma de difusión, la que puede realizarse mediante una interpretación, fonograma o en una emisión radiodifundida; y conceden a sus titulares un conjunto de derechos patrimoniales que les permiten autorizar o prohibir ciertas utilidades de sus respectivas interpretaciones, ejecuciones, fonogramas o emisiones, así como percibir una remuneración por el uso público de las mismas.

6. Finalmente, indica que existen leyes que establecen los llamados derechos de "*remuneración especial*" relativos a interpretaciones fijadas en obras audiovisuales. Así, la Ley N° 20.243 protege los derechos de los actores, atendida su calidad de intérpretes audiovisuales, sobre sus ejecuciones artísticas fijadas en obras audiovisuales, otorgándoles un derecho moral de paternidad e integridad y un derecho patrimonial de remuneración. Asimismo, la Ley N° 20.959 extendió el derecho de remuneración de los actores a los directores y guionistas de obras audiovisuales.

7. Ya sea que se trate del derecho a percibir una remuneración o tarifa por los derechos de autor y conexos, o una remuneración especial por derechos intelectuales particulares, el mecanismo de mediación y arbitraje que se aplica para dirimir las controversias que pudieran originarse a este respecto es uno solo, está regulado en los artículos 100 bis y 100 ter de la LPI, y es precisamente la legislación cuya modificación y/o reglamentación se solicita, como se verá más adelante.

8. ANATEL señala que, en relación con este derecho a percibir un pago o tarifa, el artículo 100 de la LPI y las leyes especiales que rigen a actores, directores y

guionistas, autorizan a los titulares de los derechos antes referidos a agruparse en corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, denominadas entidades de gestión colectiva (“EGC”), a las que pueden encargar la negociación, fijación y cobro de tarifas por el uso de sus derechos.

9. En lo que respecta a la determinación de tarifas, indica que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 100 de la LPI, éstas son fijadas por cada EGC a través del órgano de administración previsto en sus estatutos y rigen a contar de su publicación en el Diario Oficial. Luego de publicadas, las EGC negocian directa y separadamente con cada usuario el posible uso de tarifas alternativas por periodos determinados.

10. La Solicitante, además, analiza el mercado relevante objeto de la recomendación normativa y las barreras a la entrada que, en su opinión, impedirían que haya competencia.

11. Al respecto, indica que el mercado relevante sería *“el de la oferta y determinación de tarifas por el uso de derechos de autor y derechos conexos protegidos en la LPI, y los derechos especiales de remuneración que leyes especiales (Ley N° 20.243 y N° 20.959) regulan para ciertos artistas, dentro del territorio nacional”* (foja 102).

12. Asimismo, ANATEL señala que, dado que estos derechos pueden recaer sobre distintos géneros de obras o producciones que no son sustitutos entre sí, existen distintos mercados dependiendo del tipo de derecho que se ofrezca. En cada uno de estos mercados, la oferta es realizada a través de las EGC. Dado que, en la práctica, todos los titulares de derechos se agrupan en una única EGC por cada género de obras o producciones, cada una de estas entidades concentraría el 100% del mercado. De hecho, las EGC serían consideradas como un ejemplo de monopolio natural.

13. La demanda, según ANATEL, estaría constituida por usuarios de distinto tipo, quienes están obligados a pagar la tarifa que cada EGC determina. Al respecto, señala que la LPI también autoriza a los usuarios a actuar colectivamente, agrupados en asociaciones con personalidad jurídica (“Asociaciones de Usuarios”) para negociar planes tarifarios alternativos con cada EGC.

14. Agrega que en esta industria existirían importantes barreras a la entrada como los elevados requisitos establecidos por la LPI para formar nuevas EGC y la existencia de incentivos a que los titulares de derechos se concentren en solo una

de estas entidades. Estas barreras harían totalmente improbable la entrada de competencia efectiva al mercado.

15. Atendidas las características descritas, la Solicitante concluye que las EGC tendrían un poder monopólico sobre los derechos que administran debido a que los gestionan de manera exclusiva. Su evidente posición dominante, en opinión de la Solicitante, ha sido aceptada porque, en teoría, la gestión colectiva de estos derechos sería una forma eficiente de negociar, cobrar y repartir tarifas, así como de detectar los usos no autorizados de las obras. Además, su existencia beneficiaría a los usuarios pues les permitiría contratar licencias y usar estos derechos con menores costos de transacción.

16. Sin embargo, esta posición dominante permitiría a las EGC imponer tarifas y condiciones “*supra competitivas*” a los usuarios, sin enfrentar competencia y sin que se pueda negociar equitativamente con ellas.

17. Adicionalmente, la Solicitante señala que los problemas que las EGC plantean a la libre competencia ya habrían sido advertido por las autoridades de la materia. En efecto, la H. Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) habrían estado contestes en que el mercado adolecía de serios problemas competitivos y que era necesaria la proposición de modificaciones normativas. Sin embargo, agrega que las medidas que las autoridades sugirieron hace veinte años no solo fueron insuficientes, sino que empeoraron la situación competitiva del mercado.

18. Así, actualmente, el sistema de fijación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares adolecería de una serie de defectos y vacíos normativos que causarían serios problemas de competencia, los que resume en que:

- (i) Las EGC tendrían un poder monopólico que carece de contrapesos, como ya fue expuesto, lo que les permitiría cobrar remuneraciones monopólicas.
- (ii) El hecho de que existan tantas EGC como géneros o categorías de derecho provocaría que los usuarios deban pagar una multiplicidad de tarifas, cada una *supra competitiva*.
- (iii) Las EGC fijarían tarifas sin ponderar el valor económico real que sus derechos aportan a la generación de ingresos de los usuarios, imponiéndoles

una estructura de costos injustificadamente alta y carente de explicación económica.

- (iv) Estos problemas se verían agravados con la regulación parcelada de nuevos derechos especiales de remuneración, pues podría ocurrir que, en el futuro, se creen nuevos derechos y titulares de los mismos, bajo esta misma estructura y sistema.

19. El hecho que los usuarios estén autorizados para negociar con las EGC de manera colectiva no sería contrapeso suficiente para este poder, pues los usuarios no tendrían otra alternativa que contratar los derechos según las tarifas que fijan las EGC, en cuanto son un insumo esencial para sus respectivos giros. Así, el asociarse no les permitiría alcanzar un poder negociador que sirva de real y efectivo contrapeso a las EGC.

20. Por otra parte, tampoco sería contrapeso suficiente el sistema de mediación y arbitraje obligatorio introducido a la LPI por la Ley N° 20.435, por cuanto, según la Solicitante:

- (i) La LPI habría sido incapaz de asegurar que efectivamente exista un tribunal que conozca y resuelva la falta de acuerdo entre las EGC y las asociaciones de usuarios. En efecto, desde su entrada en vigencia, el registro público no habría contado con el número mínimo de personas que se necesitan para que opere la mediación y el arbitraje.
- (ii) Además, el sistema de *final-offer arbitration* sería inadecuado, por cuanto reduciría el problema a la simple elección entre dos estimaciones, impidiendo a los árbitros analizar la correcta observancia y aplicación de los criterios para la determinación de tarifas establecidos en la LPI.
- (iii) Este sistema no permitiría evaluar el escenario completo e íntegro de cobro de tarifas por uso de los derechos intelectuales que deben pagar los usuarios, quienes arriesgarían que en la práctica se les aplique un cúmulo de tarifas supra competitivas.
- (iv) La LPI solo permitiría iniciar la mediación y arbitraje obligatorios a las asociaciones de usuarios, no así a los usuarios individuales. Así, si un usuario considera que las tarifas y planes alternativos publicados por una EGC no son aplicables, no tendría cómo impugnar esta situación.

- (v) Los criterios para la determinación de tarifas considerados en el artículo 100 ter de la LPI, inciso séptimo, serían insuficientes.

21. Atendido los argumentos expuestos a fojas 83, la Solicitante propone, en síntesis, las siguientes medidas:

- (i) Eliminar el actual sistema de designación del tribunal arbitral y, en su lugar, establecer un único órgano jurisdiccional, compuesto por tres miembros con experiencia calificada en el ámbito de la propiedad intelectual o en las ciencias económicas, sin dedicación exclusiva, que duren cinco años en su cargo, renovable por una sola vez, designados por este Tribunal - u otra entidad -, previo concurso público de antecedentes.
- (ii) En subsidio de la propuesta anterior, modificar el actual sistema de ingreso al Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual, a fin de que sus integrantes sean designados por este Tribunal - u otra entidad -, mediante un concurso público de antecedentes, el que deberá ser renovado cada cinco años.
- (iii) Eliminar el sistema de oferta final (o "*final-offer-arbitration*") que limita al tribunal arbitral a elegir únicamente entre las propuestas formuladas por cada parte, y en cambio, permitir que se pueda pronunciar ampliamente sobre las tarifas en discusión y sobre los diversos aspectos o criterios que intervienen en su determinación y cálculo. Señala que esta es la medida más importante.
- (iv) Establecer que la negociación de las tarifas deba llevarse a cabo en una misma época e instancia, con la periodicidad que establezca la ley, a fin que el tribunal arbitral pueda hacer una evaluación completa de las remuneraciones que se destinarán a sus titulares en razón de las cobradas por el resto de las EGC y, así, pueda considerar la carga total que los usuarios han de soportar por dichos conceptos.
- (v) Permitir expresamente a los usuarios individuales iniciar un procedimiento de mediación y arbitraje obligatorio (o, al menos, a los usuarios especialmente significativos), cuando consideren que las tarifas y planes alternativos publicados por una EGC "*no son aplicables a su realidad*" (foja 131).
- (vi) Aumentar el plazo de vigencia de la tarifa fijada por el tribunal arbitral, de tres a cinco años, a lo menos, sujeto a revisión en el caso excepcional que los

parámetros objetivos que sirvieron para su determinación hayan experimentado alguna variación esencial.

- (vii) Complementar los criterios que ya contempla el inciso séptimo del artículo 100 *ter* de la LPI con otros factores objetivos para la determinación de las tarifas, como a) el grado de uso efectivo del derecho en el conjunto de la actividad del usuario; b) la amplitud del repertorio de la EGC, y la intensidad y relevancia de su uso en el conjunto de la actividad del usuario; c) que la base de cálculo de la tarifa se refiera a ingresos directamente relacionados con la explotación comercial del repertorio en el programa en que se usen efectivamente; d) considerar las tarifas establecidas por la misma EGC a otros usuarios y/o por otras EGC del mismo rubro; e) considerar la carga general de tarifas que el usuario paga a las distintas EGC existentes, de manera de que las tarifas que se fijen sean justas, proporcionadas, razonables y no discriminatorias.
- (viii) La dictación de los demás preceptos legales y/o reglamentarios que el Tribunal estime necesarios para mejorar las condiciones competitivas en la determinación de las tarifas por el uso de derechos de autor o conexos y de las remuneraciones contenidas en las leyes especiales aludidas en la Solicitud.

II. Resumen de los antecedentes aportados al proceso

22. Las siguientes entidades aportaron antecedentes al proceso: Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile F.G.N. ("CNC"), a fojas 229; Asociación de Radiodifusores de Chile ("ARCHI"), a fojas 375; Producciones Megavisión Limitada ("Promega"), a fojas 528; Red Televisiva Megavisión ("Mega"), a fojas 569; Entel Telefonía Local S.A. ("Entel"), a fojas 683; Telefónica Empresas Chile S.A. ("Movistar"), a fojas 697; Asociación Gremial de empresarios Hoteleros de Chile ("Hoteleros de Chile"), a fojas 722; DirecTV Chile Televisión Limitada ("DirecTV"), a fojas 751; VTR Comunicaciones SpA ("VTR"), a fojas 888 y 1444; Claro Comunicaciones S.A. ("Claro"), a fojas 937; Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A.G. ("CAEM"), a fojas 1055; y Asociación Chilena de Operadores de Servicios de Televisión por Suscripción A.G. ("Acceso y TV"), a fojas 1224; quiénes, en términos generales, señalaron que las EGC tendrían poder de mercado o posición dominante, por cuanto:

- (i) En la práctica, existe solo una EGC por categoría, atendido los requisitos que impone la ley para su constitución y funcionamiento. De esta forma, como los usuarios no pueden contratar con una entidad alternativa que represente los mismos derechos, las EGC actuarían de forma monopólica respecto del tipo de derecho que cada una representa. Si bien este modelo ha sido tolerado por sus eficiencias, éstas serían solo teóricas y no se materializarían en la práctica.
- (ii) Las EGC serían monopolios naturales para la administración de derechos de propiedad intelectual, pues sus costos medios de administración serían decrecientes, en función del número de derechos que administran.
- (iii) En relación con el punto anterior, señalan que las EGC serían un monopolio natural que, además, no está regulado; y que, en el caso de los monopolios naturales, por lo menos existe una relación de causalidad entre lo que se cobra y el derecho que se utiliza. Sin embargo, en el contexto actual, esta relación se encontraría totalmente distorsionada.
- (iv) El excesivo poder de las EGC generaría distorsiones en el mercado, por cuanto no enfrentarían prácticamente ningún tipo de presión competitiva. Así, las EGC no tendrían incentivos para innovar o prestar sus servicios de modo eficiente, tanto a los titulares de derechos intelectuales, como a sus usuarios. En este sentido, la única solución que la LPI otorgaría a los usuarios sería el sistema de arbitraje y mediación en materia de tarifas y el que generen contrapeso en las negociaciones agrupándose en asociaciones, los cuales serían mecanismos evidentemente imperfectos.
- (v) Asimismo, las asociaciones de usuarios no serían un contrapeso efectivo porque, en la práctica, los derechos administrados por las EGC serían un insumo esencial para los usuarios. El repertorio que los usuarios necesitan no puede ser sustituido por otro.
- (vi) Cada usuario tiene una distinta valoración, disposición de pago o estrategia de uso respecto de los repertorios, lo que dificultaría que puedan negociar conjuntamente. En este sentido, los usuarios no podrían suplir su información imperfecta respecto del valor de los derechos intelectuales que necesitan.

- (vii) También señalan que, debido a que las EGC licencian un conjunto amplio de obras e interpretaciones, los usuarios se verían obligados a obtener licencias por repertorios completos, a pesar de que no los utilizarían en su totalidad.
- (viii) El que la normativa vigente permita la libre imposición de tarifas por parte de agentes que detentan el 100% de los mercados relevantes en los que participan como oferentes significaría que, en la práctica, las EGC fijen unilateralmente sus tarifas y exijan que los usuarios las acepten, sin siquiera explicar la racionalidad de las mismas.
- (ix) De esta forma, los vacíos existentes en la regulación fomentarían el ejercicio continuo de un poder de mercado sustancial o a lo menos supra dominante por parte de las EGC, en lo que se refiere a la fijación de tarifas a usuarios por concepto de licenciamiento de derechos de autor, conexos e intelectuales particulares establecidos en leyes especiales.

23. Estos mismos aportantes, en lo que respecta a la forma de determinar las tarifas por el uso de los derechos de autor, conexos y especiales particulares, señalaron que las EGC impondrían a sus usuarios tarifas excesivas, desproporcionadas y discriminatorias que no guardarían relación alguna con criterios objetivos para su determinación. Así, en la actualidad, la tarifa consistiría simplemente en un porcentaje sobre los ingresos brutos de los usuarios; imposición que demostraría el poder de mercado de las EGC. Además, señalaron que la multiplicidad de EGC generaría que los usuarios deban realizar variados pagos por un mismo concepto.

24. En cuanto al actual sistema de solución de conflictos, señalaron que su no implementación sería síntoma de su fracaso, pues su inaccesibilidad y mal diseño desincentivaría su uso y dejaría a los usuarios a merced de las EGC y de su práctica de fijación abusiva de tarifas. Además, criticaron que el sistema de "*oferta final*" limite al tribunal arbitral a la simple elección de una de las propuestas presentadas por las partes. Además, este sistema ubicaría el punto de partida de la negociación en la tarifa injusta y desproporcionada fijada inicialmente por la EGC y no permitiría a las asociaciones de usuarios discutir la procedencia del pago, sino que solo la cuantía del mismo. También cuestionaron que solo las asociaciones de usuarios sean quienes tienen la legitimación activa para iniciar este procedimiento, pues dejaría sin protección a los usuarios individuales que se vean afectados por una EGC o que no se sientan conformes con un convenio celebrado por su respectiva asociación.

25. Finalmente, también señalaron que los criterios establecidos en la LPI para determinar el monto de las tarifas operarían solo como una guía para el tribunal arbitral y no como una exigencia legal, atendida su calidad de árbitros arbitradores.

26. Atendido los argumentos expuestos, señalaron como posibles modificaciones a la actual regulación que las tarifas sean definidas por un órgano del Estado; que se amplíen los criterios para la determinación de las mismas; que los precios cobrados por las EGC sean justos y equitativos, fundados en el valor económico que los derechos administrados tienen en el mercado pertinente; la creación de una agencia a cargo de fijar las tarifas y de fiscalizarlas, así como la forma de distribución de los ingresos entre las EGC; que la FNE fiscalice las tarifas al momento de su determinación; flexibilizar el nombramiento de los mediadores y árbitros; y limitar el porcentaje de los ingresos totales que un usuario puede destinar como pago al conjunto de EGC por los derechos intelectuales que utilice, entre otras.

27. Asimismo, las siguientes EGC aportaron antecedentes al proceso: Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile ("EGEDA"), a fojas 244; Sociedad de Autores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos ("ATN"), a fojas 341; Unión Nacional de Artistas A.G. ("UNA"), a fojas 469; Corporación de Directores y Guionistas Audiovisuales E.G.C ("DYGA"), a fojas 589; Corporación de Actores de Chile ("Chileactores"), a fojas 604; Sociedad de Productores Fonográficos y Videográficos de Chile ("PROFOVI"), a fojas 647; y Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales ("SCD"), a fojas 774; quienes, en términos generales, desestimaron las afirmaciones antes expuestas y señalaron, en lo que respecta a la posición dominante o supuesto poder monopólico de las EGC, que:

- (i) La literatura económica consideraría que la intermediación que efectúan las EGC genera eficiencias para los participantes del mercado. Por una parte, centralizaría la representación de un mayor número de titulares, lo que permite otorgar licencias que den acceso a la explotación de un mayor número de obras y, por otra, reduciría los costos legales, de comercialización, de búsqueda, negociación y ejecución de los contratos de licencia.
- (ii) Entregar la administración de los derechos de autor, conexos o intelectuales particulares a una determinada EGC es una decisión libre y voluntaria

adoptada por el titular del respectivo derecho, que no restringiría su potestad de administrarlo de forma individual respecto de utilidades singulares.

- (iii) Además, la prohibición que tienen las EGC de negar la entrada a nuevos socios, limitaría el ejercicio de poder monopólico por la vía de reducir el nivel de producción.
- (iv) Existirían adecuados contrapesos en la legislación, como el hecho de que las EGC deban publicar sus tarifas en el Diario Oficial y solo puedan diferenciarlas según categorías de usuarios. Además, la ley establece el uso efectivo del repertorio que administran como criterio para la determinación de tarifas.
- (v) También sería un contrapeso efectivo el hecho que la LPI permita a los usuarios negociar colectivamente con las EGC las tarifas que deben pagar por los derechos que utilizan. En efecto, la SCD, la EGC con mayor historia y número de afiliados de Chile, tendría 21 convenios tarifarios, lo que representa un 88% del total de su recaudación (foja 805).
- (vi) Finalmente, señalaron que, si bien la ley permite la gestión colectiva de los derechos intelectuales, no consagra su exclusividad, toda vez que permite la creación de distintas EGC en una misma categoría de obra o derecho.

28. En lo que respecta al sistema de fijación de tarifas, entre los antecedentes aportados por estas entidades, se indicó que sí se observarían criterios objetivos para su determinación, como el uso efectivo y la amplitud del repertorio; y que, de todas formas, la fijación de una tarifa en base a los ingresos del usuario no determinaría *prima facie* una situación de abuso de poder.

29. En cuanto al sistema de mediación y arbitraje, indicaron que la no implementación del sistema es precisamente la muestra de su éxito, toda vez que su objetivo es que las partes resuelvan sus diferencias bilateralmente y de manera extrajudicial. Asimismo, la literatura económica lo avalaría como un sistema que incentiva a las partes a hacer propuestas razonables. Por otra parte, en lo que respecta a la legitimación activa, se señaló que permitir que usuarios individuales acudan directamente al sistema de mediación y arbitraje, debilitaría el poder de negociación de las asociaciones de usuarios frente a las EGC, así como la lógica actual del sistema.

30. Entre los antecedentes aportados por estas entidades, se señaló como propuesta que sería conveniente establecer reglas concretas de buena fe en la negociación y permitir que las EGC pudiesen iniciar los procesos de mediación y arbitraje, pues, en algunos casos (*v.gr.* ANATEL), el poder de negociación reside en los usuarios, quienes dilatan los procesos de negociación y no actúan con la buena fe debida. Asimismo, señalaron que, si se quieren incorporar más criterios para la determinación de tarifas, éstos deben mirar la situación de los titulares de derechos, la situación económica de la EGC y sus asociados, o la relación histórica con el usuario o asociación de usuarios, entre otras (fojas 636 a 638).

31. Finalmente, algunos aportantes criticaron la Solicitud, señalando que lo planteado en ella no envolvería un real problema de competencia, sino que una discusión de carácter meramente distributivo; y que, por lo demás, la Solicitante no ha aportado evidencia alguna de las supuestas ineficiencias que señala, basando su Solicitud solo en conjeturas y especulaciones. Por otra parte, las modificaciones legislativas propuestas por ANATEL implicarían un detrimento de los derechos establecidos en favor de los titulares de las obras protegidas por el derecho de autor.

32. Del mismo modo, indicaron que la Solicitud pretendería que se modifique el sistema de negociación bilateral con el que se determinan actualmente las tarifas, por uno en que éstas sean fijadas por un tercero.

33. A fojas 206, aportó antecedentes el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (“INAPI”), organismo autónomo que tiene actualmente “*tuición*” (*sic*) sobre patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños y dibujos industriales, topografías de circuitos integrados, denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

34. Sostiene que sería altamente recomendable que existiera una agencia que agrupara todos los temas de propiedad intelectual; y en ese sentido considera evidente que la institucionalidad del derecho de autor deba incorporarse a INAPI, dado que cuenta con la infraestructura tecnológica y física necesarias, así como con los profesionales y áreas de trabajo acordes a una institucionalidad robusta.

35. Agrega que, a diferencia de lo que ocurre en materia de propiedad industrial, la unidad del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural destinada a la materia no cuenta con la autonomía, presupuesto ni recursos humanos suficientes para hacer frente a todos los desafíos y responsabilidades que exige el sistema de propiedad intelectual en el contexto global y nacional. Asimismo, el Departamento de Derechos Intelectuales (“DDI”) tampoco cuenta con capacidad para supervisar el trabajo de

las EGC de manera de garantizar el adecuado respeto de los titulares de derechos ni velar por el acceso apropiado al conocimiento, obras y otras expresiones culturales por parte de los ciudadanos.

36. Concluye que la creación de un ente con mayores funciones ayudaría a solucionar los temas pendientes sobre la gestión de estos derechos, dando apoyo a las EGC que lo necesiten, pero también velando por la continuidad de un correcto funcionamiento. En ese sentido, insiste en que la idea de tener un Instituto Nacional de Propiedad Intelectual a cargo de los derechos de propiedad industrial y del derecho de autor permitiría fortalecer un sistema que ha estado históricamente dejado de lado.

37. A fojas 827, aportó antecedentes la FNE, indicando que se generan claras eficiencias si la administración de los derechos de autor, conexos y especiales particulares se realiza a través de las EGC, principalmente debido a la reducción de los costos de transacción asociados a estos derechos.

38. Respecto al eventual poder monopólico y sin contrapesos que tendrían las EGC, la FNE destaca que en la actualidad existen ocho entidades de este tipo, de las cuales dos participarían en un mismo grupo de titulares de derechos (ATN y DYGA); y que presentan distintas realidades entre ellas.

39. Lo anterior, por cuanto entre las EGC existirían diferencias significativas en (i) los tipos de derechos que gestionan; (ii) su fecha de constitución; (iii) los ingresos que perciben; y (iv) la fuerza de cobro que poseen, entre otros. Por lo tanto, *a priori*, no podría advertirse el ejercicio de un poder monopólico sin contrapeso, por parte de todas las EGC. Además, este poder dependería, entre otras cosas, de la valoración que los usuarios le otorgan a las obras o creaciones artísticas, y de la relevancia y/o necesidad que tenga el uso de determinadas licencias para sus respectivos giros.

40. En relación con el sistema de solución de controversias, la FNE sostiene que diversos agentes concuerdan en que no ha sido utilizado, pero difieren respecto a las causas que ocasionan esta situación, lo que se verá en detalle en el párrafo 48 de la sección IV, *infra*.

41. También agrega que, si bien los requisitos exigidos en el artículo 100 bis de la LPI para ser mediador o árbitro en estas materias no pueden ser considerados como barreras relevantes a la entrada, tal vez sea necesario incentivar y difundir la inscripción en estos cargos, a efectos de robustecer el sistema. Agrega que, desde

el 2011, año en que se implementó el sistema, existen 4 mediadores/árbitros inscritos, lo que permitiría inferir que, al menos en términos teóricos, cualquier asociación de usuarios pudo iniciar una mediación obligatoria con las EGC.

42. Con todo, señala que cualquier modificación a este sistema debiese tender a resguardar su eficiencia y eficacia, contemplando la necesidad y conveniencia social de, eventualmente, judicializar y/o alargar este tipo de controversias, por ejemplo, sometiénolas a un arbitraje convencional.

43. Finalmente, concluye que establecer un procedimiento de reclamo para titulares, usuarios y EGC podría reforzar la transparencia y buenas prácticas de estas últimas. Asimismo, advirtió la ausencia de un organismo fiscalizador para conocer de las infracciones a la ley, reglamentos o estatutos internos que puedan cometer las EGC, usuarios u otros.

44. A fojas 1252 aportó antecedentes el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. En su presentación realiza algunas precisiones en relación con los antecedentes aportados a este expediente por INAPI e indica que no se deben confundir las competencias que corresponden a cada órgano público, atendidas las materias que el legislador ha colocado en la esfera de sus respectivas atribuciones. Así, en propiedad intelectual, el objeto de regulación son los derechos de autor y conexos; mientras que, en propiedad industrial, se protegen los derechos sobre patentes de invención, marcas comerciales, dibujos y diseños industriales, modelos de utilidad, e indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

45. En materia de tarifas, el aportante realiza un análisis de la LPI, identificando una serie de disposiciones referidas a tarificación, resaltando, a su juicio, los aspectos más relevantes de cada norma citada. Asimismo, expone opiniones doctrinales y presenta un cuadro que resume las tarifas de las principales EGC presentes en el país, así como también ejemplos de tarificación a nivel internacional.

46. A fojas 1367 aportó antecedentes el DDI, quien señala en su presentación que tiene a su cargo el Registro de la Propiedad Intelectual en Chile (de derechos de autor y conexos), la atención de consultas e informes que formulen o soliciten los particulares y los servicios públicos, así como el asesoramiento del Gobierno en todo lo relativo a derechos de autor, derechos conexos y otras materias afines.

47. Señala que la denominación "*sobre propiedad intelectual*" otorgada a la Ley N° 17.336, se encuentra desactualizada, pues esta ley versa solo sobre aspectos relativos a derechos de autor y conexos, lo que genera confusión entre los usuarios

pues dicha denominación se aleja de la clara distinción que existe a nivel internacional entre dos ramas de un mismo sistema que, en su conjunto, se conoce como "*propiedad intelectual*". En efecto, este sistema se encuentra compuesto, por una parte, por la rama de los derechos de propiedad industrial y, por otra, por la rama de los derechos de autor y los derechos conexos. En atención a ello, señala que sería un gran avance considerar un cambio de nombre para esta normativa, a fin de que, en definitiva, se llame "*Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*".

48. También hace referencia al derecho común y a la legislación especial aplicable a los derechos de autor y conexos, describe el objeto protegido por la ley, menciona las facultades específicas de los titulares de estos derechos y expone la llamada regla de balance. Asimismo, se refiere a las EGC, su forma de constitución, la forma en que fijan sus tarifas y al sistema de resolución de controversias aplicable en esta materia. Respecto a los procedimientos de mediación y arbitraje contemplados en la LPI, indica que no tiene conocimiento sobre cuáles han sido las razones que han llevado a los legitimados activos a prescindir de su utilización.

49. Concluye que, atendida la normativa vigente, el DDI no tiene dentro de su competencia la labor de supervigilar o fiscalizar el actuar de las EGC. En consecuencia, señala que corresponderá a la máxima autoridad ministerial definir y proponer si, para apoyar de mejor manera la ejecución de las políticas públicas sectoriales, es necesario traspasar funciones desde el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio al DDI o crear una alternativa institucional diferente.

50. En el proceso, además, se presentaron los siguientes informes:

- (i) Informe económico titulado "*Análisis económico del mercado de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares*", elaborado por Juan Pablo Montero, Carlos Poblete, Isabel Encina y Nicolás Rey, acompañado por ANATEL a fojas 1504;
- (ii) Informe económico titulado "*Evaluación competitiva de la gestión colectiva de los derechos de autor*", elaborado por Aldo González, acompañado por SCD a fojas 1539; y
- (iii) Informe en derecho titulado "*Opinión legal sobre cuestiones relativas a la solicitud de la Asociación Nacional de Televisión A.G. (ANATEL) ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*", elaborado por Santiago Schuster, acompañado por SCD a fojas 1737.

III. Audiencia Pública

Según consta a fojas 2021, el 20 de marzo de 2019 se realizó la audiencia pública decretada a fojas 1436, la que continuó el 21 de marzo del mismo año. En la referida audiencia, los apoderados de la solicitante ANATEL y de los siguientes aportantes de antecedentes manifestaron su opinión: CNC, ARCHI, Promega, Mega, Entel, Movistar, Hoteleros de Chile, DirecTV, VTR, Claro, CAEM, Acceso y TV, ATN, UNA, DYGA, Chileactores, PROFOVI, SCD, FNE y EGEDA.

IV. Análisis del ejercicio de la facultad de recomendación normativa

De conformidad con los antecedentes aportados a este expediente de recomendación normativa, así como aquellos entregados en la audiencia pública correspondiente, los Ministros que suscriben esta resolución estiman que en este caso no resulta procedente ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 por cuanto no se cumple la hipótesis normativa prevista en dicha disposición legal y, en particular, en consideración a las razones que se señalan en lo sucesivo.

A. Objeto del procedimiento de autos

1. El numeral 4) del artículo 18 del D.L. N° 211 otorga a este Tribunal la facultad no jurisdiccional de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios que sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas (“facultad propositiva”).

2. Como se ha señalado en diversas oportunidades (v.gr. Resolución N° 178/2018 que puso término al ERN N° 24-2018 y Proposición N° 15/2014), el ejercicio de dicha facultad es una decisión privativa y discrecional de este Tribunal, la que se tramita bajo el procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211. Asimismo, en su ejercicio, se deberá *“tomar en consideración los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa [...] tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador”* (H. TDLC, Proposición 17/2015, párrafo 119).

3. En el ejercicio de la facultad propositiva que el D.L. N° 211 confiere a este Tribunal, se deben distinguir dos supuestos para que ella pueda ser ejercida. En el primero, cuando se trata de proponer la modificación o derogación de un texto legal o reglamentario, éste debe ser contrario a la libre competencia. En el segundo, en cambio, el supuesto para solicitar la dictación de una norma legal o reglamentaria radica en la necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Sin embargo y como se verá, del examen de los antecedentes aportados en autos se concluye que la solicitud no descansa en ninguno de los supuestos que contempla la ley para que pueda formularse una proposición normativa, razón por la cual esta facultad no será ejercida.

4. Tal como se señaló en la resolución de inicio (foja 145), este expediente tiene por objeto evaluar la pertinencia y oportunidad de ejercer la facultad propositiva respecto de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración. En particular, se debe determinar (i) si los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual ("LPI") efectivamente son contrarios a la libre competencia; y (ii) si es necesaria la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de la actividad económica en que incide este expediente, en caso que se estuviera prestando en condiciones no competitivas.

B. Breve descripción de la gestión de los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración

5. En forma previa al análisis sobre la procedencia del ejercicio de la facultad propositiva y a efectos de una mejor comprensión de la Solicitud, en esta sección se describe someramente la forma cómo son administrados en Chile los derechos de autor, conexos, intelectuales particulares y especiales de remuneración.

6. El 17 de septiembre de 1992 se publicó la Ley N°19.166, que introdujo una serie de modificaciones a la LPI en lo que respecta a la administración de los derechos patrimoniales de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes chilenos. Según dispone su Mensaje, *"esta administración, desde el año 1948, ha sido realizada por la Universidad de Chile, a través del Departamento del Pequeño Derecho de Autor [...] lo que en la práctica ha implicado distanciarse de la posición sostenida por la doctrina y la mayoría de las legislaciones internacionales, en cuanto a que la administración de los derechos de los autores o sus derecho habientes,*

debe realizarse por medio de organizaciones autorales, de carácter privado y autónomo" (Historia de la Ley N°19.166, Boletín 199-04, Mensaje Presidencial, página 3).

7. En razón de lo anterior, se generó una solución de carácter transitorio, en virtud de la cual, *"la Universidad de Chile, los autores y artistas constituyeron una corporación privada, denominada Sociedad Chilena del Derecho de Autor, dirigida por los mismos creadores e intérpretes nacionales, que se formó con el objeto de asistir al Departamento del Pequeño Derecho de Autor en las labores de cobro"* (*Ibid.*, página 3).

8. Atendida esta realidad, la Ley N°19.166 finalmente sustituyó el sistema de administración vigente hasta ese entonces por uno nuevo que contemplaba explícitamente la posibilidad de gestionar de manera colectiva los referidos derechos. Así, el objetivo central de esta reforma fue regular la creación de corporaciones de derecho privado, denominadas entidades de gestión colectiva ("EGC"), *"a las cuales los titulares de derechos de autor, podrán confiar la administración y protección de sus derechos patrimoniales; sin perjuicio de que dichos titulares puedan optar por la administración de sus obras en forma individual respecto de utilizaciones singulares de ellas"* (*Ibid.*, página 3).

9. Como fue señalado por la Solicitante, existe abundante literatura económica que ha aceptado esta modalidad de gestión de derechos, por cuanto, sería una *"manera eficiente de negociar tarifas o remuneraciones, cobrarlas, repartirlas y detectar usos no autorizados, cuestión que los titulares individuales no podrían hacer por sí solos"* (fojas 96 y 97). Asimismo, el Departamento de Derechos Intelectuales, entidad estatal actualmente encargada de gestionar los registros relacionados con los derechos de autor y conexos, señaló en autos que la incorporación de las EGC, *"se debió a su capacidad de acción ante la amplitud que estaba alcanzando la utilización de derechos en múltiples lugares y en amplios territorios, tanto a nivel nacional como internacional"* (foja 1367 bis 24).

10. Así, conforme con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.166 a la LPI, actualmente estos derechos pueden ser administrados de manera individual o colectiva. En efecto, los artículos 91 y 21 de la LPI disponen que la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos sólo podrá realizarse por las EGC y que en ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de *"utilizaciones singulares"*.

11. En lo que respecta a la creación y funcionamiento de estas entidades, la LPI señala que deben constituirse como corporaciones chilenas de derecho privado, en conformidad con lo previsto en el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, y su objeto social sólo podrá consistir en la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos de autor y conexos (artículo 92). Para dar inicio a estas actividades, las EGC requieren de una autorización previa del Ministro de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

12. A este respecto cabe señalar que, si bien la LPI en esta materia sólo hace referencia a los llamados derechos de autor y conexos, la Ley N° 20.243 reconoce a los actores un derecho especial de remuneración por sus ejecuciones artísticas, atendida su calidad de intérpretes audiovisuales; y dispone que el cobro de esta remuneración también podrá efectuarse a través de la EGC que los represente (artículo 4°, Ley N° 20.243). Por su parte, la Ley N° 20.959 extiende este derecho especial de remuneración a los directores y guionistas de obras audiovisuales.

13. En relación con la administración de estos derechos, la LPI dispone que las EGC están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con sus objetivos o fines (artículo 97), y a contratar, con quien les solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de estos derechos, de acuerdo a las tarifas generales que establezcan (artículo 100, inciso primero).

14. Adicionalmente, la Ley N° 19.166 establece que los usuarios de estos derechos, representados por asociaciones con personalidad jurídica (llamadas comúnmente "*asociaciones de usuarios*"), pueden negociar planes tarifarios alternativos directamente con las EGC.

C. Análisis de la posible existencia de preceptos legales o reglamentarios contrarios a la libre competencia

15. En términos generales, los artículos 100, 100 bis y 100 ter de la LPI regulan el procedimiento de fijación y negociación de tarifas por el uso de los derechos de propiedad intelectual administrados por las EGC, por una parte, y, por otra, establecen un mecanismo para resolver los conflictos que pudieran surgir respecto al monto que las asociaciones de usuarios deben pagar por el uso de los referidos derechos.

16. Sin embargo, para determinar si la regulación del procedimiento de fijación y negociación de tarifas es contraria o no a la libre competencia, ella debe ser examinada conjuntamente con el mecanismo de solución de conflictos, pues, como se verá, su estructura y diseño impactan directamente en las decisiones y estrategias que deben tomar las EGC y las asociaciones de usuarios en la fijación o negociación de las tarifas. Atendido lo anterior, en las secciones (i) y (ii) siguientes se analizará el funcionamiento, estructura y regulación de los procesos de fijación de tarifas y solución de controversias.

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

17. En lo que respecta a la fijación y negociación de tarifas, el artículo 100 de la LPI señala que las EGC, a través del órgano de administración previsto en sus estatutos, están facultadas para fijar las tarifas generales por el uso de los derechos que administran, las cuales pueden ser diferenciadas según categorías de usuarios. Estas tarifas rigen a contar de su publicación en el Diario Oficial.

18. Como fue señalado por el Departamento de Derechos Intelectuales, “*la determinación de las tarifas aplicables por las entidades de gestión colectiva, constituyen un elemento esencial para su funcionamiento. Dichas tarifas, generales o especiales, son definidas por cada una de ellas, no se encuentran sujetas a ninguna norma imperativa dentro de la legislación especial que predetermine su monto ni son objeto de aprobación administrativa [...]*” (foja 1367 bis 30). Lo anterior, con la salvedad de aquellas tarifas correspondientes a usuarios con obligación de “*confeccionar planillas*” (v.gr. empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y organismos de radiodifusión, según el artículo 100, inciso séptimo, de la LPI), las que deben determinarse en relación con la utilización de las respectivas obras, interpretaciones o fonogramas (inciso quinto del mismo artículo).

19. Como se anticipó en el párrafo 14, este procedimiento, en principio unilateral, también contempla la posibilidad que los usuarios, agrupados en asociaciones, negocien directamente con las EGC planes tarifarios alternativos, a los cuales puede adscribirse cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría.

20. Así, el procedimiento de determinación de tarifas descansa, en primer término, en la fijación tarifaria efectuada por las EGC, que puede ser aceptada lisa

y llanamente por los usuarios; y, luego, en la posibilidad de negociar bilateralmente con las asociaciones de usuarios interesadas en alcanzar un acuerdo tarifario alternativo a la tarifa inicialmente fijada.

21. Como se puede apreciar, el proceso de fijación de tarifas no es contrario a la libre competencia porque si bien contempla una etapa inicial donde las EGC pueden determinar unilateralmente, posteriormente la regulación prevé un espacio de negociación en el que tales entidades no se ven particularmente favorecidas. Ello se evidencia, de acuerdo con los antecedentes aportados al proceso y según se expone en detalle en el párrafo 47 *infra*, en el hecho que algunos usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGC (*v.gr.* SCD foja 777 y EGEDA, foja 259).

ii. *Sistema de solución de conflictos tarifarios surgidos entre EGC y asociaciones de usuarios.*

22. Los artículos 100 bis y 100 ter de la LPI establecen un sistema de solución de los conflictos que puedan surgir con ocasión del monto de las tarifas que deben pagar las asociaciones de usuarios por el uso de derechos de propiedad intelectual administrados por las EGC. Estas normas regulan principalmente (i) la estructura del procedimiento de solución de conflictos; (ii) quién puede iniciarlo; (iii) su duración; (iv) la composición del tribunal que dirimirá la controversia; y (v) los criterios que deben observarse para su adecuada resolución.

23. En lo que respecta a su estructura, el sistema contempla una primera etapa de mediación y una segunda de arbitraje. La primera etapa solo puede ser iniciada por las asociaciones de usuarios, atendido que el inciso primero del artículo 100 bis de la LPI les otorga una legitimación activa exclusiva, al disponer que *“las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos, que no hubiesen alcanzado un acuerdo con una entidad de gestión colectiva sobre el monto de la tarifa, deberán someter la controversia a mediación, la que será obligatoria para ambas partes”*. Luego, si esta mediación fracasa total o parcialmente, la asociación de usuarios o la EGC respectiva pueden requerir que el o los asuntos controvertidos sean sometidos a un arbitraje.

24. Considerando lo anterior, este sistema de solución de conflictos puede ser comprendido como una herramienta al servicio de las asociaciones de usuarios en sus negociaciones con las EGC. Su diseño intenta, por un lado, disuadir la fijación

de tarifas desproporcionadas o abusivas por parte de las EGC y, por otro, incentivar la concreción de acuerdos tarifarios.

25. De hecho, la creación del sistema buscó expresamente desincentivar la materialización de prácticas contrarias a la libre competencia. Como se indica en la Historia de la Ley N° 20.435, su creación tuvo por objeto contrarrestar cualquier eventual poder de mercado que pudieran tener las EGC (Historia de la Ley N° 20.435, Informe de Comisiones Unidas, página 99).

26. Aclarado que el objeto de este sistema de solución de controversias fue impedir la comisión de prácticas anticompetitivas, a continuación, se analizará si las disposiciones que consagran las diversas partes del sistema son contrarias a la libre competencia.

27. En primer término, los plazos establecidos en la LPI permiten sostener que se trata de un sistema de solución de conflictos expedito, toda vez que el procedimiento de mediación puede extenderse por un máximo de 60 días (artículo 100 bis, inciso quinto) y el tribunal arbitral debe dictar su fallo también dentro de 60 días, contados desde su constitución (artículo 100 ter, inciso décimo primero). Las asociaciones de usuarios tienen la posibilidad de utilizar, mientras dure el arbitraje, el repertorio o registro cuya tarifa fue controvertida, pagando las tarifas vigentes con anterioridad al arbitraje o, si no las hubiese, aquellas fijadas por la EGC conforme a la ley, con las correspondientes reliquidaciones que procedan al momento de la dictación del fallo arbitral. Por tanto, en materia de plazos, no existen normas que atenten contra la libre competencia o potencialmente puedan ir en contra de ella.

28. Luego, la composición del organismo que dirime la controversia tampoco es, en sí misma, contraria a la libre competencia. En efecto, la LPI dispone que la mediación es llevada a cabo por un mediador nombrado de común acuerdo por las partes, o en caso de no haber acuerdo, por el juez de letras en lo civil del domicilio de la EGC respectiva. Por su parte, el tribunal arbitral que dirime, en caso de que fracase la mediación, está integrado por tres árbitros arbitradores, dos de los cuales son designados por cada una de las partes y el tercero de común acuerdo por éstas. A falta de acuerdo o en ausencia del nombramiento de una de las partes, el árbitro es nombrado por la justicia ordinaria.

29. El mediador y los árbitros deben estar previamente inscritos en el Registro de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual (artículo 100 bis inciso tercero y artículo 100 ter inciso tercero). Al respecto, si bien la Solicitante y los agentes

económicos consultados por la FNE (fojas 120 y 879) concuerdan en que existe un bajo número de personas inscritas en el registro, el análisis de los requisitos exigidos por la LPI para ser incorporados a él muestra que éstos son razonables y de fácil cumplimiento. En efecto, el inciso primero del artículo 100 bis de la LPI solo exige a los interesados “*contar con un título profesional, con al menos cinco años de ejercicio profesional y con experiencia calificada en el ámbito de la propiedad intelectual o en el área de la actividad económica*” (sic). Por tanto, estos requisitos no constituyen una barrera a la entrada o un impedimento real para llegar a ser mediador o árbitro, aspecto con el que concuerda la FNE cuando señala que ellos “*no pueden ser considerados como barreras relevantes*” (foja 880).

30. Por último, como se señaló, la LPI regula tanto la forma en que los árbitros deben fallar una controversia, como los criterios que deben observar para resolverlas. Como se verá, ninguno de estos aspectos vulnera en sí mismo la libre competencia.

31. Por una parte, respecto a la forma de fallar, la LPI establece que los árbitros deben limitarse a optar exclusivamente por una de las propuestas tarifarias entregadas por cada parte (artículo 100 ter, inciso noveno). Estas propuestas deben ser entregadas en un sobre cerrado, junto con las pruebas y antecedentes que las sustentan, así como las utilidades respecto de las cuales se aplican. Esta forma de resolución de conflictos es conocida como “*sistema de arbitraje de última oferta*” o “*final offer arbitration*”.

32. Esta modalidad incentiva a las partes de un conflicto (en este caso, las asociaciones de usuarios y EGC) a formular propuestas mesuradas al árbitro para evitar el riesgo de su completo rechazo y la elección de la propuesta formulada por la contraparte. Siendo así, y al igual que respecto de los elementos anteriores del sistema (plazo y composición), las normas en este caso no pueden ser consideradas contrarias a la libre competencia.

33. A mayor abundamiento, la literatura económica reconoce los beneficios de un sistema de oferta final. Así, se ha señalado que “*la evidencia de que bajo el mecanismo de arbitraje de última oferta las tasas de celebración de acuerdos son mucho mayores que las que existirían bajo un mecanismo de arbitraje convencional es consistente tanto en estudios de campo como en experimentos de laboratorio*” (Max H. Bazerman y Henry S. Farber. *Divergent expectations as a cause of disagreement in bargaining: evidence from a comparison of arbitration schemes*. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 104, N° 1, febrero, 1989, página 100.

Traducción libre). Ello, debido a que en el arbitraje de última oferta *“es posible asumir que el árbitro elige la oferta final más cercana al acuerdo que él cree que es justo. Así, la incerteza de las partes respecto de qué es lo que el árbitro cree que es lo justo las incentiva a negociar acuerdos”* (Henry S. Farber. *An analysis of final offer arbitration*. The Journal of Conflict Resolution. Vol. 24, N° 4, diciembre, 1980, página 684. Traducción libre).

34. De igual modo, los informes económicos aportados al proceso concuerdan con las ventajas que supone el sistema de arbitraje de última oferta. Por ejemplo, el informe económico presentado por la SCD señala que *“[este sistema] obliga naturalmente a las partes a acercar posiciones, a diferencia de otros mecanismos arbitrales, donde se debe buscar una solución intermedia entre las posiciones en disputa. Bajo el mecanismo de última oferta una posición desmedida tiene un costo para quien la propone, pues existe una alta probabilidad que sea desechada por el árbitro, aceptándose la oferta de la contraparte”* (foja 1518). Por su parte, si bien el informe económico aportado por ANATEL tiene reparos respecto de la aplicabilidad de este sistema en relación con la estructura tarifaria sobre la cual operaría, reconoce que *“en caso de disputas por la determinación de tarifas de derechos de propiedad intelectual, consideramos que para esta industria un esquema de final offer arbitration sería beneficioso, toda vez que la revelación de las partes y su convergencia entregan importante información al proceso”* (foja 1496).

35. En un sentido similar se pronunció la FNE, en su resolución de 30 de agosto de 2017, que aprobó la operación de concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., al señalar que *“el hecho de que el árbitro deba escoger una de ambas propuestas, según cuál 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”* (FNE, informe de aprobación, Rol FNE, F-81-17, párrafo 90).

36. Asimismo, atendidas sus ventajas, el sistema de oferta final ha sido adoptado en la legislación nacional para solucionar los conflictos a que se refiere el artículo 19 bis de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, y los referidos en el artículo 211 del D.F.L N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L N°1, de Minería, de 1982, de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica, *“Ley General de Servicios Eléctricos”*. En el expediente no consta que algunas de las normas relativas a este sistema de arbitraje en estos sectores haya, hasta ahora, sido cuestionada desde la perspectiva de la libre competencia.

37. Por otra parte, en lo que respecta a los criterios que deben guiar la resolución del arbitraje, la LPI obliga a los árbitros a considerar ciertos criterios objetivos cuando resuelven la controversia relativa al monto de las tarifas asociadas a la utilización del repertorio de las EGC. La LPI enuncia a modo ejemplar algunos, como la categoría del usuario; el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio o registro de la entidad; la importancia del repertorio en la actividad de los usuarios de esa categoría; y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas en un proceso anterior (artículo 100 ter, inciso séptimo). Como el listado de criterios propuestos no es taxativo, las partes también pueden fundamentar sus propuestas tarifarias en otros que sean razonables y generalmente aceptados en la industria, como por ejemplo “*el uso efectivo*” en aquellos casos que sea pertinente. Esto demuestra que se trata de un sistema flexible y adaptable a eventuales cambios de prácticas comerciales, así como a la situación particular del derecho que se está tarifando y su respectiva utilización por parte de los usuarios.

38. Ahora bien, si bien es cierto que el mencionado artículo 100 ter, inciso séptimo, no obliga explícitamente a las EGC a incluir dichos criterios en la fijación inicial de sus tarifas, resulta razonable asumir que estos se tienen en cuenta tanto en la fijación de la tarifa inicial realizada por dichas entidades, como en las ofertas y contra ofertas que se intercambian con las respectivas asociaciones de usuarios en el marco de las negociaciones de tarifas. Lo anterior por cuanto las asociaciones de usuarios siempre podrán gatillar un procedimiento de solución de conflictos que, de no terminar por mutuo acuerdo, finalizará con una sentencia arbitral que sí considerará dichos criterios, atendido el mandato legal que pesa sobre los árbitros.

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

D. Análisis de la necesidad de dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios

40. Como fue señalado, la facultad propositiva de este Tribunal no se limita a proponer la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios cuando ellos son contrarios a la libre competencia, sino también comprende la posibilidad de proponer la dictación de aquellos que se estimen necesarios para fomentarla o regular el ejercicio de una actividad que se preste en condiciones no competitivas.

41. A este respecto, cabe señalar que el proyecto de ley que finalizó con la dictación de la Ley N° 20.435 se hizo cargo de materias y consideraciones relacionadas con la libre competencia y tuvo como objetivo, entre otros, alcanzar “*el equilibrio entre el derecho a cobrar por la utilización de obras y el control del abuso que pudiesen llegar a ejercer entidades de gestión con posición dominante en el mercado*” (Historia de la ley N° 20.435, Mensaje Presidencial, boletín 5012-03, página 13).

42. Parte de las propuestas contenidas en dicho proyecto se inspiraron en la Resolución N° 513/1998, dictada por la Honorable Comisión Resolutiva, según fue reconocido explícitamente en la Historia de la Ley N° 20.435 (*Ibíd.*, p. 13). En la referida resolución, se acordó requerir del Ejecutivo el patrocinio a una serie de modificaciones reglamentarias y legales tendientes a (i) establecer expresamente 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; (ii) disminuir el porcentaje de a lo menos un 20% exigido por la ley para autorizar la creación y funcionamiento de nuevas EGC relacionadas con la creación musical; y (iii) que las tarifas fueran fijadas de mutuo acuerdo por las partes interesadas o, en su defecto, por un tribunal arbitral.

43. Muchas de estas propuestas fueron recogidas en la Ley N° 20.435, la que finalmente consideró (i) incorporar el criterio de uso efectivo en relación con los usuarios obligados a confeccionar planillas; (ii) eliminar la posibilidad de que las EGC establezcan tarifas especiales y, con ello, la posibilidad de que se originen potenciales discriminaciones injustificadas; (iii) incorporar la posibilidad de fijar tarifas generales susceptibles de diferenciación por categoría de usuario; y (iv) establecer que las tarifas deben originarse producto de un acuerdo entre las partes interesadas o en su defecto mediante arbitraje. Estas modificaciones se incorporaron en el artículo 100 y dieron lugar a los nuevos artículos 100 bis y 100 ter de la LPI, ya explicados en el acápite letra C anterior.

44. Así, se puede apreciar que los problemas de libre competencia advertidos en el anterior diseño institucional del procedimiento de fijación y negociación de tarifas fueron tomados en consideración durante la tramitación previa a la dictación de la Ley N° 20.435.

45. No obstante, los antecedentes aportados al proceso permiten constatar que el sistema de mediación obligatoria y arbitraje no ha sido utilizado hasta la fecha por

las asociaciones de usuarios, hecho respecto del cual existe consenso entre los diversos agentes, pero no de las razones que lo ocasionan (FNE, foja 879).

46. Por una parte, se ha indicado que la razón sería que el sistema estaría cumpliendo con su propósito, toda vez que el hecho de que las asociaciones de usuarios no sometieran las tarifas a arbitraje sería indicativo de que las partes logran acuerdos antes de someter el asunto al mecanismo de solución de controversias y que, en caso de desacuerdos, sus posiciones serían moderadas atendido los incentivos propios del mismo mecanismo (*v.gr.* SCD, foja 776; DYGA, foja 594; y ATN, foja 351).

47. Adicionalmente, tal como se indicó en el párrafo 21 de la sección IV, algunos usuarios estarían siendo beneficiados por la celebración de planes tarifarios alternativos más convenientes que las tarifas generales fijadas por las EGC. En efecto, la FNE señala que en el caso de ARCHI existiría un convenio que replica las tarifas generales con hasta un 20% de descuento, y que, en el caso de SCD, en algunas categorías de usuarios, ninguna de las empresas pagaría la tarifa máxima establecida (FNE, foja 861). Finalmente, también se ha sostenido que las asociaciones de usuarios no utilizarían el sistema simplemente porque no tienen interés de pagar por las licencias de los derechos utilizan (*v.gr.* EGEDA, foja 262).

48. Por otra parte, en contraposición a los argumentos anteriores, ha sido indicado por otros intervinientes que la no utilización del sistema se debería a sus falencias, entre las que se encontrarían las siguientes: (i) el registro de mediadores y árbitros de propiedad intelectual no cuenta con el número mínimo de inscritos requerido para operar (*v.gr.* ANATEL, foja 120 y Entel, foja 689); (ii) la falta de legitimación activa de los usuarios individuales para iniciar el procedimiento de mediación (*v.gr.* ANATEL, foja 123; Entel foja 689; y VTR, foja 909); (iii) que no se entregan al tribunal arbitral facultades para ejercer lo que llaman “*verdadera jurisdicción*”, al reducir su decisión a la simple elección de una de las propuestas de las partes (*v.gr.* ARCHI, foja 382; Promega, foja 534 y Entel, foja 689); y (iv) que se trataría de un sistema impracticable, atendida la regulación sobre honorarios que le es aplicable (*v.gr.* VTR Comunicaciones, foja 909).

49. Sin perjuicio de que no se cuentan con antecedentes suficientes que permitan a este Tribunal emitir un juicio sobre el funcionamiento en la práctica de este sistema, las supuestas falencias del mismo que algunos aportantes han señalado, de existir, no tienen su origen en un diseño institucional contrario a la libre

competencia, como fue analizado en el acápite letra C precedente, por lo que no se justifica ejercer la facultad propositiva.

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

SE RESUELVE: No ejercer la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol ERN N° 25-18



Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat. y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. No firma la Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez por encontrarse ausente, sin perjuicio de haber participado en la audiencia pública de este expediente de recomendación normativa y haber concurrido con la decisión adoptada. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.



Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

