En lo principal, solicitan fundadamente que se decrete medida prejudicial preparatoria de exhibición de documentos; **en el primer otrosí**, designan receptores judiciales; **en el segundo otrosí**; acreditan personería; y, **en el tercer otrosí**, patrocinio y poder.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Catalina Apey Radnic, abogada; y, **Sebastián Meza Cerda**, ingeniero civil, ambos en representación, según se acreditará, de Lotus Festival SpA (“Lotus Festival” o la “Productora”), Rol Único Tributario N°76.219.263-2, todos domiciliados para estos efectos en calle Orinoco N°90, piso 16, comuna de Las Condes, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

De conformidad con lo establecido en los artículos 3°, 25 y 29 del Decreto Ley N°211 (“DL 211”), lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 273 y en el artículo 277, ambos del Código de Procedimiento Civil, y en virtud de los fundamentos de hecho, económicos y de derecho que se expondrán a continuación, solicitamos a este H. Tribunal que decrete la medida prejudicial preparatoria de exhibición de documentos que se indicará *infra*, respecto de la **Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales** (“SCD”), corporación de derecho privado del giro de gestión colectiva de derechos de autor y conexos, Rol Único Tributario N°71.387.800-6, representada por don Juan Antonio Durán González, ingeniero civil, ambos domiciliados en calle Condell N°346, comuna de Providencia, por resultar el conocimiento de los documentos que se indicarán de carácter indispensable para que nuestra representada pueda entrar en juicio e interponer fundadamente las acciones que más adelante se indican.

Como se explicará en esta presentación, la SCD posee antecedentes que son de sumo interés de nuestra representada, por cuanto éstos darían cuenta de que, en su rol de entidad de gestión colectiva de derechos intelectuales (“EGC”), dicha entidad habría abusado y se encontraría abusando de su posición dominante al momento de fijar y cobrar a las productoras de eventos –entre ellas, Lotus Festival– las tarifas por el uso de derechos de autor y derechos conexos de obras musicales que forman parte de su repertorio, en eventos masivos categorizados como *festivales*. Lo anterior, con infracción del artículo 3° del DL 211.

Según se expondrá *infra*, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 273 y 287 del Código de Procedimiento Civil, la presente solicitud de medida prejudicial se efectúa con el objeto de preparar la demanda que nuestra representada interpondrá en contra de la SCD, fundada en la infracción al artículo 3° inciso primero y letra b) del DL 211, para cuya configuración y extensión es imprescindible el examen previo de la información contenida en todos los documentos cuya exhibición se solicita.

I. Resumen ejecutivo

La SCD, en su calidad de única EGC encargada de administrar colectivamente los derechos de autor y conexos de las obras musicales que conforman su repertorio, tiene las facultades legales de fijar **(i)** las *tarifas* que cobrará como contraprestación por las autorizaciones no exclusivas que confiere para el uso de dichas obras –ya sea a través del tarifario general, o a través de acuerdos celebrados con las asociaciones de usuarios–; y, **(ii)** las *categorías* dentro de las cuales podrán quedar comprendidas las actividades desarrolladas por los usuarios, no existiendo dentro de dichas categorías una de especial particularidad y de gran relevancia para la industria de espectáculos masivos, a saber, los *festivales*.

Debido a lo anterior, para acceder a los derechos intelectuales de obras musicales que se comunicarán públicamente en espectáculos, tanto nuestra representada como otras productoras, se ven compelidas a **(i)** entenderse con la SCD para obtener las autorizaciones en el marco del sistema de gestión colectiva, no contando con una posibilidad real de negociar la tarifa que deberán pagar; y, **(ii)** para el caso particular de los *festivales*, a que se les aplique la categoría de *conciertos* que se fija en el tarifario de dicha EGC, la cual no representa las particularidades organizacionales de un *festival*, ni la estructura de costos que éste tiene.

Como se explicará *infra*, Lotus Festival tiene la convicción de que el tarifario de la SCD debería reconocer las evidentes diferencias que existen entre el uso de obras musicales en el contexto de un *concierto* en comparación a un *festival*, lo que debería traducirse en la creación de una categoría de usuario distinta, que contemple una tarifa determinada de manera objetiva, general y no discriminatoria, sobre la base de antecedentes económicos justificados.

Así, y atendido lo expuesto, esta parte es de la respetuosa opinión que el ejercicio en concreto de las facultades que le confiere la ley a la SCD podría considerarse como un acto constitutivo de abuso de posición dominante –en rigor *supradominante*– y, en consecuencia, una infracción a la normativa de protección de la libre competencia; lo que motivará la futura interposición de una demanda en su contra.

Luego, con el fin de preparar una eventual demanda seria y fundada, es que nuestra representada requiere **interponer previamente esta medida prejudicial preparatoria de exhibición de instrumentos en contra de la SCD**, pues si bien existen antecedentes –incluso normativos– que permiten afirmar la posición de dominio que tiene dentro del mercado de autorizaciones para el uso de obras musicales protegidas por derechos intelectuales en eventos masivos, la opacidad o derechamente la negativa con que ha actuado al momento de justificar la racionalidad económica que subyace a las tarifas fijadas y a los criterios que sustentan la delimitación de las categorías de usuario, dificultan la interposición de la demanda referida. Más aún si se considera que es la propia SCD la que ha aseverado en presentaciones ante este H. Tribunal que sus tarifas son fijadas conforme con una metodología preestablecida en que imperarían criterios técnicos y económicos y que se centraría en el uso

de su repertorio de obras, interpretaciones y fonogramas musicales¹, pero que, a la fecha de esta presentación, nuestra representada jamás ha tenido conocimiento de cuáles son esos supuestos criterios ni metodología.

II.

Quién es Lotus y cómo se relaciona con la SCD

Lotus es una empresa con más de 15 años de trayectoria en la actividad de organización, producción y promoción de eventos artísticos y culturales. En esa calidad es uno de los principales actores en el mercado nacional de oferta de espectáculos musicales en vivo, sea a través de la organización de diversos *festivales* (al menos cinco distintos, y en diferentes versiones cada uno a través de los años), de *conciertos* individuales de artistas o bandas nacionales e internacionales, o bien a través de la producción de otros eventos culturales y espectáculos, como el *Cirque du Soleil* o la Fórmula E. Para efectos de poder desarrollar adecuadamente el giro que le es propio, y debido entre otras cosas a las diferencias que existen entre cada uno de estos diversos tipos de espectáculos, Lotus se estructura a través de tres sociedades distintas: Lotus Festival SpA, LTS Servicios de Producción SpA y Lotus Producciones SpA.

En particular, Lotus Festival SpA –sociedad que comparece en los presentes autos, solicitando la medida de exhibición– se constituyó en el año 2012 con el objeto de organizar y realizar eventos musicales y culturales, en particular el festival Lollapalooza Chile (“Lollapalooza”), lo que hace desde el año 2013. Cabe mencionar que Lotus igualmente produjo las versiones de Lollapalooza que se efectuaron en nuestro país los años 2011 y 2012, aunque a través de otra sociedad (Río de Flores SpA). En ese sentido, conviene precisar desde ya que el objeto y giro principal de nuestra representada es la organización de festivales, clase de evento musical masivo que cuenta con sus propias características, que lo diferencian de los conciertos o de otros eventos².

Lo anterior, se expresa principalmente en el hecho que parte del valor que el *festival* crea y que determina la decisión por parte del consumidor de asistir a éste es el *ambiente* creado por la productora, lo que es distinto y separable del valor que crea la música de los artistas que en él se presentan. Esto, a diferencia de la decisión de un asistente a un *concierto* de un músico o una banda en particular, en la que, lógicamente, lo valorado es la música. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en un *concierto*, en un festival participan muchas bandas, quienes tocan de forma sucesiva e, incluso, si el *festival* tiene un cierto tamaño, como ocurre con Lollapalooza, también lo hacen en paralelo.

¹ “Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 del D.L. N°211 sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros”, Rol ERN N°25-18 (“Expediente de Recomendación Normativa”, Aporte de antecedentes de la SCD, fojas 774 y siguientes, p. 3.

² Lotus Festival también produce los llamados *sideshows* de algunos de los artistas que asisten a Lollapalooza. Dichos espectáculos son conciertos que se realizan en el contexto del *festival*, pero de manera diferenciada a él y respecto a un artista específico. En dicho sentido, los asistentes al *sideshow* pagan un *ticket* distinto al de Lollapalooza para asistir al *concierto*.

Dentro de las bandas que forman parte del programa de un *festival* (el denominado *line up*) existen algunas reconocidas internacionalmente y que tienen un gran número de seguidores alrededor del mundo; otras que son bien conocidas, pero que tienen un menor número de seguidores; y, finalmente, otras bandas (generalmente locales) que son conocidas sólo por sus seguidores.

Por todo lo anterior, en el caso del *festival*, la experiencia de los asistentes está definida no sólo por la oportunidad de presenciar a diversas bandas –algunas de las cuales no habrían justificado por sí solas la adquisición de una entrada, en caso de tener un espectáculo por separado–, sino por el hecho de estar en el *festival* participando de su *ambiente*, lo que involucra el desarrollo de instancias particulares para socializar con conocidos, pasar el rato en un ambiente separado y acceder a una serie de servicios adicionales diseñados y ofrecidos especialmente en ese contexto y de experiencias que no se encuentran en *conciertos*.

La situación antes descrita es precisamente la que se produce en el caso de Lollapalooza –que es el festival más importante organizado por la Productora– cuya oferta a los consumidores no se agota en la oportunidad de presenciar los *show* de los artistas que forman parte del *line up*, sino que además comprende charlas y exposiciones relacionadas con la sustentabilidad, inclusión, accesibilidad y sostenibilidad en general; otras expresiones artísticas y culturales, como las exposiciones de artistas visuales, *workshops*, teatro, circo y pasacalles; servicios de alimentación, talleres y cursos, promoción de distintas organizaciones no gubernamentales y de pequeños emprendedores dedicados al diseño, artesanía y cultura urbana; juegos para niños; entre otras expresiones que se apartan de lo netamente musical y que, por una parte, importan un costo para la Productora, que va más allá de la organización del espectáculo musical y el pago a los artistas que participarán; y, por otra, son relevantes para que el espectador adopte la decisión de asistir o no al *festival*.

Ahora bien, resulta del caso señalar que, pese a que la experiencia de los *festivales* comprende elementos que van más allá de lo musical, de todas maneras para nuestra representada la posibilidad de acceder al uso de los derechos de propiedad intelectual resulta indispensable, en términos tales que los referidos derechos constituyen uno de aquellos bienes que el derecho de la libre competencia define como un *insumo esencial*³, dado que corresponden a un bien intermedio necesario para el desarrollo de su actividad económica.

De esta forma, el desarrollo de la actividad empresarial por parte Lotus Festival resulta imposible si no puede tener acceso a estos derechos intelectuales, pues no se puede organizar un *concierto* o un *festival* si la productora a cargo del espectáculo no cuenta con las autorizaciones necesarias para hacer uso de las obras protegidas que serán comunicadas públicamente a los asistentes del evento.

³ Conforme a una definición estándar, un insumo esencial consiste en aquel bien intermedio que no puede ser duplicado por terceros distintos de su titular, sea porque ello resulta física o económicamente imposible. A este respecto, el H. Tribunal ha indicado que un insumo puede ser catalogado como esencial cuando éste resulta “[i]ndispensable para participar en el mercado ‘aguas abajo’ y porque no existe un sustituto a precio razonable para dar este servicio”. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°88/2009. Considerando Trigésimo Sexto.

Precisamente, la necesidad de Lotus Festival de obtener las correspondientes autorizaciones para usar aquellas obras protegidas por derechos intelectuales se explica en virtud de lo establecido en el artículo 19 de la Ley N°17.336 de Propiedad Intelectual (“LPI”), que dispone que la autorización del titular del derecho de autor es un requisito de cumplimiento necesario por cualquier persona que desee comunicar públicamente una obra del dominio privado. A su vez, esta cuestión se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 de la LPI, que al momento de regular quiénes estarán obligados a obtener las autorizaciones por el uso de los derechos de autor –y en consecuencia, a pagar la correspondiente remuneración por ello– identifica al usuario de los derechos intelectuales con el empresario que desarrolle una actividad que implique representación o comunicación pública de las obras protegidas⁴, lo que en el caso de un evento en vivo corresponderá a una productora.

Por esta razón, Lotus Festival, en su calidad de productora de eventos masivos donde se explotan obras musicales protegidas por el derecho de autor, está obligada a cumplir con los deberes que le impone la LPI. Lo anterior, es algo que ha hecho fielmente, pues actúa con la convicción de que los artistas tienen un legítimo derecho a una retribución justa por la explotación comercial de sus obras que se efectúa a través de su comunicación pública. Sin embargo, en la práctica y debido a los problemas que genera la gestión de las obras protegidas por el derecho de autor y, en particular, en atención a la forma en que la SCD fija sus tarifas, nuestra representada se ha planteado si la contribución que está pagando es económicamente justa y se encuentra determinada sobre la base de criterios racionales por el uso de las obras.

Esta discrepancia acerca de la efectiva existencia de criterios racionales que justifiquen la cuantía de la remuneración que corresponde a los artistas titulares de las obras protegidas, se agrava todavía más en el caso particular de los *festivales*. Esto, pues, en los hechos, el sistema de gestión colectiva de los derechos de autor tiene preeminencia frente a la gestión individual, pese a que la LPI establece en sus artículos 21 y 91 la idea inversa.

Es acá donde la teoría o lo que reza la LPI se encuentra de frente con aquello que sucede en la práctica. En teoría, quien desee comunicar públicamente obras protegidas por un derecho de autor puede obtener la autorización directamente a través de su titular –quien actuará en el marco de la gestión *individual* de los derechos de autor–, o bien puede recurrir a una EGC, persona jurídica especial cuyo objeto es la gestión *colectiva* de los derechos de aquellos autores que le han conferido poder suficiente para representarlos ante los usuarios. Sin embargo, en la práctica, las productoras sólo pueden considerar la segunda opción (gestión *colectiva*) cuando se trata de los *festivales*, debido a la concurrencia de ciertas circunstancias que son propias a

⁴ El artículo 21 de la LPI dispone que: “**Todo propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario o persona que tenga en explotación cualquier sala de espectáculos, local público o estación radiodifusora o de televisión en que se representen o ejecuten obras teatrales, cinematográficas o piezas musicales, o fonogramas o videogramas que contengan tales obras, de autores nacionales o extranjeros, podrá obtener la autorización de que tratan los artículos anteriores a través de la entidad de gestión colectiva correspondiente, mediante una licencia no exclusiva; y estará obligado al pago de la remuneración que en ella se determine, de acuerdo con las normas del título V.**

En ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades de gestión colectiva podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de utilidades singulares de ellas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior”.

esta actividad y que se describen *infra*. Por esta razón, pese a que la gestión individual cuenta con una preeminencia desde la regulación legal, en la práctica nuestra representada debe recurrir a la gestión colectiva con miras a obtener las autorizaciones que requiere para la organización de un *festival*. Esto obliga a nuestra representada a mantener una relación constante con la SCD, quien se vuelve para estos efectos en una contraparte indispensable e ineludible (*unavoidable trading partner*).

Justamente, dentro del ámbito de la actividad de nuestra representada, el único agente relevante en la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos es la SCD, quien en su calidad de EGC encargada de administrar los derechos intelectuales que forman parte de su repertorio, se encuentra legalmente revestida de poderes que le permiten fijar las tarifas que cobrará como contraprestación por las autorizaciones no exclusivas que confiere –sea a través del tarifario general, o sea a través de acuerdos celebrados con las asociaciones de usuarios–, al tiempo que también fija cuáles son las categorías dentro de las cuales podrán quedar comprendidas las actividades desarrolladas por los usuarios.

Por lo anterior, los usuarios que necesitan acceder a los derechos intelectuales –dentro de los cuales se encuentra nuestra representada– deben en la práctica entenderse con la SCD para obtener las autorizaciones en el marco del sistema de gestión colectiva, y no cuentan con una posibilidad real de negociar la tarifa que deberán pagar. Por el contrario, sólo tienen la opción de recurrir a la tarifa establecida en el tarifario general, o bien de solicitar aquella prevista en el acuerdo que exista con la asociación de usuarios, caso en el cual la aplicación de la tarifa estará sujeta a la aceptación de otras condiciones que son impuestas por la EGC, en este caso la SCD.

Como se puede anticipar, es precisamente en relación con el ejercicio *en concreto* de las facultades que le confiere la ley a la SCD que se produce el conflicto que motivará la futura interposición de una demanda en su contra, pues nuestra representada posee antecedentes preliminares que permiten calificar la construcción y aplicación del tarifario por parte de la SCD como un acto constitutivo de abuso de posición dominante y, por ello, una infracción a la normativa de protección de la libre competencia, pues en la práctica nos encontramos con que, más allá de las circunstancias que en concreto pueden justificar el carácter razonable y no abusivo de las tarifas fijadas por la SCD –y con ello, su justificación económica– (lo que en todo caso no ocurre), el tarifario *en sí mismo* incurre en una infracción, al momento de tratar de manera indiferenciada la actividad desarrollada por nuestra representada, esto es, el desarrollo y ejecución de festivales, comprendiéndola dentro de la misma categoría aplicable a los conciertos, pese a las evidentes diferencias que existen entre ambas.

Todo lo expuesto precedentemente es una cuestión crítica para nuestra representada, por el carácter de *insumo esencial* que tienen los derechos intelectuales dentro del desarrollo de su actividad y por la situación de sujeción en que se encuentra en relación con la determinación de las tarifas previamente expuestas y su aplicación en la práctica, donde no cuenta con ningún contrapeso suficiente para efectos de equilibrar el poder de mercado con que cuenta la SCD.

En la práctica, el que se continúe aplicando la misma tarifa a los *festivales*, como si se tratara de un *concierto* en que participa un único artista, puede terminar por hacer absolutamente inviable el desarrollo de la actividad, dados los costos que ésta conlleva, máxime si se consideran todos los efectos que la pandemia generada por el COVID-19 ha producido en la industria del espectáculo masivo.

III.

Mercado relevante y quiénes participan

Considerando los especiales requisitos que se exigen para la interposición de una medida prejudicial como la solicitada en los presentes autos, resulta relevante anticipar ciertas cuestiones que serán tratadas con mayor detalle en la demanda que se interpondrá en el futuro. Dentro de ellas, un lugar especial ocupa la delimitación preliminar acerca del mercado relevante y de sus principales actores.

En dichos términos, se expondrán en la presente sección de manera sucinta los mercados relevantes afectados. En primer término, se hará referencia al mercado relevante principal, a saber, el de autorización de uso de derechos de autor y conexos respecto de obras musicales (§III.1) y, luego, al mercado relevante *conexo* de producción de *festivales* (§III.2) –explicando debidamente cuáles son las características especiales que presentan los *festivales* y que exigen considerarlos de manera separada dentro de la categoría producción de eventos masivos–. Finalmente (§III.3), se ahondará en la posición dominante que ocupa la SCD en su calidad de única EGC que participa en el mercado de autorización de uso de los derechos de autor y conexos sobre obras musicales y que son esenciales para la realización de eventos masivos y, en particular, de *festivales*.

III.1. El mercado relevante principal o *aguas arriba*: mercado de autorización de uso de derechos de autor y conexos de obras musicales

Para poder explicar el funcionamiento del mercado de autorización de uso de derechos de autor y conexos de obras musicales, resulta imprescindible hacer referencia a la normativa que rige en estas materias.

En términos generales, la regulación de la propiedad intelectual en Chile está recogida principalmente en la LPI, la cual tiene como objetivo, conforme con lo dispuesto en su artículo 1º, proteger **(i)** los derechos que, *por el solo hecho de la creación de la obra*⁵, adquieren los autores

⁵ En esta materia rige lo que se ha denominado como el “principio de la protección automática”, reconocido en la mayoría de los países a partir de la entrada en vigor del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Véase, León, Rodrigo. “Incremento de los derechos conexos al derecho de autor en la ley chilena. Análisis de las leyes N°20.959 y N°20.243, en relación con la Ley N°17.336. Críticas a un ecosistema desproporcionado.” Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Año IV, N°1-2016. pp. 82-83.

Con todo, para que nos encontremos en presencia de una obra susceptible de protección por el solo hecho de su creación, es necesario que ésta consista en una determinada forma de expresión de una idea que sea original, esto es, que refleje “...el sello personal que le otorga el autor a través de la particularidad de su forma de expresión.” Walker, Elisa. Manual de propiedad intelectual. Thomson Reuters. Santiago. 2014. pp. 78-79.

de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y **(ii)** los derechos conexos que ella determina⁶. Conforme con ello, la primera gran categoría de derechos que reconoce la LPI es aquella que distingue entre el *derecho de autor* y los denominados *derechos conexos*.

En términos simples, el derecho de autor regula los derechos que tienen las personas naturales que crean obras de la inteligencia en el dominio artístico. Dentro de ellas, quedan comprendidas quienes desarrollan *composiciones musicales*, tengan o no texto, según lo precisa el artículo 3° N°4 de la LPI⁷⁻⁸. Por su parte, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° de la LPI, el derecho de autor comprende tanto los *derechos patrimoniales*, que protegen el aprovechamiento de la obra, como los *derechos morales*, que resguardan la paternidad/maternidad y la integridad de ésta. De estos derechos, los que resultan de relevancia para el desarrollo de la actividad por parte de nuestra representada en el mercado *conexo aguas abajo*, son los *derechos patrimoniales*⁹, que están vinculados con la explotación económica de la obra protegida¹⁰, lo que se realiza principalmente por medio del ejercicio de las facultades de publicar, reproducir, adaptar, ejecutar públicamente y distribuir la obra protegida¹¹.

Los derechos patrimoniales, en conformidad a lo establecido en el artículo 17 de la LPI, se pueden transferir a terceros, sea total o parcialmente. De esta manera, es perfectamente factible que quien posea la titularidad de los derechos patrimoniales sea una persona distinta al autor o compositor original de la obra musical, quien pasará a ser el titular secundario de los derechos, en virtud de dicha transferencia¹².

Lo expuesto *supra* considera solamente los derechos que corresponden en las obras protegidas a sus autores o compositores. Sin embargo, el compositor de una obra musical no es

⁶ Asimismo, existe una normativa de carácter reglamentario, contenida principalmente en el Decreto N°277 del Ministerio de Educación, de 30 de abril de 2013, que establece el Reglamento de la LPI.

⁷ Señala el artículo 3 de la LPI: "*Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: (...) 4) Las composiciones musicales, con o sin texto*".

⁸ En términos generales, la doctrina ha señalado que dentro del concepto de composición u obra musicales está comprendido todo tipo de combinación de sonidos, con o sin palabras, destacándose por Lipszyc que lo protegido en ella es la melodía de la composición, entendiéndose por tal la sucesión coherente de notas que dotan a la obra de originalidad (Véase Walker. op.cit. p.87 y Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO. Zavalia. Buenos Aires. 2006. p. 74). De esta manera, cada vez que exista una nueva creación musical que satisfaga los criterios de originalidad exigidos por la LPI, y por el sólo hecho de la creación de esa obra, nacerá el derecho de autor en la persona natural autora de la composición que se trate.

⁹ Según señala León, "*Los derechos patrimoniales [...] constituyen prerrogativas transferibles y de duración limitada que se extinguen por caducidad del derecho [...] Estos derechos se materializan en las facultades, del autor o titular, de autorizar o prohibir el uso de obras o percibir una remuneración por su uso, en los casos señalados por la ley.*" León. op.cit. p. 84.

¹⁰ Walker. op.cit. p. 8.

¹¹ Siendo de importante relevancia para la actividad que desarrolla Lotus la comunicación pública de la obra, la cual en los términos del artículo 5 literal v) de la LPI corresponde a "...*todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en el mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*"

¹² El principio reconocido en el artículo 17 de la LPI, a propósito de los derechos patrimoniales de autor, se complementa en su aplicación con lo dispuesto en el artículo 71 del mismo cuerpo legal, que extiende la transferibilidad total o parcial a los derechos conexos.

necesariamente la persona que la interpreta o ejecuta públicamente¹³, siendo perfectamente posible que una obra de autoría de una persona sea en definitiva popularizada y conocida públicamente por la interpretación de otro artista. Para reconocer esta situación, la LPI regula en sus artículos 65 y siguientes los denominados *derechos conexos*¹⁴, que son derechos que la ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes¹⁵ para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de éstas; todo ello, sin perjuicio de los derechos que correspondan al autor de la obra¹⁶⁻¹⁷.

Sobre el particular, el artículo 66 de la LPI establece cuáles serán los actos de explotación de una obra que requerirán una autorización por parte del intérprete, indicando que éste puede prohibir –a menos que exista una autorización expresa– la grabación¹⁸, reproducción¹⁹, transmisión²⁰ o retransmisión²¹ por medio de los organismos de radiodifusión²² o de televisión de la obra ejecutada, o el uso por cualquier otro medio, con fines de lucro, de las interpretaciones o ejecuciones efectuadas por los artistas (artículo 66 N°1 de la LPI); la fijación en un fonograma de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas²³, y la reproducción de tales

¹³ Como señala Lipszyc, “[l]os artistas ejecutantes son aquellos que realizan una ejecución colectiva de una obra musical, lo que incluye a orquestas y coros. Los artistas intérpretes son los otros artistas que actúan en forma individual. Por ejemplo, un cantante, actor o narrador debería ser considerado intérprete.” Lipszyc. op.cit. pp. 230-231.

¹⁴ Según señala León, “...los derechos conexos son derechos vecinos o conectados al derecho de autor que no recaen sobre una obra en sí, sino sobre formas especiales de difusión de las obras protegidas. Los derechos conexos son facultades, tipificadas en la ley, que protegen no a la obra en sí misma –objeto del derecho de autor–, sino que protegen formas especiales de difusión de esta y que se reconocen a ciertas personas.” León. op.cit. pp. 85-86. De manera resumida, Walker señala que “Para describir las facultades que se generan con los derechos conexos es necesario distinguir entre los diferentes titulares. En el caso de los artistas, intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas, la ley los faculta para (1) permitir o prohibir la realización de determinados actos, tales como la grabación, reproducción, transmisión o retransmisión, fijación, difusión y distribución de sus producciones; (2) percibir una remuneración por el uso público de las mismas. A su vez, los organismos de radiodifusión y de televisión gozarán del derecho de (1) autorizar o prohibir la fijación de sus producciones y la representación de las mismas; (2) retribución en el caso que exista una retransmisión de sus producciones o una comunicación al público de éstas; y (3) realizar fijaciones efímeras de las interpretaciones o ejecuciones de un artista bajo ciertas condiciones.” Walker. op.cit. p. 9.

¹⁵ De manera concordante, el artículo 5° literal j) de la LPI establece que es artista, intérprete o ejecutante el cantante, músico o cualquier otra persona que interprete o ejecute una obra artística o expresiones del folklore.

¹⁶ Este principio general se encuentra reconocido en el artículo 65 inciso 2° de la LPI, conforme con el cual “Ninguna de las disposiciones de esta ley relativa a los derechos conexos podrá interpretarse en menoscabo de la protección que ella otorga al derecho de autor”, y se ve expresado en el inciso final de la misma disposición, que establece un régimen de autorizaciones concurrentes, cuando se trate de obras que den lugar a derechos de autor y derechos conexos.

¹⁷ En este caso, como correctamente señala León, a diferencia de lo que ocurre con los autores, los titulares de los derechos conexos no tendrán un derecho sobre la obra en sí, sino sólo sobre el medio de difusión de ésta. León. op.cit. p. 86.

¹⁸ El término “grabación” no cuenta con una definición legal en la LPI, por lo cual puede ser entendida en términos amplios como la “acción y efecto de grabar (II captar imágenes o sonidos)”, lo que implica en último término “Captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir.” Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁹ En los términos del literal u) del artículo 5° de la LPI, reproducción corresponde a “...la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”

²⁰ La “transmisión” o “emisión” corresponde a “...la difusión por medio de ondas radioeléctricas, de sonido o de sonidos sincronizados con imágenes.” Artículo 5° literal n) de la LPI.

²¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° literal ñ) de la LPI, “retransmisión” corresponde a “...la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro, o la que posteriormente hagan uno u otro de la misma transmisión.”

²² Según lo dispuesto en el artículo 5° literal l) de la LPI, “organismo de radiodifusión” corresponde a “...la empresa de radio o televisión que transmite programas al público.” Por su parte, la regulación en particular de los derechos conexos que corresponde a estos organismos se encuentra en el artículo 69 de la LPI, que trata acerca del derecho que tienen a autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de estas, comprendiendo el derecho a una retribución por la retransmisión.

²³ Por su parte, “fijación” en los términos de la ley “...significa la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.” (Artículo 5° literal x) de la LPI).

fijaciones (artículo 66 N°2 de la LPI); la difusión por medios inalámbricos o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones en directo (artículo 66 N°3 de la LPI); y, la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su interpretación o ejecución que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por el artista o su cesionario o de conformidad con la ley (artículo 66 N°4 de la LPI).

Ahora bien, sea que se trate de los derechos de autor o de los derechos conexos, su titular debe autorizar a los terceros que pretendan utilizar públicamente una obra del dominio privado. Con todo, como se anticipó, la autorización mencionada puede ser concedida directamente por el titular del derecho patrimonial de autor –quien no necesariamente coincidirá con la persona natural que compuso la obra musical–, mediante un sistema de *gestión individual* de derechos (artículo 20 de la LPI); o, en su caso, de manera alternativa a dicha gestión individual, tal autorización puede ser obtenida a través de una EGC, bajo un esquema de *gestión colectiva* de los derechos de autor; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 de la LPI²⁴. Esta situación se reproduce en relación con los derechos conexos, pues ellos también admiten su *gestión colectiva* por parte de entidades sin fines de lucro especialmente constituidas con dicho objeto.

Precisamente, una de las posibilidades que establece el artículo 21 de la LPI es la gestión de las autorizaciones para el uso de los derechos de autor o de los derechos conexos por las EGC –la llamada *gestión colectiva*–, mediante el otorgamiento de una licencia no exclusiva, que, de acuerdo con el título V de la LPI, se encontraría sujeta al pago de la remuneración que aquella fije, sea de acuerdo con su tarifario o por medio de los convenios que suscriba con las asociaciones de usuarios.

En la regulación desarrollada en la LPI, dicha *gestión colectiva* de los derechos sólo puede realizarse por estas entidades (artículo 91 de la LPI²⁵), las cuales tienen un sistema de creación sujeto a control, pues deben ser autorizadas previamente por el Ministerio de Educación y

En los términos expuestos, la fijación es un proceso que puede dar lugar tanto a un “fonograma” (entendido como la fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución, artículo 5° literal m) de la LPI), como a otra forma de registro que permita la percepción de los sonidos.

²⁴ Como bien señala Walker, “[l]a ley chilena contempla tres mecanismos de explotación de los derechos patrimoniales. El primero de dichos mecanismos consiste en la posibilidad de que el autor utilice directa y personalmente su obra. El segundo mecanismo radica en la posibilidad de que el autor transfiera parcial o totalmente los derechos que tiene sobre su obra a un tercero, quien tendrá consecuentemente la posibilidad de utilizarla como si fuese propia. La transferibilidad de los derechos patrimoniales es una facultad que proviene del derecho francés, regulación que consagra la posibilidad de realizar dicha transferencia de forma onerosa o gratuita. El carácter transferible de los derechos patrimoniales no es compartido por todas las regulaciones del derecho continental. Por ejemplo, el derecho alemán solo autoriza al autor a conceder licencias que permiten a terceros participar de la explotación de su obra. A su vez, la transferibilidad es una característica que diferencia al derecho patrimonial del moral. Finalmente, el autor tiene la posibilidad de autorizar a terceros a utilizar su obra, en cuyo caso no se produce una transferencia de derechos sino que se constituye una licencia a favor de ciertas personas.” Véase, Walker. op.cit. p. 160.

²⁵ El artículo 91 de la LPI señala que: “La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos sólo podrá realizarse por las entidades autorizadas de conformidad con las disposiciones de este Título, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 21”.

constituirse como corporaciones de derecho privado –sin ánimo de lucro–²⁶. Ellas tienen por exclusivo objeto social la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales regulados en la ley²⁷. De este modo, las EGC representan legalmente a sus socios y representados nacionales y extranjeros, pudiendo celebrar contratos de representación con entidades de gestión extranjeras del mismo género o géneros de obras, mediante acuerdos de reciprocidad (artículo 102 de la LPI).

Ahora bien, en el ámbito de las obras musicales, como anticipamos *supra*, la única EGC constituida hasta la fecha en nuestro país es la SCD²⁸. Esto se explica, pues la actividad de las EGC presenta ciertas características de *monopolio natural*, es decir, se da una situación en la que, en teoría, resulta más eficiente que un solo actor concentre la totalidad de la gestión colectiva de derechos intelectuales para cada categoría de titulares (*v.gr.*, actores, músicos, directores y guionistas).

Existen varias razones para explicar lo anterior, pero puede ser útil destacar aquí tres de ellas. Desde el punto de vista de los costos de administrar y licenciar un repertorio, la actividad de las EGC presenta economías de escala sustanciales, lo que hace que, en teoría, mientras mayor sea el número de titulares que deleguen sus derechos en un mismo gestor, menores serán los costos de su gestión. Esto fue refrendado por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en el “Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 del D.L. N°211 sobre la competencia en la negociación de tarifas por el uso de derechos de autor, conexos y otros, Rol ERN N°25-18 (“Expediente de Recomendación Normativa” o “ERN”):

“[d]ebido a las economías de escala y de ámbito referidas, la literatura económica ha entendido a las EGCs como monopolios naturales [...] las EGCs presentan importantes economías de escala en la administración de derechos de autor, particularmente relacionados a las actividades de negociación con usuarios, fiscalización y recaudación, por lo que en general se observa la presencia de un único administrador de los derechos, es decir, la administración se realizaría bajo condiciones monopólicas”²⁹.

²⁶ El artículo 94 de la LPI exige que las EGC para realizar las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales deben ser autorizadas previamente por el Ministerio de Educación. Dicha autorización se otorga por medio de una resolución publicada en el Diario Oficial.

²⁷ Como señala Saucedo, “...la gestión colectiva se ha asociado a los derechos que protegen las obras que son susceptibles de utilidades en masa, cuya negociación directa con los usuarios es materialmente imposible y cuyos rendimientos suelen proyectarse en un largo período de tiempo de suerte que, cada vez que tiene lugar un acto de explotación, se genera un hecho económico”, de manera que “En un sistema de gestión colectiva ampliamente desarrollado, los titulares de los derechos autorizan a las organizaciones de gestión colectiva a controlar la utilización de sus obras, a negociar condiciones contractuales con los probables usuarios, a conceder licencias para el uso de repertorios y sobre la base de un sistema de tarifas, a recaudar las remuneraciones y a distribuir las entre los beneficiarios. En este tipo de sistema, la gestión de derecho se llama ‘colectiva’ ya que la mayoría de los elementos que la conforman (*vgr.* tarifas, condiciones de concesión de licencias, normas de distribución) están verdaderamente ‘colectivizados’, respaldados por una estructura organizada y los objetivos colectivos van más allá del mero cumplimiento de las tareas de la administración de derechos.” Saucedo, Mónica. La gestión colectiva de derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. pp. 33-34.

²⁸ La constitución original de la SCD consta en el Decreto Supremo N°368 del Ministerio de Justicia, de fecha 7 de abril de 1987, que le confirió personalidad jurídica. Con posterioridad, dicha EGC sería reformada en virtud de los Decretos Supremos N°539 de 1994, N°1.149 de 1995 y N°93 de 2000, todos del Ministerio de Justicia. Su autorización como EGC se obtuvo por medio de las Resoluciones N°3.891 y 2.608 del Ministerio de Educación, de 1992 y 1994, respectivamente.

²⁹ Aporte de antecedentes de la FNE, p. 14-22. En el mismo sentido, véase Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law. Copyright, Competition and Development, Munich, 2013, p. 81: “Due to the economies of scale of collective rights management, CMOs [EGC] most frequently hold monopoly positions for their field of activities in their respective national territories for which they granted licenses”.

Por otro lado, no es descartable que existan ciertos efectos de red³⁰ –directos e indirectos– en la actividad de las EGC, desde que es probable que la existencia de un repertorio integrado por un mayor número de titulares hará más atractivo para otros artistas la delegación de la gestión de sus derechos en esa EGC. Del mismo modo, mientras mayor sea el número de obras incorporadas a un repertorio, mayor atractivo tendrá éste para los usuarios, en términos de solicitar su licenciamiento. Estos efectos tienden a concentrar en un solo oferente la gestión del repertorio.

Finalmente, no es obvio que la competencia entre EGC implique necesariamente un resultado óptimo para los usuarios. En efecto, siendo que esas entidades deben atraer el mayor número posible de titulares para aprovechar las referidas economías, una mayor competencia entre distintas EGC de un mismo rubro llevaría a que cada una de ellas comprometa pagos más significativos a los titulares de derecho como una forma de incentivarlos a pertenecer a su repertorio, los que luego buscará trasladar a los usuarios (se debe recordar que, al ser los derechos de este tipo *insumos esenciales*, el gestor colectivo de éstos posee un poder de mercado que le permitirá traspasar esos mayores costos a los usuarios, valiéndose para ello de la *esencialidad* de su repertorio, independientemente del valor real de las obras que lo componen). Justamente por ello, si es que se crearan una o más EGC en el ámbito musical y éstas establecieran sus propias tarifas por el repertorio que representan podría darse un *problema de acumulación* en el cobro que se realiza a los usuarios.

En definitiva, el mercado de autorización de uso de derechos de autor y conexos respecto de obras musicales contempla dos segmentos: **(i)** el de *gestión individual* de derechos, en el que cada artista, de manera individual y directa, negocia la tarifa a pagar por los derechos de los que es titular; y, **(ii)** el de *gestión colectiva* de derechos, en el que el único oferente en nuestro país es la SCD.

Como se verá *infra*, en la práctica, algunos usuarios de los derechos de autor y conexos únicamente pueden utilizar el sistema de gestión colectiva –como es el caso de nuestra representada respecto del uso de obras musicales en *festivales*–, viéndose obligados a aceptar las tarifas fijadas por la SCD en el tarifario general o en el acuerdo tarifario que fue suscrito con ciertas productoras de espectáculos con fecha 1º de octubre de 2013, que se encuentra vigente.

Las tarifas que en definitiva deben pagar los usuarios de los derechos de autor y conexos no son inocuas. Por el contrario, tienen efectos directos en el mercado o los mercados en los que cada usuario se desempeña. Como se verá a continuación, en el caso de nuestra representada, tiene incidencia directa en el mercado de producción de *festivales*.

³⁰ Los efectos de red o externalidades de red se refieren al impacto (positivo o negativo) que la demanda de un usuario tiene en la valoración de otros usuarios de esa red. Son positivas aquellas externalidades en que la presencia de un usuario incrementa el valor relativo de la red para otro usuario. Por su parte, son negativas aquellas en que la presencia de un usuario hace decrecer el valor de la red para uno o más usuarios de ésta. En el caso concreto de la gestión colectiva de derechos intelectuales, se trataría de externalidades positivas.

III.2. El mercado conexo o *aguas abajo*: mercado de producción de *festivales*

Como adelantamos, las obras musicales protegidas por derechos de autor o conexos son un insumo esencial para las productoras de eventos artísticos y culturales masivos, pues éstos son usados como un bien intermedio para su propia actividad económica. De ahí que, cualquier distorsión en el mercado de autorización de uso de derechos de autor y conexos afecta directamente a los usuarios de tales insumos y puede afectar la competencia entre éstos y, más todavía, reducir el bienestar del consumidor final.

En términos simples, una productora de eventos es aquella empresa encargada de realizar todo el proceso de diseño, planificación, producción, ejecución, desmontaje y otros, respecto de sucesos de importancia de índole social, académico, artístico o deportivo (los *eventos*). Ahora bien, en general, el segmento en el que se desenvuelve nuestra representada, es principalmente el de eventos masivos, entendiendo por tales a aquellos que tienen una asistencia proyectada superior a las 3.000 personas³¹.

Ahora bien, para efectos de la futura demanda, la definición acerca de este mercado *conexo* debe considerar las particularidades que presenta la organización de ciertos eventos en que participa nuestra representada –*festivales*– frente a lo que en términos generales se califica como un *concierto*. En concreto, las diferencias entre ambos tipos de eventos radican en: **(i)** los factores que determinan la decisión de asistir a un *festival* por parte del consumidor, frente a aquellos elementos que espera de un *concierto*; y, **(ii)** la estructura de costos que en cada caso afronta la Productora y la distinta incidencia que tienen las obras intelectuales en cada uno de ellos.

En efecto, según se expuso al inicio de esta presentación, la organización de un *festival* comprende elementos que van mucho más allá de la experiencia musical que proporciona un *concierto* y que están dados por el hecho que en un *festival* se combina dentro del mismo evento **(i)** la música en vivo de bandas; y, **(ii)** el ambiente que le permite a los asistentes disfrutar más allá de la música. En particular, se trata de elementos cuya apreciación es conjunta por parte del consumidor, lo que queda bien reflejado, por ejemplo, en la diferencia que existe con la decisión de compra de *tickets* para un *concierto*.

En este sentido, se puede apreciar que la disposición a pagar por música en vivo en un *concierto* depende fundamentalmente de cuáles son las bandas que se presentan. Si son bandas muy populares, existirá una disposición a pagar muy alta y la demanda será también muy alta. En este escenario, la disposición a pagar por el solo ambiente es cercana a cero. A diferencia de lo anterior, cuando se trata de un *festival*, la disposición a pagar por asistir o estar en el ambiente creado, queda definida sólo parcialmente por las bandas que asistirán –principalmente, las llamadas *headliners*–, en tanto que una buena parte de la disposición a pagar por el ambiente

³¹ Véase, artículo 1° de la Circular N°28 de la Intendencia de la Región Metropolitana.

depende de la reputación del productor y el *branding* que tenga el *festival*, lo que se sustenta principalmente en la calidad entregada en el evento pasado.

En el caso de Lollapalooza —el principal *festival* organizado por nuestra representada—, todas estas circunstancias se expresan en el hecho de que cerca del 60% de las entradas se venden incluso antes de que se dé a conocer qué bandas o artistas tocarán en el *festival*, lo que demuestra que la disposición de pago está en gran parte orientada hacia elementos diversos a la música que sonará. Este antecedente sugiere, además, que el *festival* se sostiene sobre su marca y ésta depende del ambiente que produce y genera, todo lo cual se observa en la tendencia creciente de compras de entradas “en blanco” en los últimos años para los *festivales* Lollapalooza.

Por el contrario, cuando se trata de un *concierto*, la venta de entradas queda naturalmente determinada por la banda de que se trate, ya que la música es el elemento central de ese tipo de eventos.

Esta primera línea argumentativa, que permite diferenciar los *festivales* de los *conciertos* para efectos de definir el mercado relevante, se refleja también en el hecho de que las entradas a Lollapalooza tienen distintos precios según el nivel de experiencia que puede vivir el cliente y que, en caso alguno, se relacionan con la cantidad o calidad de las obras musicales de las que se podrá disfrutar en el *festival*. En este sentido, se puede apreciar que todos los asistentes a Lollapalooza, independientemente del costo de su entrada, pueden disfrutar de las mismas bandas y en las mismas condiciones (dada la inexistencia de *tickets* diferenciados según la proximidad que proporcionen al escenario o la vista que den al espectador), pero sólo aquellos que hayan adquirido *tickets* más caros pueden acceder a barra libre de bebidas y licores, comida, áreas de descanso, baños exclusivos, guardarropía, traslados al interior del parque u otros servicios *premium*.

Lógicamente, los bienes y servicios que justifican un aumento en el precio de la entrada no se relacionan con la explotación de obras musicales, sino que exclusivamente con las mejoras que la Productora realiza en su oferta de valor a los clientes y, por lo mismo, marca una diferencia importante con los *conciertos*, donde el eventual mayor valor de los *tickets* guarda relación única y exclusivamente con la manera en que el cliente experimentará la presentación, principalmente por su cercanía con el escenario o la vista que tendrá de éste.

En lo que concierne al segundo elemento, desde el punto de vista económico, cada evento supone un nivel de inversión relevante y, en la mayoría de los casos, inversiones que se realizan antes de siquiera tener algún grado de certeza respecto de qué tan exitoso podría ser el evento e, incluso, antes del comienzo de las ventas de las entradas al *show*. En ese contexto, entre los gastos en que se debe incurrir para la organización de un evento masivo, un ítem muy relevante

es justamente la remuneración de los derechos de autor y/o conexos³². De ahí que la *forma* y *especificidades*, en cada caso, bajo las cuales se determinan las tarifas a pagar sea un aspecto fundamental para el desarrollo de esta actividad económica.

Ahora bien, la incidencia que tiene este ítem es muy distinta, según si se trate de la organización de un *festival* o del *concierto* de un artista en particular. En efecto, como un correlato de lo expuesto previamente acerca de los elementos que determinan la decisión de compra de los clientes, las productoras deben asumir una estructura interna de costos muy diversa según si se trate de un *festival*, o de un *concierto* de un artista en particular.

Sobre esa base, el método para negociar la tarifa debiese considerar que los ingresos obtenidos por la organización de un *festival* comprenden una sumatoria entre la música y el ambiente, a diferencia de lo que ocurre con los *conciertos*, donde la música es el elemento basal. Por esa razón, una forma razonable de negociar la tarifa por derecho de autor debería considerar los costos que involucra la música y su prorrata dentro de los costos totales, cuando existan otros elementos por los cuales los asistentes pagan al asistir, a fin de usar ese porcentaje para ajustar la tarifa.

De esta forma, según nuestra representada ha podido constatar, mientras que en los *conciertos* el pago directo a las bandas involucra parte importante de los costos totales que involucra la organización del evento, en el caso de los *festivales* dicho costo se reduce considerablemente. Lo anterior, permite, por otra vía, apreciar la efectiva incidencia que tienen el uso de los derechos intelectuales dentro de la creación de valor en un *concierto* si se le compara con aquello que ocurre en un *festival*, además de proporcionar un elemento adicional para efectos de justificar una delimitación más precisa del mercado relevante, que debe quedar circunscrito – dentro de los eventos masivos– a los *festivales*, como categoría especial.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha sostenido muy recientemente que si bien el uso de un método de tarificación basado en una proporción de los ingresos de la venta de entradas, sin deducciones por costos no relacionados con la música, no constituirían en sí mismos un abuso, sí existiría una conducta abusiva si los niveles de tarifas aplicadas a partir de ese método no tienen una relación razonable con el valor económico de los servicios prestados³³. En otros términos, no sería ilícito en sí mismo que

³² A modo de ejemplo, otros gastos en que debe incurrir una productora de eventos masivos para la organización de estos son: pago al artista participante del evento y a sus colaboradores; tanto su *fee* como sus costos de transporte de carga internacionales en caso de que proceda; tramitación y pago de las visas de trabajo de los artistas y de sus colaboradores en el caso de ser extranjeros; impuestos; contratación del *venue* o recinto; contratación con la ticketera; pago de hoteles, transporte y otros requerimientos de parte de las bandas, artistas y demás personas que se requieran; pago por concepto de publicidad del evento en medios de comunicación masivos y redes sociales y de material de *merchandising*; pago de seguros de responsabilidad civil, de cancelación, de no realización del *show*, de accidentes personales; pago de equipo audiovisual, iluminación, arriendo maquinaria, mobiliario, ambientación, seguridad, materiales, alimentación, servicios digitales, servicios de limpieza y aseo, entre otros. Además, en caso de utilizar *venues* construidos con una finalidad distinta a la de eventos culturales y musicales, se debe considerar el pago de carpas, baños, afores, climatización, *containers*, entre otros.

³³ TJUE, Sentencia Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM), y Weareone.World BVBA, Wecandance NV, C-372/19; ECLI:EU:C:2020:959, apartado 60: “(...) no constituye abuso de posición dominante, en el

una EGC tome como base de sus tarifas los ingresos percibidos por las productoras a partir de la venta de entradas a un evento, siempre que las tarifas que se apliquen respecto de esa base sean razonables y tengan relación con el valor económico que las obras que forman parte de su repertorio aportan al evento en cuestión. Ello no ocurriría en el caso del tarifario de la SCD.

En definitiva, el mercado *conexo* que se vería afectado por las conductas desplegadas por la SCD en el mercado principal, es el de producción de *festivales* masivos en Chile, en el que participan distintas productoras, entre ellas, Lotus Festival.

III.3. La SCD tiene una posición de dominio, equivalente a una *supradominancia*, en el mercado relevante principal

De la misma forma como ocurre en otras jurisdicciones, se puede apreciar que las EGC son un actor sumamente relevante dentro del mercado de autorizaciones para la explotación comercial de obras musicales protegidas por el derecho de autor, pues ellas participan directamente en la administración de las obras protegidas que forman parte de su repertorio, confiriendo las autorizaciones de uso correspondientes conforme con un sistema de *gestión colectiva*, todo ello con la finalidad de, al menos en teoría, facilitar la administración de estos, reduciendo los costos de transacción y los riesgos de incumplimiento que implicaría el sólo funcionamiento de un sistema de *gestión individual*. Por esta razón, no es de extrañar que la existencia de las EGC haya sido considerada como necesaria dentro del sistema de protección de los derechos intelectuales, cuestión que ha sido bien destacada por la doctrina, al señalar que:

“...teóricamente, la gestión colectiva de derechos presenta numerosas ventajas, no solamente para los autores compositores o los titulares de derechos conexos, que no podrían, en caso contrario, explotar racionalmente sus obras, pero igualmente para los usuarios que pueden así tener acceso a las obras de una manera simple y relativamente económica. En realidad lo que es realmente criticable no es el principio de la gestión colectiva, sino la manera en que la mayoría de las EGC están organizadas y administradas”³⁴ (los énfasis han sido agregados).

Sin embargo, las amplias facultades que son concedidas por la ley a las EGC y, en particular, la forma cómo éstas son desarrolladas en la práctica por la SCD, terminan por generar serios problemas desde la perspectiva de la libre competencia. En efecto, resulta inconcuso que, tratándose de las autorizaciones para el desarrollo de eventos masivos en general, y de los

sentido de dicho artículo, la imposición, por una sociedad de gestión colectiva que dispone de un monopolio de hecho en un Estado miembro, a los organizadores de eventos musicales, por el derecho de comunicación al público de obras musicales, de un baremo en el que: –por una parte, las remuneraciones adeudadas por los derechos de autor se calculan sobre la base de una tarifa aplicada a los ingresos brutos obtenidos por la venta de entradas, sin que se puedan deducir de esos ingresos todos los gastos correspondientes a la organización del festival que no guarden relación alguna con las obras musicales que en él se ejecutan, siempre que, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos, las remuneraciones efectivamente exigidas por la sociedad de gestión con arreglo al citado baremo no presenten carácter excesivo en relación con, en particular, la naturaleza y ámbito de uso de las obras, el valor económico generado por dicho uso y el valor económico de las prestaciones de esa sociedad de gestión, lo que corresponde verificar al juez nacional (...)”.

³⁴ León. op.cit. p. 93.

festivales en particular, las EGC concentran en la práctica una gran parte de las decisiones sobre la autorización de uso de las obras protegidas por derecho de autor y por los derechos conexos –insumo esencial para la actividad económica desplegada por las productoras– y, por lo mismo, tienen poder sustancial de mercado.

Este hecho ha sido advertido por el legislador, quien impone como un aspecto sustancial de la gestión colectiva que ella debe realizarse conforme con un principio de libre acceso para los usuarios³⁵, quienes –en teoría– pueden hacer uso de un derecho que es necesario para el desarrollo de su actividad en condiciones igualitarias, sometiéndose al pago de la tarifa general que la EGC establezca por categoría de usuarios. En efecto, el artículo 100 de la LPI, inmediatamente después de establecer la obligación para las EGC de contratar la autorización para el uso no exclusivo de los derechos de autor y conexos que administren con cualquier eventual usuario que lo solicite, les confiere la facultad de fijar las tarifas por el licenciamiento de su repertorio para cada categoría de usuario, y los usos que quedarán comprendidos dentro de cada categoría que se defina.

Más aún, H. Tribunal, cuando se trata de la organización de *festivales*, en la práctica las productoras no tienen la opción de recurrir alternativamente al sistema de gestión individual de los derechos intelectuales. Si bien el sistema chileno está estructurado sobre la base de privilegiar el funcionamiento de la *gestión individual* de los derechos de autor, por sobre la *gestión colectiva* –cuestión que se encuentra en línea con la garantía constitucional de la libertad de asociación (artículo 19 N°15 Constitución), de la libertad de desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N°21 Constitución) y con el carácter excepcional que tiene en nuestro derecho la representación–, en la práctica el sistema de *gestión colectiva* ha tendido a imponerse por sobre el primero, sobre todo en eventos que implican la obtención de autorizaciones por parte de múltiples titulares, como ocurre paradigmáticamente en el caso de los *festivales*.

Lo anterior se explica fácilmente, si consideramos, en primer término, los costos de transacción que afrontaría una productora al momento de tener que negociar con cada titular de derecho involucrado –que puede o no coincidir con el artista que efectuará la presentación– una remuneración por la comunicación pública de la obra protegida por el derecho de autor, cuestión que puede terminar por hacer inviable el desarrollo de una actividad como ésta; o las consecuencias que puede tener la comunicación por parte de los artistas de obras sobre las cuales no cuentan con derechos suficientes o éstos son dubitados, máxime en circunstancias que nuestra jurisprudencia ha resuelto en casos como ese que la sola autorización proporcionada por el artista no es suficiente para comprender aquellas obras respecto de las cuales no tiene derechos, y que ha considerado que cualquier autorización debe necesariamente ser *explícita*, de manera que no podría ésta ser inferida del solo hecho que el artista se presente en el escenario.

³⁵ La cuestión de la libertad de acceso a los derechos intelectuales por parte de los usuarios es un aspecto relevante por sus posibles efectos anticompetitivos, especialmente cuando se trata del análisis de las negativas a celebrar contratos por parte de titulares que se encuentran en una posición monopólica o de dominancia en un mercado. Véase, D'Amore, Marcelo y Maito, Miguel. "Capítulo IV. Negativa a negociar derechos de propiedad intelectual." En: D'Amore. op.cit. pp. 175-242.

Más aún, si se sigue la tesis de las licencias globales sostenidas por la propia SCD³⁶, resulta irrelevante en la práctica si en un *festival* todas las obras son parte del repertorio de la SCD, o si solamente lo son una fracción de ellas, pues el monto a pagar será siempre el mismo. Este problema se verá incluso incrementado, si quien organiza el evento pretende llegar a un acuerdo de gestión individual con algunos de los titulares del repertorio que será ejecutado, pues en ese evento la existencia de este acuerdo convenido bajo un esquema de gestión individual no obstará a que la SCD cobre la misma cifra, según las tarifas establecidas de acuerdo con los ingresos brutos del evento. Los problemas que genera esta última situación distan de quedarse en el plano de lo teórico, pues la propia SCD ha instado judicialmente por el cobro de los derechos, como si no existiera acuerdo entre el artista y la productora. En dicho caso, pese a la constatación que se efectuó sobre que en un determinado concierto se ejecutaron diversas obras, existiendo una autorización de su autor, en lo que concierne a parte de ellas bajo un esquema de gestión individual, en definitiva los tribunales han resuelto acoger la demanda interpuesta por la SCD en contra de la productora y condenarla al pago íntegro del 8% que corresponde a la tarifa fijada por la EGC, sin efectuar distinción alguna sobre la base del porcentaje que las obras sometidas a gestión colectiva representaban en relación con el repertorio ejecutado³⁷. A decir verdad H. Tribunal, el “uso efectivo” de las obras poco y nada ha servido como criterio en estos casos.

Por lo anterior, es natural que frente a las contingencias que se pueden generar como consecuencia del carácter no conclusivo de las titularidades o de los riesgos que implique la ejecución de obras sobre las cuales los artistas no tienen derechos, en la práctica para la organización de un *festival* las productoras deban entenderse sólo con la SCD, quien obliga al pago de una licencia global que incluye todas las obras que forman parte de su repertorio, en su calidad de única EGC que funciona en el mercado de autorizaciones para la explotación comercial de obras musicales protegidas.

Por otra parte, la SCD cobra exactamente el mismo tarifario por la ejecución de una sola obra de su repertorio que por la ejecución de varias o todas ellas (es decir, utiliza un sistema de licencia global). De modo que, más allá de que para hacer operativo un sistema de gestión

³⁶ v. Aporte de Antecedentes SCD, p. 15.

³⁷ v. Sentencia Rol N°955-2017, dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción, que en su Considerando 2° señala “Que acreditado el hecho que el 27 de julio de 2013, la sociedad demandada organizó y produjo el recital 'Luis Jara en Concepción' y en que se utilizó, comunicándolas al público mediante su ejecución en vivo, distintas obras musicales del repertorio representado por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor y que corresponden 'a obras musicales ejecutadas en las presentaciones del intérprete Luis Jara' (fojas 73, 74) y entre las que, como bien señala el sentenciador del a quo, al menos en cuatro de ellas el señalado intérprete tiene derechos de autor; lo que permite concluir que en las restantes obras ejecutadas carece de tales derechos y por ello, no puede estimarse entonces que su presencia constituya una autorización implícita para la utilización de todas las obras ejecutadas durante el espectáculo.[...] 3” Que conforme lo señalado, la demandada necesariamente debió obtener autorización de los titulares de derechos de autor, mediante la concesión de una licencia específica, conforme a lo previsto en los artículos 17 a 21, 91 y 100 de la Ley N°17.336, lo que no hizo, y que de acuerdo al artículo 79 letra a) en relación al artículo 18 de la ley citada, constituye una infracción legal, toda vez que el obrar de la demandada ha privado a los autores, compositores, artistas y productores de la remuneración que les habría correspondido conforme a las tarifas arancelarias, que para los recitales asciende al 8% de los ingresos brutos totales obtenido en el espectáculo referido, conforme al título II, N°11- de las Tarifas Generales de la demandante publicadas en el Diario Oficial de 13 de febrero y de 27 de octubre de 1993, en relación al artículo 2 transitorio de la Ley N°19.166, 2 y 4 letra i) del Reglamento de Arancel para el Cobro del Derecho de Ejecución publicados Diario Oficial de 29 de enero de 1973 y de 24 de abril de 1975 y su modificación de 4 de febrero de 2010 (fojas 76, 79); por lo que la demanda será acogida, según se dirá.”

individual Lotus Festival tendría que asumir los costos de verificar que la persona con quien esté celebrando el contrato sea titular de todas las obras que serán comunicadas públicamente durante el espectáculo³⁸, dada la falta de criterios razonables y objetivos para tarificar el uso de obras por parte de la SCD, se generan impedimentos prácticos que dificultan más todavía la gestión individual de derechos.

Así, por ejemplo, si Lotus Festival lograra negociar individualmente la gestión de derechos con cada uno de los artistas que participan de uno de sus *festivales*, bastaría con que uno de los artistas no quisiera negociar directamente con la Productora para que éste tuviera un poder de veto e hiciera perder el sentido a la *gestión individual*. En otras palabras, pese a que el 99% de los artistas estuviera dispuesto a pactar una tarifa distinta con Lotus Festival, ese 1% disidente obligaría a la Productora a pagar el total del tarifario de la SCD y a optar necesariamente por la *gestión colectiva* de todos los derechos involucrados en el festival para evitar un doble pago (a cada artista en forma individual y, además, a la SCD a título de licencia global). Nuevamente se extraña el criterio de “uso efectivo” de las obras.

De esta forma, cuando se trata de definir el mercado de las autorizaciones para el uso de obras protegidas por el derecho de autor o de derechos conexos, nos encontramos con que en la práctica no es habitual que las productoras de espectáculos negocien directamente con los artistas que participarán de los eventos la cuantía del pago por concepto de derecho de autor —cuestión que se explica por las limitaciones normativas para que funcione un mercado de autorizaciones individuales—, por lo que se trata de una cuestión que queda entregada a la gestión que realiza la SCD, en su calidad de única EGC en la materia. Como consecuencia de lo anterior, la SCD tiene en la actualidad una posición dominante, más propiamente una supradominancia, de la cual habría abusado y se encontraría abusando al momento de definir los eventos que quedarán comprendidas dentro de cada categoría, según se expone en la continuación.

IV.

Descripción de las conductas anticompetitivas que se imputarán a la SCD

Lotus Festival tiene ciertos indicios, que pretende confirmar mediante los antecedentes que se obtengan de esta medida prejudicial preparatoria, de que la SCD estaría abusando de la posición dominante —en rigor *supradominante*— que tiene en el mercado de autorización de derechos de autor y conexos de obras musicales, pues habría adoptado un tarifario destinado a extraer abusivamente las rentas de los usuarios de dichos derechos, en particular, de aquellos usuarios que organizan *festivales*, como la Productora, lo que, indirectamente afectaría también a los consumidores finales y a los propios artistas que esa EGC representa.

³⁸ Cabe mencionar que, en el caso de la gestión colectiva de los derechos musicales, la SCD tampoco entrega una información clara sobre los titulares de derechos de autor que representa y respecto de qué obras componen su repertorio, lo que igualmente genera confusión e incertidumbre sobre el pago efectivo de los derechos de propiedad intelectual que se deben pagar a los artistas.

Como se ha indicado, Lotus Festival tiene la convicción de que el tarifario de la SCD debería reconocer las evidentes diferencias que existen entre el uso de obras musicales en el contexto de un *concierto* en comparación a un *festival*, lo que debería traducirse en la creación de una categoría de usuario distinta y en una tarifa determinada de manera objetiva, general y no discriminatoria, sobre la base de antecedentes económicos justificados.

Al respecto, se debe hacer presente que el inciso 5° del artículo 100 de la LPI indica que, para el caso de aquellos usuarios obligados a confeccionar planillas de conformidad a la ley, las tarifas deben estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la EGC respectiva³⁹. Sin perjuicio de lo dispuesto en dicha norma y, de que Lotus Festival ha cumplido en todo momento con su obligación de confeccionar las planillas de ejecución respecto de la generalidad de sus eventos –y, en particular, de sus *festivales*–, la SCD se ha negado a estructurar tarifas que guarden relación con la **utilización efectiva** de las obras que forman parte de su repertorio.

Sin ir más lejos, en la actualidad, de acuerdo con lo dispuesto en el tarifario general de la SCD, a partir de su publicación en el Diario Oficial el 4 de febrero de 2010, los usuarios que organizan espectáculos en teatros, cines, gimnasios deportivos y cualquiera otro local o recinto que habiliten para tal fin, con cobro de entrada –que corresponde a la categoría donde quedan comprendidos los conciertos, recitales de música, espectáculo de variedades y *festivales*– deben pagar una tarifa de 8% por derechos de comunicación pública de las obras por medio de un ejecutor o intérprete y un 4% por derecho de comunicación pública de las obras, a través de la reproducción de fonogramas, porcentaje que en ambos casos se calcula sobre la base de la entrada bruta por función (es decir, los ingresos del espectáculo)⁴⁰⁻⁴¹.

Asimismo, este tarifario vigente incluye una mención al convenio que la SCD suscribió con ciertas productoras de espectáculos el 1° de octubre de 2013 y que se publicó en el Diario Oficial el 23 de noviembre del mismo año⁴², el cual indica que la tarifa será, en el caso que la productora pague durante los 60 días siguientes a la realización del evento, de un “7,5% de los

³⁹ Artículo 100 inciso 5° de la LPI: “Las tarifas correspondientes a usuarios con obligación de confeccionar planillas, de conformidad a la ley o a sus respectivos contratos de licenciamiento, deberán estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva”.

⁴⁰ Tarifario de la SCD vigente el 1 de enero y el 30 de abril de 2021. Disponible en: <<https://www2.scd.cl/content/uploads/2021/02/TARIFAS-GENERALES-SCD-2021-.pdf>> [Fecha de última consulta: 24 de mayo de 2021].

⁴¹ Lo anterior, con el solo descuento del impuesto al valor agregado, si el evento estuviese afecto a dicho impuesto e incluyendo las invitaciones o cortesías, multiplicando éstas por el valor equivalente a la entrada de la respectiva localidad o ubicación, o de la localidad o ubicación de mayor valor, si no fuere posible su determinación. Asimismo, cabe mencionar que “[c]uando el uso de grabaciones o fijaciones sonoras o audiovisuales no constituya el espectáculo completo o parte principal de él, la tarifa por derecho de ejecución de fonogramas indicada será proporcional a la duración de ellas”.

⁴² Las productoras que en dicha época participaron en el convenio fueron Enrique Maluenda Producciones Ltda., Espectáculos Toma Ltda. y Colors Producciones Ltda.

*ingresos brutos de cada espectáculo, con la sola deducción del IVA, que se desglosa en 5% por comunicación pública de obras y 2,5% por comunicación pública de fonogramas*⁴³.

Por otro lado, para el caso que la productora pague la tarifa después de los 60 días de realizado el evento, dicha tarifa corresponderá a un “12% de los ingresos brutos de cada espectáculo, con la sola deducción del IVA, que se desglosa en 8% por comunicación pública de obras y 4% por comunicación pública de fonogramas”. Respecto del convenio suscrito con las productoras de espectáculos el año 2013, cabe mencionar que el tarifario de la SCD señala que “[e]n el evento que el uso de grabaciones o fijaciones sonoras o audiovisuales no constituya el espectáculo completo o parte principal de él, la tarifa por comunicación pública de fonogramas será proporcional a la duración de ellas. [Sin embargo,] el productor deberá acreditar estas circunstancias”.

La Productora ha intentado en diversas ocasiones hacer presente a la SCD que el cobro por concepto de uso de obras musicales en *festivales* no puede ser idéntico al contemplado para *conciertos*, instando por un entendimiento en este sentido. Incluso, con fecha 25 de noviembre de 2019, Lotus envió una comunicación por carta certificada a la SCD, en la que solicitó formalmente la apertura de un proceso de negociación destinado a que dicha EGC reconociera en su tarifario una nueva categoría de usuario aplicable a los *festivales* —y, por lo tanto, aplicable a todos los usuarios que se encontraran en la misma situación—, de modo de considerar en la tarifa, las particularidades de la actividad. Tal misiva fue respondida por la SCD mediante una carta enviada a la Productora el 30 de enero de 2020 —es decir, transcurridos dos meses desde que Lotus Festival envió la comunicación—, en la que se indicó que la EGC no iniciaría un proceso de negociación con Lotus Festival, pero que estaba dispuesta a escuchar de primera fuente “los argumentos que sustentan [la expectativa de la Productora] de que la SCD modifique sus tarifas actuales”.

Atendido a lo señalado, nuestra representada envió a la SCD, el 4 de febrero de este año, una presentación en la cual se exponían los argumentos que justifican la creación de una categoría de usuarios para los *festivales* con una tarifa diferenciada de los *conciertos*. Sin embargo, a tal presentación la EGC respondió, mediante carta de 29 de marzo de 2021, que “los antecedentes que hemos tenido a la vista no justifican el establecimiento de una tarifa diferenciada para festivales, por lo cual no podemos aceptar dicha condición para la continuación de nuestras conversaciones”.

A este respecto, H. Tribunal, es fundamental tener presente que la SCD estimó como insuficientes los argumentos expuestos por la Productora, pero Lotus Festival desconoce del todo cuáles serían los fundamentos económicos de las tarifas fijadas por la SCD. Así, la SCD se limitaría a negar la creación de una nueva categoría de usuario en su tarifario, sin estimar necesario dar cuenta de las razones que sustentan sus tarifas.

⁴³ No podrá acogerse a esta tarifa la productora que presente mora por eventos anteriores a la época de hacer efectivo el beneficio, siendo aplicable en ese caso las tarifas que se señalan para aquellas productoras que pagan 60 días después de la realización del evento.

Lo anterior, denota la posición de dominio con la que cuenta la SCD, pues, quien no esté de acuerdo con el monto de las tarifas por ella fijadas en el mercado principal, sólo tiene dos opciones: pagar la tarifa definida por la SCD o, salir del *mercado conexo* respecto del cual esos derechos son un *insumo esencial*—al no existir ningún sustituto al que puedan acudir para contar con el *insumo esencial* de obras musicales—.

Pese a intentos posteriores de Lotus por mantener el diálogo con la SCD y ahondar en los argumentos expuestos, ésta demostró no tener una intención seria de negociar, razón por la que la Productora se ha visto en la obligación de acudir a este H. Tribunal para acceder a los documentos que se indicarán *infra*, los que resultan fundamentales para comprender si existe un ejercicio abusivo de la posición dominante de la SCD y la extensión de esta conducta, que son elementos básicos para la posterior presentación de una demanda en contra de dicha EGC.

IV.1. Las conductas desplegadas por la SCD en el mercado principal producen efectos anticompetitivos en el *mercado conexo*

Como se ha indicado, las obras musicales constituyen un *insumo esencial* para las productoras de eventos artísticos y culturales masivos. Por lo mismo, las distorsiones que se generan por el ejercicio de poder de mercado por parte de la SCD en el mercado relevante principal afectan directamente a los usuarios de los insumos, pueden distorsionar la competencia entre éstos y, a su vez, afectan al consumidor final.

En primer lugar, las tarifas cobradas por la SCD implican un mayor costo en la producción de *festivales*, lo que incide en el precio de las entradas que se comercializan a los consumidores finales. Además, como existen consumidores con menor capacidad (disposición) de pago, entonces lógicamente existe una pérdida injustificada de bienestar.

En segundo término, el mayor costo de producción de *festivales* puede reducir la cantidad de espectáculos masivos de este tipo que una productora puede organizar, lo que también supone una pérdida de bienestar de los consumidores, quienes ven reducida la oferta disponible. Esto, a su vez, desnaturaliza la finalidad de un sistema eficiente de gestión de derechos de propiedad intelectual, que precisamente apunta a maximizar la producción creativa de los artistas, pues incentiva a las productoras a concentrar sus esfuerzos únicamente en los eventos que les generan mayor rentabilidad. Ello a su turno puede tener efectos en la actividad creativa, o de eficiencia en términos dinámicos. Ello, en un escenario que se presenta hoy como todavía más adverso a raíz de la pandemia generada por el COVID-19 y de las extensas e intensas medidas sanitarias que han impedido la realización de eventos masivos.

Los eventos masivos son una de las formas que tienen los artistas de darse a conocer entre el público. De ahí que su participación en *festivales* genera ciertas externalidades positivas, asociadas a una mayor reproducción de sus obras en otras plataformas —como por ejemplo la radiodifusión— o contactos con otros *festivales*, *sponsors*, representantes o sellos discográficos.

Esto implica que las conductas abusivas de la SCD pueden generar incluso un perjuicio directo para los titulares de los derechos de autor y conexos, que son a quienes las entidades de ese tipo representan en último término.

Finalmente, en la actualidad, la SCD no tiene incentivos para ser eficiente en su gestión. En efecto, no es evidente que hoy esa actividad se esté ejecutando al menor costo posible y maximizando con ello la distribución de dineros a los artistas que le han cedido sus derechos. En definitiva, un funcionamiento poco competitivo de la actividad de licenciamiento de derechos intelectuales en el ámbito musical produce ineficiencias en un triple sentido, pues asigna incorrectamente los recursos; desincentiva la producción de bienes o servicios a su menor costo; y, afecta la diversidad e innovación creativa. Esto implica que se generen distorsiones que van en un sentido contrario a los fines que la normativa de libre competencia busca cautelar.

V.

La medida prejudicial solicitada

H. Tribunal, no podemos dejar de llamar la atención respecto a la afirmación de la SCD de que sus tarifas son fijadas conforme con una metodología preestablecida en que imperan criterios técnicos y económicos y que se centra en el uso de su repertorio de obras, interpretaciones y fonogramas musicales⁴⁴, pues según se ha indicado, al menos nuestra representada, jamás ha tenido conocimiento de cuáles son esos supuestos criterios ni metodología. Y ello, en un contexto en que la Productora ha sostenido reuniones en el pasado con la SCD para, precisamente, entender esa supuesta metodología.

En esa línea, las medidas prejudiciales preparatorias o propiamente tales, enumeradas en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, son aquellas necesarias para que el demandante pueda entrar en juicio. Dentro de ellas, conforme con lo dispuesto en el numeral 3°, se encuentra la exhibición de los instrumentos públicos o privados que se encuentren en poder del futuro demandado y que, por su naturaleza, puedan interesar a diversas personas, como ocurre con nuestra representada. Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del DL 211, este H. Tribunal es plenamente competente para decretarlas y así lo ha hecho en el pasado.

El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil enumera distintas medidas prejudiciales preparatorias que pueden solicitarse por el futuro demandante, las que requieren el cumplimiento de ciertos requisitos, todos los cuales, como se verá, concurren en la especie.

⁴⁴ Expediente de Recomendación Normativa, Aporte de antecedentes de la SCD, fojas 774 y siguientes, p. 3.

V.1. Primer requisito: que se señale la acción que se pretende deducir y se indiquen someramente sus fundamentos

Sujeto a los antecedentes que sean exhibidos por la SCD, Lotus Festival pretende entablar una demanda en contra de dicha EGC por infracción al artículo 3° inciso primero y letra b) del DL 211, a partir de prácticas contrarias a la libre competencia que consisten en el ejercicio abusivo de una posición dominante a través de conductas de tipo explotativas.

Concretamente, se solicitará en la futura demanda que se ordene a la SCD: **(i)** cesar en sus conductas anticompetitivas; **(ii)** modificar su tarifario contrario a la libre competencia, incorporando una categoría de usuarios correspondiente a los *festivales*; **(iii)** fijar su tarifario en condiciones no arbitrariamente discriminatorias y bajo una razonabilidad económica que considere las particularidades de cada una de las categorías usuarios, en especial, al fijar la tarifa aplicable a la categoría *festivales*; **(iv)** pagar una multa a beneficio fiscal; y, **(v)** pagar las costas del juicio.

V.2. Segundo requisito: que se demuestre al tribunal la necesidad de la medida prejudicial para que el futuro demandante pueda entrar al juicio

Los documentos cuya exhibición se solicita son imprescindibles para preparar una eventual demanda seria y fundada. Como se indicó previamente, si bien existen antecedentes –incluso normativos– que permiten afirmar la posición de dominio con que cuenta la SCD dentro del mercado de autorizaciones para el uso de obras musicales protegidas por derechos intelectuales en eventos masivos, la opacidad o derechamente la negativa con que ha actuado dicha EGC al momento de justificar la racionalidad económica que subyace a las tarifas fijadas y los criterios que sustentan la delimitación de las diversas categorías de usuario, dificultan la interposición futura de una demanda en esta sede. En consecuencia, sólo con la exhibición de los documentos solicitados es que Lotus Festival podrá precisar el alcance de aquellas conductas en concreto que han sido ejecutadas por parte de la futura demandada; así como la extensión temporal y material de ellas. De lo contrario, la Productora no podrá ofrecer más que indicios al H. Tribunal, en apoyo de su posición, lo que dificultaría, y en verdad hasta haría muy difícil, la presentación de su demanda, al menos con los estándares de seriedad y rigurosidad deseados y que este H. Tribunal exige.

En el pasado, este H. Tribunal ya ha acogido este tipo de solicitudes y ha decretado medidas de esta naturaleza en otros mercados⁴⁵. Lo anterior, entendemos, pues ha dimensionado la

⁴⁵ Por ejemplo, H. Tribunal. Medida Prejudicial Preparatoria de Alimentos Bío-Bío Ltda. Respecto de Alimentos y Frutos S.A. y Otros, causa Rol C-296-2015; H. Tribunal. Medida Prejudicial Preparatoria de Industria Novochile S.A. respecto de Compañía Industria El Volcán S.A. y otro, causa Rol C-306-2016; H. Tribunal. Medida Prejudicial Preparatoria solicitada por Servicios de Correspondencia Envía Limitada respecto de Empresa de Correos de Chile, causa Rol C-348-2018; H. Tribunal. Medida Prejudicial preparatoria solicitada por Solvtrans Chile S.A. respecto de Armasur A.G., causa Rol C-356-2019; H. Tribunal. Medida cautelar prejudicial solicitada por Servicios de Taxis Colectivos SpA respecto de la I. Municipalidad de San Bernardo y otro, causa Rol C-360-2018; H. Tribunal. Medida Prejudicial solicitada por At-Pac Chile SpA en contra de Layher del Pacífico S.A., causa Rol C-371-2019; H. Tribunal. Medida Prejudicial Preparatoria de Exhibición de Documentos

relevancia que tiene el acceder a ciertos antecedentes relevantes de los futuros demandados para poder entablar con posterioridad las acciones judiciales correspondientes, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto.

V.3. Documentos que se solicita exhibir

Debido a todo lo previamente señalado, nuestra representada solicita a este H. Tribunal decretar la medida prejudicial preparatoria consistente en la exhibición, por parte de la SCD, de los siguientes documentos:

(i) Copias de los documentos que dan cuenta de los procedimientos ejecutados por la SCD para fijar las “Tarifas Generales SCD” de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, y de las etapas de validación y verificación previstas dentro de dicho procedimiento; los cuales se encuentran –según dichos de la EGC⁴⁶– certificados por la norma ISO 9001:2015.

(ii) Copias de los documentos que dan cuenta de la metodología que aplicó la SCD, durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, para la definición, elaboración, diseño y desarrollo de nuevas tarifas para el uso del repertorio de obras y fonogramas que administra dicha EGC.

(iii) Copias de los antecedentes técnicos considerados por la SCD, durante los años 2010, 2011, 2012, 2012, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, para la definición, elaboración, diseño y desarrollo de nuevas tarifas para el uso del repertorio de obras y fonogramas que administra dicha EGC.

(iv) Copias de los documentos que dan cuenta de los cálculos que efectuó la SCD para fijar las “Tarifas Generales SCD” de los períodos correspondientes a los años 1993, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021 respecto a las distintas categorías de usuarios que conforman el tarifario de la SCD. En particular, copia de los documentos que dan cuenta de los cálculos que efectuó la SCD, en los períodos ya señalados, para fijar el tarifario correspondiente a las siguientes categorías: **(a)** aquellos usuarios que organizan espectáculos en teatros, cines, gimnasios deportivos y cualquiera otro local o recinto que habiliten para tal fin, con cobro de entrada, que corresponde a la categoría donde a la fecha quedan comprendidos los conciertos, recitales de música, espectáculo de variedades y festivales; y, **(b)** los usuarios de obras musicales que organizan actividades circenses.

solicitada por Transportes Tierra del Fuego a Transbordadora Austral Broom S.A., causa Rol C-402-2020; H. Tribunal. Medida prejudicial preparatoria de exhibición de documentos solicitada por Contenedores San Fernando SpA. a Wenco S.A., causa Rol C-415-2020; H. Tribunal. Medida prejudicial solicitada por Inmobiliaria Agua Pura Ltda. en contra de Aguas de Antofagasta S.A. y Asociación de Agricultores del Departamento de El Loa, causa Rol C-418-2021; y, H. Tribunal. Medida prejudicial preparatoria y precautoria presentada por Tierra de Campeones S.A.D.P. en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, causa Rol C-419-21.

⁴⁶ Expediente de Recomendación Normativa, Aporte de antecedentes de la SCD, fojas 774 y siguientes.

(v) Copias de el o los informes técnico-económico utilizados por la SCD para fijar las “Tarifas Generales SCD” de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, los cuales, conforme dichos de la EGC⁴⁷, *“reúne la información necesaria para analizar las tarifas anteriores, convenidas o publicadas; otras tarifas de SCD para usos similares, las tarifas anteriores, convenidas o publicadas; otras tarifas de SCD para usos similares, tarifas y modalidades de cobro en el extranjero, modelos de negocio de los usuarios que estarán sujetos a la tarifa en elaboración, importancia del uso del repertorio para el usuario, si las utilizaciones del repertorio de los usuarios de dicha categoría se realizarán con fines comerciales o no, y cualquier otra consideración relevante sobre la explotación del repertorio para la cual se está desarrollando la tarifa”*⁴⁸.

(vi) Copias de toda comunicación intercambiada por la SCD en la que se dé cuenta del procedimiento, metodología o fórmula para fijar las “Tarifas Generales SCD” durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021.

(vii) Copias de el o los Convenios de Tarifas suscritos entre la SCD y ciertas productoras y/o la Asociación Gremial de Empresas Productoras de Entretenimiento y Cultura (“Agepec”), desde el año 2010 a la fecha.

(viii) Copias de los documentos que dan cuenta de los procedimientos ejecutados por la SCD para negociar el o los Convenios de Tarifas con ciertas productoras y/o la Agepec.

(ix) Copias de los documentos que dan cuenta de la metodología que aplicó la SCD para la definición, elaboración, diseño y desarrollo de las tarifas para el uso del repertorio de obras y fonogramas que administra dicha EGC en el contexto de el o los Convenios de Tarifas suscritos con ciertas productoras y/o la Agepec.

(x) Copias de los antecedentes técnicos considerados por la SCD para la definición, elaboración, diseño y desarrollo de nuevas tarifas para el uso del repertorio de obras y fonogramas que administra dicha EGC en el contexto de el o los Convenios de Tarifas suscritos con ciertas productoras y/o la Agepec.

(xi) Copias de los documentos que dan cuenta de los cálculos que efectuó la SCD para pactar el o los Convenios de Tarifas suscritos con ciertas productoras y/o la Agepec.

(xii) Copias de el o los informes técnico-económico utilizados por la SCD para pactar el o los Convenios de Tarifas suscritos con ciertas productoras y/o la Agepec.

(xiii) Copias de toda comunicación intercambiada por la SCD en la que se dé cuenta del procedimiento, metodología o fórmula para pactar el o los Convenios de Tarifas suscritos con ciertas productoras y/o la Agepec.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

(xiv) Copias de los documentos que dan cuenta de la distribución que efectuó la SCD a sus distintos asociados durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 por concepto de pago de derechos de autor y derechos conexos.

(xv) Copias de los documentos que dan cuenta de la distribución que efectuó la SCD a los distintos artistas que participaron en los festivales Lollapalooza celebrados en Chile durante los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, por concepto de pago de derechos de autor y derechos conexos.

(xvi) Copias de los documentos que den cuenta del tarifario que la SCD le aplicó durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, según corresponda, a los siguientes festivales: (a) Woodstaco Rock Festival; (b) Creamfields Chile; (c) Festival del Huaso de Olmué; (d) RockOut Fest; (e) Open Colbún; (f) Andes Prog Fest; (g) Sensation White; (h) Mysteryland; (i) Feria Fluvial; (j) Pulsar; (k) Defkon 1; (l) Primavera Fauna; (m) Womad; (n) Vívela; (o) Frontera; (p) Festival Alcántara; (q) En Orbita; (r) Dreambeach.

(xvii) Copias de los documentos que dan cuenta del pago que efectuó la SCD a otras entidades de gestión colectiva que administran derechos musicales, durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, producto de los contratos de reciprocidad firmados entre ellas.

(xviii) Copias de los tarifarios especiales acordados entre la SCD y otras productoras de eventos masivos, durante los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:

decretar la medida prejudicial preparatoria solicitada en contra de la Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes Musicales, ya individualizada en esta presentación, ordenándole exhibir todos los documentos solicitados dentro del plazo que este H. Tribunal determine, debiendo dejar copia simple de éstos, bajo los apercibimientos establecidos en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil.

PRIMER OTROSÍ: Designamos a los siguientes receptores para los efectos de practicar la notificación de la medida prejudicial de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que, durante el curso de este procedimiento, sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento:

1. Doña Marianela Ponce Herмосilla, receptora judicial, domiciliada en calle Rosa Rodríguez N°1375, oficina 313, comuna de Santiago.

2. Don Héctor Pizarro Lara, receptor judicial, domiciliado en calle Agustinas N°1442, torre B, oficina 902, comuna de Santiago.

Sírvase el H. Tribunal: acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: Nuestra personería para comparecer en nombre de Lotus Festival SpA consta en la escritura pública de 23 de septiembre de 2019, otorgada en la Notaría de doña Myriam Amigo Arancibia, cuya copia autorizada acompañamos en este acto. Asimismo, acompañamos copia del certificado del Registro de Comercio de Santiago, de fecha 17 de mayo de 2021, que da cuenta de la vigencia de nuestra personería.

Sírvase el H. Tribunal: tener por acreditada nuestra personería y por acompañados los referidos documentos, con citación.

TERCER OTROSÍ: Designamos abogados patrocinantes y conferimos poder para actuar en estos autos, con las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, a los abogados Benjamín Mordoj Hutter, Marco Nicolás Ubilla Pareja, Pablo Cornejo Aguilera, Catalina Iñiguez Morales y Néstor Nicolás Morales Palma; todos de nuestro mismo domicilio, quienes podrán actuar indistintamente, en forma individual o conjunta, y que firman en señal de aceptación.

Sírvase el H. Tribunal: tenerlo presente.

Sebastián
Meza Cerda

Firmado digitalmente
por Sebastián Meza
Cerde
Fecha: 2021.05.31
20:34:01 -07'00'

Catalina
Apey
Radnic

Firmado
digitalmente por
Catalina Apey Radnic
Fecha: 2021.05.31
20:35:11 -07'00'

MARCO
NICOLAS
UBILLA PAREJA
2021.06.01
07:13:53 -04'00'

Firmado
digitalmente
por PABLO
ANDRES
CORNEJO
AGUILERA
Fecha:
2021.06.01
08:29:12 -04'00'

BENJAMIN
ARIEL
MORDOJ
HUTTER
2021.06.01
10:15:12
-05'00'

Firmado
digitalmente por
NESTOR NICOLAS
MORALES PALMA
Fecha: 2021.06.01
08:14:05 -04'00'

Firmado
digitalmente por
CATALINA JESUS
INIGUEZ MORALES
Fecha: 2021.06.01
10:16:47 -04'00'