

ANT.: Denuncia de Corporación de Actores contra Anatel. Rol N° 1832-11 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo (I).

Santiago, 3 - OCT 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por medio de la presente, esta División informa al Sr. Fiscal Nacional Económico acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando disponer el archivo de los antecedentes, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 3 de febrero del presente, la Corporación de Actores de Chile (en adelante, "**Chileactores**"), representada por el abogado Sr. [REDACTED], denunció a la Asociación Nacional de Televisión A.G. (en adelante, "**Anatel**"), por supuestas acciones contrarias a la libre competencia efectuadas en el marco del procedimiento de cobro de tarifas, establecido en la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en relación con la Ley 20.243.
2. Chileactores, es una "*corporación de derecho privado, sin fines de lucro, que agrupa y representa a los actores cuyas actuaciones son fijadas en soportes audiovisuales y posteriormente emitidas por los medios de comunicación audiovisuales*"¹.
3. Anatel, por su parte, de acuerdo a sus estatutos, es la asociación gremial que reúne a los canales de televisión abierta en Chile. Los miembros de esta

¹ De acuerdo al documento de protocolización tarifas Chileactores, Enero 2009.

asociación son: Telecanal, La Red Televisión, UCV Televisión, TVN, Megavisión, Chilevisión y Canal 13².

4. La conducta denunciada se habría dado en los siguientes términos:
 - a. Chileactores, en su calidad de entidad de gestión colectiva, amparada en las normas pertinentes de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual y que tiene la administración, protección y cobro de los derechos intelectuales contemplados en la Ley 20.243 que Establece Normas sobre los Derechos Morales y Patrimoniales de los Intérpretes de las Ejecuciones Artísticas Fijadas en Formato Audiovisual, realizó la publicación de sus tarifas en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre de 2009, tal y como corresponde conforme a la Ley³.
 - b. En dicho contexto, Chileactores invitó a negociar a los distintos canales de televisión, quienes son sujetos de cobro de los derechos anteriormente enunciados, de forma de establecer de común acuerdo las bases sobre las cuales se aplicarían las tarifas fijadas y su fórmula de cálculo. Para estos efectos la entidad de gestión colectiva de actores, envió cartas a cada uno de los canales, por separado, invitándolos a negociar.
 - c. Los canales no respondieron estas cartas de forma independiente, sino que lo hicieron -según Chileactores- a través de la asociación gremial que los agrupa (Anatel)⁴. Luego de una serie de reuniones entre Chileactores y los canales agrupados en Anatel, éstos propusieron una oferta conjunta⁵, la que fue inmediatamente rechazada por Chileactores

² Información disponible en página web www.anatel.cl

³ En lo relativo a la fijación de tarifas y a su cobro, la Ley 20.243 hace una remisión al Artículo 100 de la Ley 17.336, el que establece que: "...las tarifas serán fijadas por la entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial...". La propuesta de Chileactores respecto a la tarifa a cobrar a los canales de televisión abierta, de acuerdo a la publicación del extracto de tarifas generales de Chileactores, con fecha 14 de noviembre de 2009, fue "el equivalente al 2 por ciento de los ingresos de explotación de la cadena televisiva respectiva. La base de cálculo serán los ingresos de explotación de la cadena exceptuando los generados por intereses financieros y venta de derechos, cuyo hecho generador es ajeno a la explotación del repertorio de la entidad".

⁴ De acuerdo a lo señalado por Chileactores expresamente en su denuncia, los canales de televisión "responden a nuestra invitación, pero no individualmente, sino que actuando en forma conjunta y coordinada a través de la Asociación Nacional de Televisión A.G., ANATEL...".

⁵ Consistente en mantener vigentes los Convenios por Repeticiones celebrados por las partes el año 1999 y 2000, modificándolos en términos de pagar, además de los derechos pactados en los mismos, la denominada primera emisión, al igual que las repeticiones.

por alejarse, a juicio de esta asociación, de los términos de la Ley 20.243 y por tratarse de derechos diferentes. Posteriormente, se han llevado a cabo reuniones entre las partes señaladas, pese a la insistencia de Chileactores respecto a acordar separadamente con cada una de las estaciones televisivas el tema tarifario. En el intertanto, Chileactores ha entablado acciones civiles destinadas a hacer exigible el derecho a remuneración consagrado en la Ley 20.243, encontrándose en actual tramitación ante Juzgados Civiles demandas por cobro de tarifas en contra de TVN, Chilevisión, Canal 13 y Megavisión.

5. A modo de resumen, las conductas que configurarían actos contrarios a la libre competencia a juicio del denunciante son: 1) La concertación de las estaciones televisivas para negociar en conjunto, estableciendo una posición común y que les permite ejercer un poder de mercado manifiesto; 2) Una defensa judicial similar o idéntica, en los distintos procesos existentes, que incluso se pretenden acumular.

II. ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

6. La conducta denunciada podría corresponder al ilícito de colusión en los términos del artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211, consistente en: i) La concertación de las estaciones televisivas para negociar en conjunto, estableciendo una posición común y que les permite ejercer un poder de mercado manifiesto; y en ii) Una defensa judicial similar o idéntica entre las estaciones televisivas.
7. El ilícito de colusión es sancionado por el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, el cual establece que:“(…)Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de

mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos licitatorios”.

8. Los requisitos para la configuración de una colusión han sido analizados por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H.TDLC”), el cual estableció en su Sentencia N° 79/2008⁶, que: *“para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia...”*.
9. Y recientemente, el mismo H.TDLC ha indicado que *“los requisitos que deben concurrir para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado”*⁷.
10. Esta Fiscalía, en uso de las facultades establecidas en el artículo 41 del Decreto Ley N° 211, tomó declaración tanto a la denunciante como a la denunciada y analizó la información entregada en el marco de la investigación preliminar, pudiendo concluir respecto de la conducta denunciada lo siguiente:
11. Chileactores ha sostenido que los canales de televisión habrían acordado no negociar individualmente, sino que hacerlo en bloque por medio de la asociación que los agrupa, Anatel.
12. Lo señalado en el párrafo anterior consta –a juicio del denunciante– en una carta de fecha 9 de marzo de 2010, enviada por los canales de televisión al señor [REDACTED] (abogado de Chileactores), en el cual manifiestan que *“...comunicamos a usted que las estaciones de televisión, integrantes de*

⁶ Sentencia N° 79 del H.TDLC, de fecha 10 de diciembre de 2008, *“Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros”*, Considerando Décimo quinto.

⁷ Sentencia N° 112 del H.TDLC, de fecha 22 de junio de 2011, *“Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros”*, Considerando Sexagésimo sexto.

la Asociación Nacional de Televisión A.G. han acordado abordar estas conversaciones como asociación de usuarios, y para tal efecto proponemos fijar agenda de reuniones a partir del 29 de marzo próximo”⁸. Éste correo fue enviado en respuesta a una misiva remitida con anterioridad por el señor [REDACTED] a cada canal de televisión por separado, invitándolos a negociar⁹.

13. Es necesario determinar, entonces, si la normativa vigente faculta en este caso a los canales de televisión a negociar de manera conjunta como asociación de usuarios y no individualmente, como lo pretende Chileactores. La respuesta a dicha interrogante resulta de sobremanera relevante, toda vez que podríamos estar en presencia de un regulación especial que permita excepcionalmente y con sentido restrictivo, tal modalidad de negociación.
14. Conforme a la Ley 20.243, se ha reconocido el derecho irrenunciable e intransferible del artista audiovisual a percibir una remuneración por ciertos actos de explotación, entre los cuales se encuentra la comunicación pública y radiodifusión realizados por televisiones, entre otros¹⁰. El pago de dicha remuneración es exigible a las distintas estaciones televisivas, entre otros sujetos de cobro.
15. A su vez, el legitimado para efectuar el cobro de la remuneración consagrada en la Ley 20.243, puede ser una entidad de gestión colectiva que los

⁸ Dicha carta está suscrita por los abogados de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Televisión Nacional de Chile, Red Televisiva Megavisión S.A., Red de Televisión Chilevisión S.A. y Compañía Chilena de Televisión S.A.

⁹ De acuerdo a estas cartas, Chileactores en su calidad de entidad de gestión colectiva invitaba a cada canal de televisión a negociar en los siguientes términos: *“en consecuencia, siendo su representada usuaria de los derechos referidos y con el objeto de establecer de común acuerdo las bases sobre las cuales se aplicará la tarifa fijada, como así también su forma de aplicación, vengo en proponer el inicio de conversaciones al efecto para lo cual le solicito tomar contacto con nuestras oficinas con el fin de intercambiar ideas que nos lleven a concluir en buen término el propósito que anima a nuestros representados”*.

¹⁰ Ley 20.243, Artículo 3°.- El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales:

- a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital;
- b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos;
- c) El arrendamiento al público, y
- d) La utilización directa 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 mediante cualquier instrumento idóneo. La remuneración a que se refiere este artículo 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 a los artistas intérpretes de obras audiovisuales les reconoce la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

represente (en este caso Chileactores¹¹). En lo relativo a la fijación de tarifas y a su cobro, la Ley 20.243 hace una remisión al Artículo 100 de la Ley 17.336, el que establece que: “...las tarifas serán fijadas por la entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial...”.

16. Por su parte, el inciso cuarto del mismo artículo establece la posibilidad de negociación mediante la celebración de contratos entre entidades de gestión colectiva¹² y asociaciones de usuarios¹³ en los siguientes términos: “Las entidades de gestión podrán diferenciar las tarifas generales según categoría de usuario¹⁴, 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 categoría¹⁵...”.
17. De lo señalado en el párrafo precedente, es posible colegir, en primer lugar, que la misma ley reconoce que asociaciones con personalidad jurídica, que representen a usuarios de derechos de autor o conexos –calidad que la denunciante atribuye a Anatel–¹⁶, puedan negociar directamente con las

¹¹ De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N°142 de fecha 2 de febrero de 1993, que concede personalidad jurídica a la Corporación de Actores de Chile aprobando sus estatutos; Decreto Supremo N°977 de fecha 27 de septiembre de 1996, y Decreto Supremo N° 940 de fecha 15 de octubre de 2002, todos del Ministerio de Justicia, que aprueban sus reformas, en relación con lo dispuesto en la Resolución N° 940 de 1995 del Ministerio de Educación, que autoriza el inicio de sus actividades a la entidad de gestión Chileactores.

¹² Ley 17.336, Artículo 92.- “Las entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales deberán constituirse como corporaciones chilenas de derecho privado, en conformidad con lo previsto en el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil y su objetivo social sólo podrá consistir en la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales a que se refiere este Título. 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.”.

¹³ Entendidas en el contexto de la Ley 17.336 como asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor, según se establece en el artículo 100 bis inciso 4° de la Ley 17.336.

¹⁴ De acuerdo a la información proporcionada por el denunciante, los usuarios sujetos al cobro de estas tarifas son entre otros: canales de televisión abierta, operadores de cable, salas de cine, transporte de aeronaves, embarcaciones, hoteles, etc.

¹⁵ Según consta en la Historia de la Ley 20.435, a juicio de don Luis Pardo, Presidente de la ARCHI “la facultad de forzar un arbitraje sólo puede recaer en las entidades colectivas de usuarios organizados y no en los usuarios individuales. Ello evita generar una industria del litigio que podría inmovilizar a las sociedades de gestión encareciendo sus costos, además simplifica la gestión general del sistema y estimula la asociatividad. Los acuerdos a que lleguen los entes colectivos (que si creemos deben tener la posibilidad de un arbitraje obligatorio) serán la referencia para los usuarios individuales que no se adscriban a ninguna asociación de usuarios...”.

¹⁶ El denunciante expresamente reconoce a Anatel como una asociación de usuarios.

entidades de gestión colectiva planes tarifarios alternativos o tarifas especiales, y suscribir los contratos respectivos. Además, en el caso que una asociación de usuarios celebre un acuerdo tarifario con una entidad de gestión colectiva, cualquier usuario que haya quedado fuera de este acuerdo (en este caso un canal de televisión que no haya formado parte de la negociación), puede optar por adherirse a dicho acuerdo. Finalmente, también les permite intervenir como parte dentro de los procesos de mediación y arbitraje que se originen con ocasión de dichas negociaciones¹⁷.

18. Por tanto, un acuerdo adoptado entre las estaciones televisivas para negociar de forma conjunta como asociación de usuarios, sería una materia que el legislador previó expresamente, estableciendo un mecanismo diseñado para igualar el poder negociador frente a las entidades de gestión colectiva, como se explicará más adelante.
19. De hecho, la Ley 17.336 contempla en su artículo 100 bis y 100 ter, respectivamente un procedimiento de mediación obligatoria y de arbitraje que regirá a partir del 4 de Mayo de 2013, el cual tiene precisamente como objeto solucionar eventuales diferencias entre entidades de gestión colectiva y asociaciones de usuarios, por concepto de desacuerdos tarifarios¹⁸.
20. Sin perjuicio de que los mecanismos de mediación y arbitraje entrarán en vigencia el año 2013, estas normas –artículo 100 bis y 100 ter- vienen en ratificar la intención del legislador la cual precisamente es la de permitir la negociación en bloque entre asociaciones de usuarios y entidades de gestión colectiva. Más aún, el inciso 4° del artículo 100 de la Ley 17.336 que establece expresamente la posibilidad de negociación mediante la

¹⁷ El artículo 100 ter inciso 9° de la Ley 17.336 prescribe respecto a la determinación de la propuesta ganadora en un arbitraje que: *“El tribunal, al dictar sentencia, deberá limitarse a optar exclusivamente por una de las propuestas de las partes entregadas en sobre cerrado”*. Acto seguido la misma Ley establece una cláusula de nación más favorecida para aquellos usuarios no participantes en el laudo que quieran adherirse al resultado de éste, en los siguientes términos: *“La sentencia del tribunal tendrá valor de sentencia ejecutoriada y constituirá un plan tarifario alternativo, pudiendo acogerse a estas tarifas especiales cualquier usuario que así lo solicite”*.

¹⁸ Por otra parte, la Ley 17.336 establece como mecanismo para el cobro de las tarifas la vía judicial, disponiendo que los juicios a que dé lugar la aplicación de las normas del Título V “De la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Conexos” se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Código de Procedimiento Civil. Chileactores ha hecho uso de estas herramientas legales, entablando acciones civiles destinadas a hacer exigible el derecho a remuneración consagrado en la Ley 20.243, las que se encuentran en actual tramitación en diversos Juzgados Civiles (demandas por cobro de tarifas en contra de TVN, Chilevisión, Canal 13 y Megavisión).

celebración de contratos entre entidades de gestión colectiva y asociaciones de usuarios, no hace más que confirmar lo anteriormente señalado.

21. A mayor abundamiento, el origen de esta reforma legal se encuentra en la Resolución N° 513 de la Comisión Resolutiva¹⁹ que precisamente recomendó que *“las tarifas sean fijadas de mutuo acuerdo por las partes²⁰ interesadas y en su defecto, mediante un Tribunal Arbitral...”*. De esta manera, la recomendación apuntó a evitar la fijación unilateral de tarifas por parte de entidades de gestión –como la SCD- que por esta vía abusaba de su poder monopólico en desmedro de los usuarios.
22. Por lo demás, de acuerdo al mensaje presidencial de la Ley 20.435 (ley que modifica la Ley 17.336), mediante las modificaciones al artículo 100 *“...se logra plenamente el objetivo de la modificación de este artículo, que es 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”*. Esto no hace más que dejar patente la preocupación del legislador por el excesivo poder negociador de las entidades de gestión y la necesidad que vio de regular dicho poder de la forma más extensa y detallada posible.
23. De este modo, no cabe sino colegir que una correcta interpretación de las normas en discordia, a la luz de los elementos de interpretación de la ley consagrados en el Código Civil, no hace más que ratificar que los usuarios de los derechos tarifados por las entidades de gestión colectiva, no se encuentran imposibilitados de reunirse con el fin de generar un contrapeso en la negociación final por las tarifas, toda vez que esto era lo que el legislador buscaba con las modificaciones legales a la Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁹ En dicha ocasión, la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI) denunció a la Sociedad Chilena de Derecho de Autor (SCD) por los altos aranceles que cobraba esta última a las radioemisoras, por concepto de autorizaciones para la difusión de obras musicales, lo cual traía como consecuencia el abuso de posición dominante, por parte de la SCD. La Comisión Resolutiva, acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico deducido en contra de SCD por abuso de posición dominante a través del establecimiento de un régimen arbitrario de tarifas para la ejecución de obras y producciones musicales registradas por sus autores en dicha entidad.

²⁰ El concepto de “parte” no restringe la posibilidad de negociar a través de un representante, como por ejemplo una asociación.

24. En efecto, una interpretación sistemática (que tome en consideración tanto las leyes de la competencia –DL 211– como las sectoriales –Propiedad Intelectual–), deja establecido claramente que estas últimas, al consagrar una denominada “cláusula de nación más favorecida” (en el sentido que permite a usuarios de la misma categorías adherirse a lo acordado por una asociación que lo represente), están directa e indirectamente permitiendo que los usuarios se agrupen a fin de negociar las tarifas en disputa.
25. A mayor abundamiento, el propio inciso 4° del artículo 100 de la Ley 17.336 refuerza lo anterior, habida consideración de la claridad de su tenor literal, lo que obliga a interpretarlo conforme al criterio gramatical establecido en el artículo 19 del Código Civil.
26. A su vez, una interpretación histórica de las normas, tal como la que se ha venido haciendo, también deriva en la misma conclusión, de modo que es claro que el tenor literal y sentido de la ley, es el que aquí se ha venido sosteniendo.
27. Finalmente, debe descartarse el reclamo interpuesto por Chileactores en relación a la acumulación de autos²¹ solicitada por los canales de televisión, por cuanto la posibilidad de intentar defensas judiciales similares o solicitar la acumulación de autos, es una materia regulada por Ley, siendo los Tribunales de Justicia los llamados a pronunciarse respecto del cumplimiento de los requisitos para decretar dichas medidas.

IV. RECOMENDACIÓN

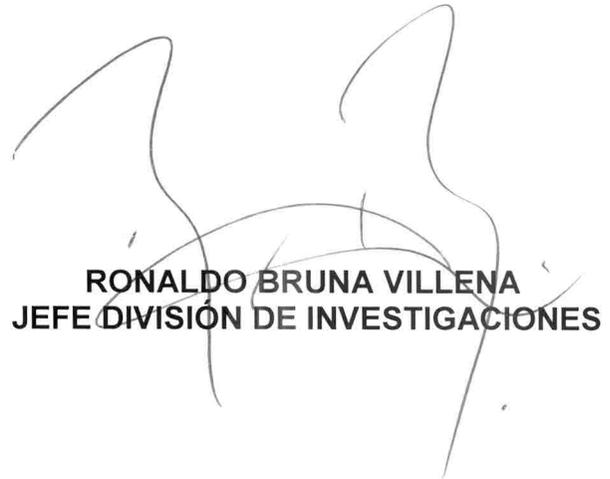
28. En definitiva, la conducta denunciada corresponde a una materia prevista por el legislador, y que estaría regida por la ley N° 17.366 de propiedad intelectual.

²¹ La acumulación de autos se encuentra regulada en el Título X del libro primero del Código de Procedimiento Civil y tiene como objeto la acumulación material de 2 o más procesos que se han iniciado y que se tramitan separadamente, sea ante el mismo o diversos tribunales, a fin de que sean tramitados y fallados en conjunto, por existir entre ellos una relación de continencia o conexión. A su vez, el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, consagra la figura del procurador común estableciendo que: “si son dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y deducen las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente, constituyendo un solo mandatario. La misma regla se aplicará a los demandados cuando sean dos o más y opongan idénticas excepciones o defensas”.

29. Por lo tanto, y salvo mejor parecer del Señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere no iniciar una investigación respecto de los hechos denunciados y archivar los antecedentes.

Saluda atentamente al Sr. Fiscal,


LPR/JDS/ATG/CGB


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES