Informe

Análisis económico del mercado de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares.

07/03/2019

P&B Consultorías*

y

Juan-Pablo Montero#

* **Carlos Poblete Bennett**, Director P&B Consultorías, Ingeniero Comercial Pontificia Universidad Católica.
Nicolás Rey González, Economista P&B Consultorías, MSc. in Economics, Tilburg University, Ingeniero Comercial mención economía, Universidad de Chile.
Isabel Encina Díaz, Economista P&B Consultorías, MSc. in Economics, Tilburg University, Ingeniero Comercial mención economía, Pontificia Universidad Católica.
Profesor Titular Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica, Ph.D. Massachusetts Institute of Technology.

Prólogo

Este informe ha sido solicitado por la Asociación Nacional de Televisión A.G. Sin perjuicio de lo anterior, todos los análisis, antecedentes y consideraciones aquí presentados son independientes y de exclusiva responsabilidad de los autores.

Resumen Ejecutivo

El objetivo de este informe ha sido determinar los problemas de competencia en el mercado de determinación de tarifas por utilización de derechos de autor y derechos conexos, normados por la Ley N°17.336, y los derechos intelectuales particulares otorgados a artistas intérpretes y ejecutantes, introducidos mediante la Ley N°20.243, y luego extendidos a directores y guionistas mediante la Ley N°20.959. Lo anterior en el contexto del expediente de recomendación normativa abierto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, caratulado: "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.

Para cumplir con el objetivo señalado, este informe se compone de 5 secciones cuyos contenidos y sus objetivos se detallan a continuación.

Sección 1: Introducción

Esta sección pone en contexto el informe, y detalla el encargo realizado a P&B Consultorías S.A., para luego presentar la forma en que se ha estructurado el trabajo aquí presentado.

Sección 2: Descripción de la industria de la televisión de libre recepción

El objetivo de la Sección 2 no es más que generar un entendimiento del contexto sobre el cual se enmarca el posterior análisis de la determinación de tarifas por la utilización de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares.

A este respecto, en primer lugar, se provee una exposición de la evolución de la televisión de libre recepción en Chile, desde sus orígenes en 1959 hasta la actualidad, cubriendo el rol que esta tuvo como un medio educativo en sus orígenes, con canales universitarios, y su paso a una televisión comercial, con canales privados y un canal estatal.

En segundo lugar, se analiza el mercado donde compite la televisión abierta en su negocio de generación de audiencia y la consecuente venta de espacios publicitarios, la evolución de la inversión publicitaria en Chile, y el cambio de su distribución a través de distintos medios, donde destaca la tendencia histórica de crecimiento de la televisión de pago, pero más aún, la irrupción de los medios digitales (online) en los últimos seis años. En este contexto, luego se analiza la forma en la que la televisión de libre recepción ha mantenido su capacidad de generación de audiencia -para venderla a avisadores publicitarios- a pesar de las alternativas que esta tiene actualmente para el consumo de contenido audiovisual. Sin perjuicio de lo anterior, y como una combinación de una audiencia estable, con una inversión publicitaria con una leve tendencia a la baja, es que el valor al cual los canales pueden vender su audiencia también ha caído, particularmente en los últimos tres años. Lo anterior presenta un gran desafío a la industria de la televisión de libre recepción, toda vez que sus esfuerzos por mantener su audiencia se traducen en mayores costos de operación, sumados a la ya mencionada caída en el valor que estos pueden obtener de ella.

Sección 3: Los derechos de propiedad intelectual

La Sección 3 provee una serie de definiciones de la Organización Mundial de Propiedad intelectual acerca de derechos de autor y derechos conexos. Adicionalmente se introduce la Ley N°17.336,

conocida como Ley de Propiedad Intelectual y se presentan los derechos intelectuales particulares otorgados mediante la Ley N°20.243 y extendidos mediante la Ley N°20.959. La sección contiene además una revisión de distintos documentos que tienen relación con el origen de la Ley N°20.243, como es el Informe de la Comisión de Cultura, así como la transcripción de la discusión en sala de la Cámara de Diputados de fecha 4 de octubre de 2007, entre otros. Adicionalmente, se construye una serie de ejemplos prácticos para un mejor entendimiento de la implicancia de los distintos tipos de derechos, en el contexto de la producción de obras audiovisuales.

Posteriormente, esta misma sección analiza la gestión de derechos de propiedad intelectual, la que típicamente está compuesta de altos costos fijos y que da lugar a monopolios naturales, como son las Entidades de Gestión Colectiva, comprendidas en la Ley N°17.336, y se expone una lista de las distintas entidades autorizadas en Chile, así como un detalle de los derechos de propiedad intelectual que estas administran.

Finalmente la sección termina con una exposición de la forma en que opera la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual en Chile, desde la publicación que hacen las distintas entidades de Gestión Colectiva, a las negociaciones con asociaciones de usuarios y a la alternativa de llegar a arbitraje, contemplada en la Ley N°17.336, si las mencionadas negociaciones no llegan a acuerdo.

Sección 4: Análisis económico de la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual

La Sección 4 corresponde al análisis central de este informe. En ella se analizan tres aspectos de la competencia en la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual, a través de tres subsecciones.

La Sección 4.1 analiza cómo, en un contexto de monopolios naturales como son las Entidades de Gestión Colectiva, la redacción de la Ley N°20.243 les ha otorgado una posición dominante que se traduce en precios excesivos, sobre la industria de televisión de libre recepción. Lo anterior se debe a que la base sujeta a remuneración contemplada en dicha ley obliga a sobre-reumunerar derechos de propiedad intelectual, al incluir en ella la primera emisión o el estreno de una obra fijada en formato audiovisual, puesto que para dicha actividad, estos ya se encuentran remunerados en un mercado competitivo de producción de contenido. Esto último, que se encuentra debidamente argumentado dentro de la sección, va en la misma línea de la documentación revisada en la Sección 3 respecto al origen de la ley, donde en palabras del Consejo Nacional de las Culturas y las Artes[1] se indica que los derechos de quienes participan en obras audiovisuales son cedidos "[…] a precios que corresponden solo a primeras o únicas transmisiones."

La sección concluye que para solucionar de forma simple este problema, es que se debe excluir la primera emisión o el estreno de una obra fijada en formato audiovisual, de las actividades que generan la base sujeta a remuneración por conceptos de derechos intelectuales particulares.

La Sección 4.2 analiza las consecuencias de la multiplicidad de tarifas sobre una obra audiovisual en este mercado, considerando que una serie Entidades de Gestión Colectiva con poder de

[1] Consejo Nacional de las Culturas y las Artes (2017) - *Guía de derecho de autor. La protección de la creación.*

mercado, administran los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes ejecutantes, directores y guionistas, todos ellos esenciales y complementarios para la producción y emisión de contenido. Para ilustrar esto último, considere que una obra dramática o producción audiovisual necesariamente incluye el trabajo -en mayor o menor medida- de todos los titulares de derechos ya mencionados.

Se ha podido demostrar, que la negociación de tarifas en forma separada entra cada Entidad de Gestión Colectiva, con alguna asociación de usuarios, genera un problema, o una distorsión, en la forma de una doble (o múltiple) marginalización. Dicha distorsión implica, que la utilización de los recursos que aportan artistas intérpretes ejecutantes, directores y guionistas se aleja de su óptimo social, puesto que la negociación independiente de cada Entidad de Gestión Colectiva genera una externalidad negativa sobre el resto, producto de la complementariedad de derechos.

La sección concluye que para solucionar este problema, se requiere diseñar un mecanismo para que todas las Entidades de Gestión Colectiva negocien sus tarifas de forma conjunta y simultánea con las respectivas asociaciones de usuarios.

Finalmente, la Sección 4.3 realiza un análisis del mecanismo de resolución de controversias en las negociaciones tarifarias por uso de derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, se establece que la oportunidad de contar con dicho mecanismo puede ser un elemento pro-competitivo en este mercado. En segundo lugar, se plantea que el actual mecanismo de arbitraje contemplado en la Ley N°17.336 no sería satisfactorio. Si bien existen varias razones para optar por un mecanismo de tipo *final offer arbitration*, como es la convergencia entre las propuestas tarifarias de las partes, que provee estabilidad, y la revelación que ello entrega sobre el valor de los derechos de propiedad intelectual, previamente se requiere establecer una estructura tarifaria sobre la que se arbitrarán sus parámetros. Esta estructura debe considerar la intensidad de utilización de cada derecho en las distintas actividades comerciales que tenga un usuario y que sean parte de la base sujeta a remuneración, de acuerdo con la legislación, con el objeto de que se remunere el aporte económico de dichos derechos.

En línea con lo anterior, en tercer lugar, se plantea que las propuestas tarifarias de las partes enfrentadas deben componerse de la estructura tarifaria en forma íntegra, como un paquete completo. De lo contrario las virtudes respecto a la convergencia de las propuestas tarifarias en un *final offer arbitration* desaparecerían.

Por último, esta sección también plantea que el tribunal arbitral debe estar compuesto mediante una regla a priori, y que sus miembros deben ser independientes de las partes enfrentadas, salvo un miembro de común acuerdo. Para lo anterior se plantea una alternativa concreta de instituciones que podrían aportar miembros al tribunal arbitral, cada vez que este se convoque, teniendo presente las aptitudes que se requerirían específicamente en las áreas de propiedad intelectual, economía y libre competencia. Alternativamente se plantea que, de ser pertinente a la realidad de este mercado en Chile, existen antecedentes internacionales respecto a la conformación de entidades especializadas abocadas a dicha labor.

1459

Sección 5: Consideraciones finales

Esta sección contiene las consideraciones finales del informe, y se establece que: (i) actualmente la Ley N°20.243 genera evidentes problemas de competencia, en lo relativo a la creación de posiciones dominantes y precios excesivos a la industria de la televisión abierta, producto de la inclusión de los estrenos o primeras emisiones en las actividades que generan la base sujeta a remuneración. (ii) Que esta ley, así como la Ley N°17.336, no contemplan el problema de la doble (o múltiple) marginalización, producto de negociaciones independientes entre las distintas Entidades de Gestión Colectiva y las asociaciones de usuarios, al no considerar que estos derechos son esenciales y complementarios para la emisión de contenido y que al mismo tiempo son administrados por organismos con poder de mercado. Y (iii) que el actual mecanismo de arbitraje contemplado en la Ley N°17.336, tiene una serie de aspectos a ser mejorados para procurar su correcto funcionamiento y sus consecuencias pro-competitivas, condiciones necesarias estas que se sugieren en el informe.

1460

Contenido

Prólogo ii

Resumen Ejecutivo iii

1 Introducción 1

2 Descripción de la industria de televisión de libre recepción 2

2.1 Evolución y estructura de la industria televisiva en Chile 2

2.1.1 Inicios de la televisión en Chile: 1940-1962 2

2.1.2 Industria televisiva, periodos 1962-1973-1989 2

2.1.3 Industria televisiva periodo 1989 al presente 3

2.2 Mercado, estructura y competencia de la televisión en Chile 7

2.2.1 Inversión Publicitaria 7

2.2.2 Generación de audiencia 10

2.2.3 Valor de venta 12

2.2.4 Desafíos y perspectivas 13

3 Los derechos de propiedad intelectual 14

3.1 Derechos de autor y derechos conexos 14

3.2 Derechos intelectuales particulares 16

3.3 Gestión de los derechos de propiedad intelectual 18

3.3.1 Las Entidades de Gestión Colectiva 18

3.3.2 Operación de la gestión de derechos en la determinación de tarifas 20

4 Análisis económico de la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual. 21

4.1 Base sujeta a remuneración de derechos intelectuales particulares 21

4.2 Derechos de propiedad intelectual como insumos esenciales de la industria, su complementariedad y el problema de la multiplicidad de tarifas 28

4.3 Mecanismo de arbitraje 31

4.3.1 Mecanismo de arbitraje 32

4.3.2 Condiciones necesarias para el buen funcionamiento de un mecanismo de arbitraje 37

5 Consideraciones finales 40

Referencias 42

1 Introducción

El día 16 de agosto de 2018, la Asociación Nacional de Televisión A.G. ("ANATEL"), presentó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") una solicitud de recomendación normativa para que, conforme a los dispuesto en el Artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211, proponga al Presidente de la República la dictación de preceptos legales y/o reglamentarios destinados a fomentar la competencia en la determinación de tarifas que se pagan por el uso de derechos de autor, conexos, e intelectuales particulares (conjuntamente "derechos de propiedad intelectual"). Posteriormente, el día 27 del mismo mes, el TDLC resolvió iniciar un expediente de recomendación normativa caratulado: "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.

Pellegrini & Cía. Abogados, en representación de ANATEL, solicitó a los autores de este informe, un análisis del mercado chileno de derechos de autor y derechos conexos, normados mediante la Ley N°17.336[2] ("LPI"), y derechos intelectuales particulares otorgados a artistas intérpretes y ejecutantes, introducidos mediante la Ley N°20.243[3], y luego extendidos a directores y guionistas mediante la Ley N°20.959[4]. Todo lo anterior desde la perspectiva de la competencia en la determinación de las tarifas anteriormente mencionadas.

Para cumplir con el objetivo del análisis encargado, este informe se organiza de la siguiente manera: la Sección 2 provee una descripción de la industria de televisión abierta en Chile su evolución a través del tiempo y la actual situación que enfrenta, sección que tiene como propósito, describir el contexto y/o marco donde se desarrolla el análisis económico posterior. La Sección 3 contiene una introducción a los derechos de propiedad intelectual en lo que al contexto de este informe se refiere. En ella se entregan algunas definiciones de organizaciones internacionales, se introduce la legislación chilena mediante la cual se protegen dichos derechos, se introduce el concepto de Entidad de Gestión Colectiva ("EGC"), y se expone la forma en que se determinan actualmente las tarifas por el uso de derechos de propiedad intelectual. Posteriormente la Sección 4 analiza la determinación de tarifas desde un punto de vista de competencia. En primer lugar, esta sección se refiere a una eventual posición dominante que ejercen las EGC sobre los canales de televisión abierta, producto de ciertas imprecisiones en la redacción de la Ley N°20.243 y/o interpretaciones. En segundo lugar, se analiza la multiplicidad de tarifas que enfrenta la industria por conceptos de derechos intelectuales particulares, todos ellos esenciales y complementarios entre sí, que al estar bajo la administración de entidades monopólicas, generarían un problema de doble (o múltiple) marginalización, en desmedro de la cadena de valor. En tercer lugar, esta sección analiza el actual sistema de arbitraje que contempla la LPI y las condiciones necesarias para que éste sea efectivo, toda vez que una eventual posición dominante en la industria podría ser mitigada mediante un buen sistema de resolución de disputas. Finalmente, la Sección 5 expresa las consideraciones finales a este informe que, a nuestro juicio, deberían ser consideradas para la elaboración de una recomendación normativa si así lo estima el TDLC.

---

[2] Ley N°17.336, del 2 de octubre de 1970, última modificación el 3 de noviembre de 2017.
[3] Ley N°20.243, del 5 de febrero de 2008.
[4] Ley N°20.959, del 29 de octubre de 2016.

2 Descripción de la industria de televisión de libre recepción

En esta sección, se describe la evolución de la industria de la televisión denominada abierta o de libre recepción en Chile, desde su origen hasta la actualidad, el cambio a la televisión comercial, la televisión privada, la evolución de la difusión por cable y satelital, la irrupción de los medios online, la denominada era digital y los efectos sobre su negocio. Lo anterior tiene como único propósito generar un marco contextual adecuado, para el posterior análisis económico de la determinación de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares en lo que a esta industria se refiere.

2.1 Evolución y estructura de la industria televisiva en Chile

2.1.1 Inicios de la televisión en Chile: 1940-1962

Si bien las primeras emisiones públicas de televisión en el mundo se realizaron por BBC One en Inglaterra en 1927, en Chile no se comenzó a transmitir sino hasta el 21 de agosto de 1959, cuando la Universidad Católica de Chile inicia oficialmente sus transmisiones públicas y periódicas en circuito abierto. Al día siguiente, el 22 de agosto del mismo año, es la Universidad Católica de Valparaíso la que inicia sus transmisiones, y un año después se sumó la Universidad de Chile. Estos canales universitarios, entre 1959 y 1962, transmitían programas con fines educacionales amparados en el Decreto N°7.039[5], y su alcance público era muy limitado, debido a, por una parte, al escaso número de televisores existentes a esa fecha, como también a una reducida área de recepción de señal.

2.1.2 Industria televisiva, periodos 1962-1973-1989

Sin perjuicio de que no existe un cambio en la ley que regulaba la televisión, la transmisión de la Copa Mundial de futbol de la FIFA provoca un cambio relevante en la cobertura y número de televisores del país, impulsando con ello la televisión como medio de entretención por sobre el fin educacional que había tenido desde sus inicios hasta 1962. Adicionalmente, en dicho período, los canales de televisión comienzan a desarrollar el negocio publicitario como fuente de ingresos. Este cambio de foco de los canales genera la compra y distribución de películas y series extranjeras, así como la producción de programas nacionales de noticias, entretención, deporte, cultura y política a mayor escala.

Ya en 1970 se crea la Ley de Televisión Chilena, Ley N°17.377[6], conocida también como ley Hamilton, la cual dicta los nuevos parámetros bajo los cuales se debían regir los canales de televisión y su contenido, y que recoge la evolución de la televisión ya explicada entre los años 1962 y 1970. Esta ley, entre otras, define el objetivo de la televisión abierta como:

i. medio de difusión que ha de servir para comunicar e integrar el país

ii. difundir el conocimiento de los problemas nacionales básicos y procurar la participación de todos los chilenos en las grandes iniciativas encaminadas a resolverlos

[5] Decreto N°7.039, del 26 de noviembre de 1958.
[6] Ley N°17.377, del 24 de octubre de 1970.

iii. afirmar los valores nacionales, los valores culturales y morales, la dignidad y el respeto a los derechos de la persona y de la familia

iv. fomentar la educación y el desarrollo de la cultura en todas sus formas

v. informar objetivamente sobre el acontecer nacional e internacional, y entretener sanamente, velando por la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud

Además de estas funciones, a la televisión universitaria le corresponde ser la libre expresión pluralista de la conciencia crítica y del pensamiento creador.

La televisión no estará al servicio de ideología determinada alguna y mantendrá el respeto por todas las tendencias que expresen el pensamiento de sectores del pueblo chileno.
(Ley N°17.377, Articulo 1°)

Adicionalmente, en su Artículo 2°, la Ley N°17.377 determina que las instituciones autorizadas para establecer, operar y explotar canales de televisión en Chile serán: la Universidad Católica de Chile, la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Valparaíso y Televisión Nacional de Chile ("TVN"), ésta última institución creada mediante la misma ley. En relación con el financiamiento de cada canal, según se detalla en el Artículo 31° de la misma ley, éste se obtendrá primariamente de los ingresos propios de cada canal, derivados de aportes que perciban, servicios que presten, publicidad contratada, recursos provenientes del presupuesto de la Nación y leyes especiales, como también por los recursos provenientes del saldo del Impuesto al Patrimonio. En su artículo 7°, se crea el Consejo Nacional de Televisión ("CNTV"), como una entidad perteneciente a la Superintendencia de Servicios Eléctricos, Gas y de Telecomunicaciones[7], a la que correspondería la orientación general, supervigilancia y fiscalización de la televisión chilena.

Resulta destacable cómo esta Ley establecía además obligaciones a los canales respecto a la difusión gratuita de comunicación política de distinta índole, tanto en periodos eleccionarios como en periodos no eleccionarios. Lo anterior, se entendía como una obligación social de ellos ante los distintos aportes que recibían del Estado.

Sin perjuicio de los cambios institucionales ocurridos en Chile en 1973 y de la aplicación solo parcial de la ley vigente a esa fecha, no es sino hasta el 30 de septiembre de 1989 que se promulga la Ley N°18.838[8] la cual establece al Consejo Nacional de Televisión como institución autónoma de rango constitucional. Esta ley deroga parte de la ley vigente desde 1970, específicamente todos aquellos artículos que no tienen relación con Televisión Nacional de Chile.

2.1.3 Industria televisiva periodo 1989 al presente

Como se anticipó en el apartado anterior, es recién en septiembre de 1989 que se promulga la Ley N°18.838, creando el Consejo Nacional de Televisión con sus nuevas atribuciones y obligaciones.

[7] Dependiente del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.
[8] Ley N°18.838, del 30 de septiembre de 1989.

Posteriormente, en el año 1992 es que mediante la Ley N°19.131[9], se introducen modificaciones a la ley de creación del Consejo Nacional de Televisión, y adicionalmente en el mismo año, se promulga también la ley N°19.132[10], que establece a Televisión Nacional de Chile como una empresa del Estado, bajo el concepto de televisión pública independiente. Bajo esta nueva normativa, se introducen cambios significativos a la industria, en cuanto a establecer el régimen de concesión a los canales, permitiendo a su vez la entrada de entes privados, se redefine el funcionamiento de la industria televisiva y se reformulan las normas de la comunicación política, establecidas en paralelo en la Ley Electoral.

Ley Electoral

A pesar de que la Ley N°18.838 terminó por descartar el relevante rol que tenía la televisión en los años previos a 1989 en la comunicación política, y de que las actuales leyes que rigen la televisión abierta en Chile no contemplan obligaciones o imposiciones de este tipo, sí existen, a través de la Ley N°18.700[11], denominada Ley Electoral, imposiciones a la televisión de libre recepción. De todas maneras, es importante mencionar que, sin duda el contexto en el que fue promulgada la Ley Electoral, el 19 de abril de 1988, es muy disímil a la situación actual de los medios de comunicación masivos, y sobre todo a la de la televisión de libre recepción. De forma resumida, esta ley obliga a los canales de televisión de libre recepción o también llamados de televisión abierta, a:

> vi. destinar gratuitamente treinta minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral en los casos de elección de Presidente de la República, de diputados y senadores, únicamente de diputados o de plebiscitos nacionales, o
>
> vii. destinar gratuitamente cuarenta minutos si la elección de Presidente y diputados y senadores fuere conjunta,
>
> Lo anterior, por un periodo que comprende desde el trigésimo y hasta el tercer día anterior a la elección o plebiscito, ambos días inclusive.
> (Ley N°18.700, Título I De los Actos Preparatorios de las Elecciones, Párrafo 6° De la Propaganda y Publicidad, artículo 31, incisos 1° y 2°)

Esta imposición genera una significativa carga a los canales, en cuanto al costo alternativo que representa destinar gratuitamente valiosos espacios de tiempo en horarios de rating medio y alto[12]. Resulta interesante reflexionar respecto a que una industria privada, en este caso la de televisión de libre recepción, tenga cargas específicas para este respecto en comparación a cualquier otra industria de la economía nacional. Adicionalmente, y en contrario a otros medios de comunicación social, la televisión de libre recepción no puede contratar propaganda electoral ni política, en circunstancias que otros medios de comunicación sí lo pueden hacer.

---

[9] Ley N°19.131, del 08 de abril de 1992.
[10] Ley N°19.132, del 08 de abril de 1992.
[11] Ley N°18.700, del 06 de mayo de 1988.
[12] De acuerdo al horario de transmisión definido por el CNTV.

1460

Respecto a la transmisión de cadenas nacionales, estas son de carácter voluntario desde 1990, por lo tanto, los canales pueden evaluar libremente si se adhieren a ellas, por lo que no constituye una imposición en contraste con la franja electoral.

Por lo tanto, los canales de libre recepción tienen un costo significativo impuesto por la Ley Electoral que representa derechamente menores ingresos de publicidad en los espacios dedicados a la política. Cabe mencionar que no existen costos variables que el canal deje de incurrir por transmitir la programación política, lo que se traduce en que el menor ingreso es finalmente un mayor costo. Por último, es importante destacar, y como se describe más adelante, que existen más de ciento sesenta canales que llegan a los hogares vía televisión de pago, canales que no están sujetos a esta imposición.

Privatización de los canales de libre recepción

Bajo el nuevo marco legal definido por la nueva legislación, es que el día 23 de octubre de 1990, el Grupo ligado al empresario Ricardo Claro inicia oficialmente las transmisiones del primer canal privado de la televisión chilena, Megavisión ("Mega"). Posteriormente, en mayo de 1991, inicia sus transmisiones el segundo canal privado de Chile, perteneciente al grupo Chilefilms, Red Chilena de Televisión ("La Red"). A su vez, en este nuevo escenario de competencia, es que el Canal 11 ("CHV") de la Universidad de Chile cede, el año 1991, parte de su propiedad al grupo venezolano Venevisión, para posteriormente en 1994, ceder por completo su propiedad, estableciéndose por lo tanto como otro canal privado de televisión. Respecto a Canal 13, perteneciente a la Universidad Católica de Chile, este es traspasado en 1999 al grupo Empresas UC, para luego ceder el 67% de la propiedad al Grupo Luksic, quienes posteriormente el año 2010 adquieren el 33% restante. En este mismo sentido, el Canal UCV TV, actualmente y desde 2018 TV+, también de origen universitario como Canal 11 y Canal 13, pasa al sector privado el año 2017, mediante la venta del 90% de su propiedad al grupo Media 23 SpA de propiedad de GCO Entretención.

De esta manera, la actual industria de la televisión abierta, compuesta por los canales asociados a ANATEL, y que representan casi la totalidad de la misma[13], está compuesto por cinco canales de capitales privados: La Red, TV+, Mega, CHV y Canal 13, y por un canal público independiente: Televisión Nacional de Chile ("TVN").

Oferta de contenidos y captura de audiencia

En paralelo a la privatización de los canales universitarios, es que desde comienzos de este periodo entra al mercado la llamada televisión de pago, que se desarrolla inicialmente vía cable y posteriormente satelital. La televisión de pago ha tenido un rápido y alto grado de penetración si se considera que al año 1993 esta se encontraba habilitada en un 11% de los televisores, mientras que a 2017 en un 76%[14]. Más aún, en el segmento ABC1, la televisión de pago alcanzó el 96% el año 2017.

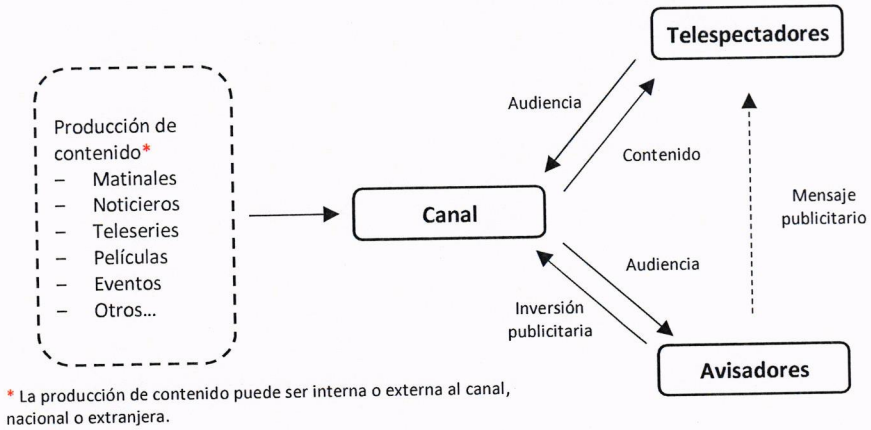
---

[13] Existen otros canales que tienen transmisión abierta y no están asociados a Anatel.
[14] CNTV (2018): Resumen histórico de Encuesta Nacional de Televisión: Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales.

La televisión de pago es un sistema de distribución de señales, que agrega a las de libre recepción chilenas, otras señales nacionales y extranjeras, entregando al televidente una amplia oferta con una variada y profunda segmentación de entretención, deporte, cultura, noticias, películas, reportajes, series, historia, etc., incluso en distintos idiomas. El hecho de que estos nuevos canales lleguen a la mayoría de los hogares chilenos, y que a través del mismo distribuidor de cable o satélite también lleguen los canales de libre recepción, supone un significativo aumento en la competencia en lo que a oferta de contenidos y captura de audiencia se refiere. A mayor abundamiento, el día de hoy la televisión de libre recepción no solo enfrenta la competencia de los canales de televisión de pago, que suman más de 160, sino que también compite con la producción original y oferta de contenido -y su consecuente captura de audiencia- de los nuevos servicios de difusión vía *streaming*, como son las plataformas de YouTube y Netflix entre otros. Más aún, en los nuevos televisores, llamados Smart TV[15] (televisores con conexión directa a internet), el televidente tiene acceso desde el mismo control remoto, a los canales de libre recepción, a los canales de pago, y a plataformas especializadas de servicios over-the-top ("OTT"), como es el caso de Netflix, HBO GO, y YouTube entre otras. Adicionalmente, y en ausencia de un Smart TV, igualmente se puede acceder a dichas plataformas mediante un computador personal o dispositivos electrónicos de menor tamaño, en virtud de que un 84,7% de la población chilena tiene acceso a internet, de acuerdo a cifras de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Lo anterior amplía de manera significativa la oferta de contenidos disponibles, prácticamente para toda la potencial audiencia del territorio nacional.

En este nuevo escenario de mayor competencia, no solo entre los canales de recepción abierta, sino que también con aquellos canales de televisión de pago, y con el contenido de plataformas OTT, y con los cambios de rol y objetivos evidenciado desde los inicios de la televisión en Chile, es que la Ilustración 1 a continuación representa de forma simple el modelo de negocio de la televisión chilena.

Ilustración 1: Modelo de negocio de la televisión chilena.



Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes de la industria.

[15] Al año 2017 la penetración de los Smart TV en hogares es de un 35%. Fuente: CNTV (2017): IX Encuesta Nacional de Televisión.

La Ilustración anterior implica que el negocio de los canales es el de generar contenido, ya sea de producción propia o adquisición a terceros (a productoras nacionales o extranjeras), en distintos géneros como prensa, misceláneos, culturales, ficción, y humor, entre otros. Emitir dicho contenido al aire, y generar la mejor[16] y mayor audiencia posible para vender espacios publicitarios a distintas empresas, organizaciones o instituciones interesadas (avisadores) en comunicar algún mensaje publicitario.

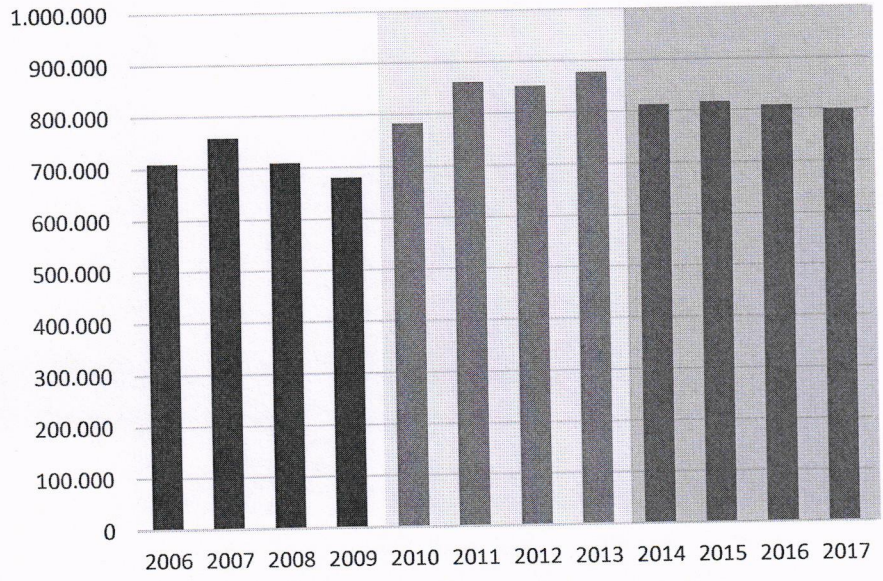
2.2 Mercado, estructura y competencia de la televisión en Chile

2.2.1 Inversión Publicitaria

Definido el modelo de negocio de la televisión abierta en la actualidad, como aquel que debe generar la mejor audiencia posible para vender espacios publicitarios a los avisadores que pretenden entregar su mensaje, corresponde ahora analizar la evolución de la inversión publicitaria en Chile. Lo anterior, primero a nivel total, y luego respecto a la inversión publicitaria especifica de la industria televisiva, la que representa un alto porcentaje de los ingresos de los canales de televisión en la actualidad.

La inversión publicitaria en Chile en los últimos años, si bien ha mostrado cierto crecimiento, que se originó principalmente entre los años 2010 y 2013, ya a partir del 2014 se ha mantenido estable, en torno a los 800.000 millones de pesos anuales, pero con una leve tendencia a la baja, luego de una importante caída de un 7,3% el año 2014 como se observa en la Figura 1 a continuación.

Figura 1: Inversión publicitaria en Chile (millones de pesos de 2017)



Fuente: elaboración propia en base a datos de ACHAP[17]

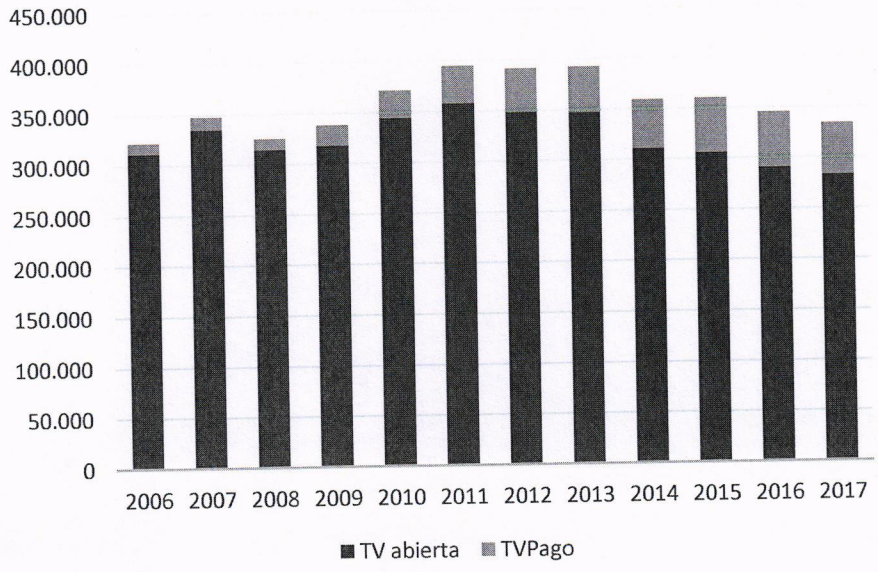
Respecto a sus determinantes, a lo menos para los últimos 12 años, la trayectoria de la inversión publicitaria ha estado directamente relacionada a factores macroeconómicos de nuestro país. De

[16] El término 'mejor' se refiere a lograr capturar aquel segmento de audiencia al que el avisador pretende entregar su mensaje publicitario. La Sección 2.2.2 desarrollará el concepto de 'rating comercial'.
[17] Asociación Chilena de Publicidad.

esta manera se pueden distinguir claramente 3 ciclos, (i) el periodo 2006 a 2009, como un periodo de nulo crecimiento, incluso una tendencia a la baja, (ii) el periodo de 2010 a 2013, de alto crecimiento, y (iii) el periodo 2014 a 2017 de decrecimiento y posterior estabilidad. En este escenario, de una inversión publicitaria que no crece, debemos analizar ahora la evolución de la inversión publicitaria en televisión, ya sea para canales de libre recepción o pagados.

La trayectoria de la inversión en televisión, si bien sigue la trayectoria de la inversión publicitaria total, cuando crece lo hace en menor medida y cuando decrece lo hace en mayor medida como queda en evidencia en la Figura 2 a continuación. Lo anterior se comprueba de fácil manera si se considera que para el año 2009, la inversión en televisión corresponde al 50% del total de inversión mientras que al año 2017 este porcentaje representa solo un 42%. Por lo tanto, la tendencia de la inversión publicitaria en la televisión ya sea de pago o de libre recepción, se aleja de la tendencia de la inversión publicitaria total, decreciendo y en mayor proporción.

Figura 2: Inversión publicitaria en televisión chilena (millones de pesos de 2017)



Fuente: elaboración propia en base a datos de ACHAP

La Figura 2 también muestra de manera categórica cómo la inversión publicitaria destinada a los canales de libre recepción cae de forma sostenida y persistente desde el año 2014, mientras que la inversión en televisión de pago crece en participación, sin perjuicio de un estancamiento en los últimos 3 años.

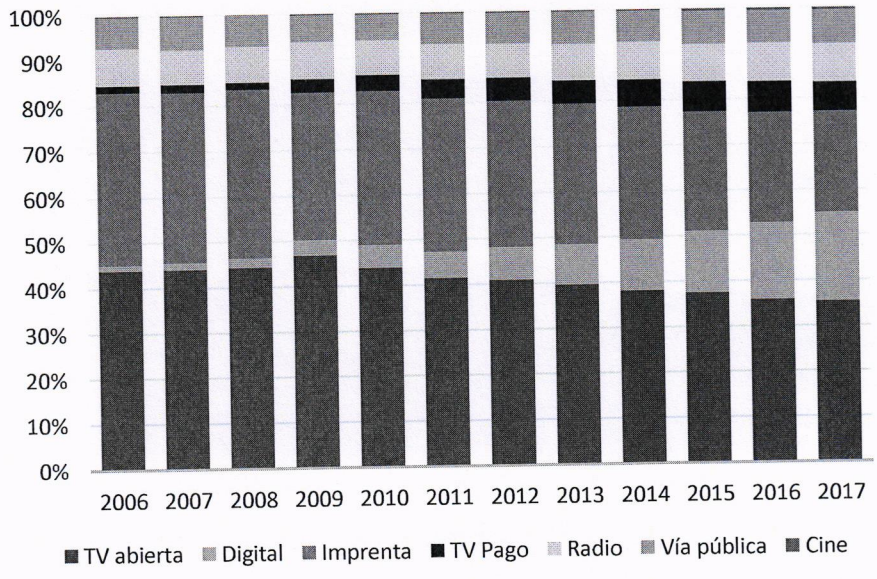
Es importante destacar, como se analiza Sección 2.2.2, que la televisión de libre recepción mantiene una supremacía importante respecto a niveles de audiencia, por sobre los canales de pago. Lo anterior a pesar de que el número de canales de pago supera los 160 -contra 6 canales de libre recepción- y a pesar de que todos los géneros que la televisión de libre recepción exhibe, compiten con canales específicos a cada uno de ellos.

En resumen, la inversión publicitaria en Chile, a pesar de su crecimiento en los últimos 10 años, se encuentra estancada desde 2014, mientras que en el mismo período, la inversión específica en

televisión, tanto en libre recepción como pago, muestra una tendencia a la baja. Finalmente, respecto a la inversión publicitaria en canales de libre recepción, esta ha decrecido en los últimos años aún en mayor medida. Solo a modo de ejemplo, ella alcanzó un valor de $ 282.964 millones el año 2017, cifra que es un 9% inferior a la inversión del año 2006, todo medido en pesos de 2017.

La dispar trayectoria que sigue la inversión de publicidad en televisión, sumado televisión de pago y abierta, tiene su explicación en los cambios de tendencia de la distribución de la inversión publicitaria, en lo que a medios de comunicación se refiere, con la notable irrupción de los medios y plataformas online. La Figura 3 a continuación muestra la evolución de la distribución de la inversión publicitaria en Chile, a través de los distintos medios disponibles. En ella es fácil observar la existencia de tendencias estructurales, donde la imprenta (diarios y revistas) cae de forma significativa desde un 38% en 2006 a un 22% en 2017, la televisión abierta lo hace desde un 44% a un 35% en el mismo período, mientras la radio y vía pública se mantienen constantes. La televisión de pago crece, pero los medios online o digitales crecen sustancialmente desde un 1% en el año 2006 a un 20% al final del período, donde destaca que solo en los últimos cuatro años su participación casi se duplica, pasando de un 11% en 2014 a un 20% en 2017.

Figura 3: Distribución de la inversión publicitaria a través de los medios en Chile.



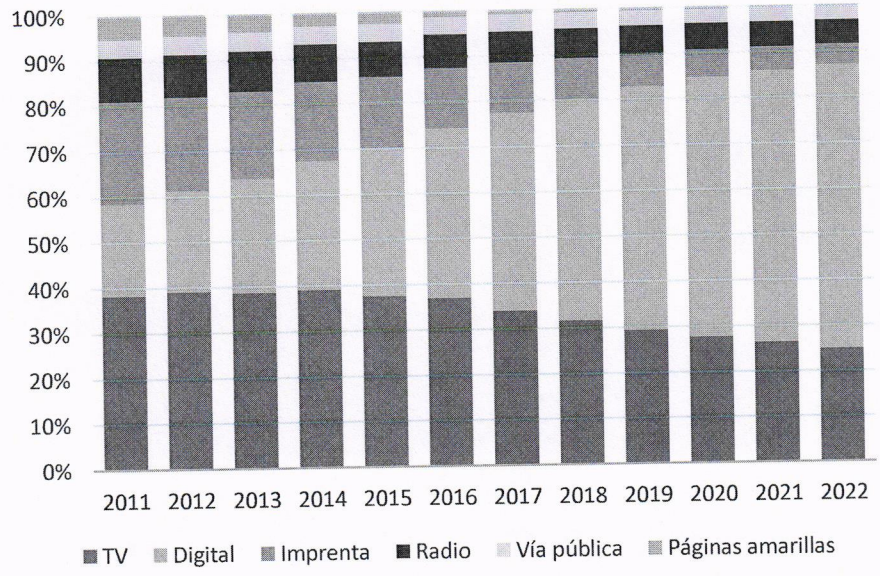
Fuente: elaboración propia en base a datos de ACHAP

Lo anterior es consecuencia de profundos cambios tecnológicos de la llamada era digital, situación global que por cierto afecta al mercado chileno. En definitiva, el mercado publicitario de chile, a lo largo de los años, ha exhibido un creciente número y una gran diversidad de alternativas de medios disponibles, al mismo tiempo que su tamaño no crece. Este fenómeno será analizado nuevamente en la siguiente sección, en el contexto de la evolución de la audiencia de la televisión.

Volviendo al fenómeno global de las tendencias de la distribución de la inversión publicitaria, resulta interesante revisar la tendencia de otros países y sus proyecciones. La Figura 4 muestra la evolución de la distribución de la inversión publicitaria a través de los medios para Estados Unidos,

así como sus proyecciones para los años 2018 a 2022. En él se puede apreciar que, si bien hasta el año 2016 la inversión publicitaria en televisión cae moderadamente, el año 2017 ya lo hace de manera significativa, caída que se proyecta para los años venideros. Al igual que en Chile, el aumento cuantioso que la participación de los medios digitales fue en detrimento principalmente de los medios de imprenta, pero a diferencia de Chile, la inversión publicitaria también cae en la radio y la vía pública.

Figura 4: Distribución de la inversión publicitaria a través de los medios en Estados Unidos y proyecciones 2018 a 2022.



Fuente: Elaboración propia en base a eMarketer

De esta manera, considerando los últimos años disponibles con datos de inversión publicitaria en televisión en el mercado chileno, y comparándolos con la tendencia de un mercado más profundo y desarrollado como el norteamericano, se concluye que los ingresos por publicidad de los canales de televisión, en su conjunto, están experimentando una fuerte competencia, primero, por el aumento de los canales de televisión de pago, y posteriormente por la competencia derivada de los medios digitales, la cual presenta una oferta variada en géneros y casi ilimitada de plataformas. Esta situación representa un enorme desafío para la industria de la televisión abierta en Chile, la que ya no solo debe competir con los canales de televisión de pago, sino además con medios online, con altas tasas de penetración y alternativas diversas de contacto con la audiencia que la televisión hoy día no puede alcanzar.

2.2.2 Generación de audiencia

En la sección anterior se revisó la inversión publicitaria, su evolución y distribución, a través de los distintos medios de comunicación, dejando en claro que las audiencias enfrentan hoy día una oferta de canales diametralmente distinta a la de hace 15 años atrás, con aumentos exponenciales de las alternativas de recepción a través de un aparato de televisión con acceso a más de 160 canales, considerando los de libre recepción y pago, adicionalmente a la oferta vía internet, a través de dispositivos Smart TV, computadores y otros dispositivos electrónicos de menor tamaño.

En esta sección se analiza el comportamiento de las audiencias en Chile, específicamente de la televisión de pago y de libre recepción, haciendo mención de que curiosamente no existe información pública real y cuantificable de la denominada audiencia digital medida por empresas independientes.

Previo a analizar las trayectorias, es necesario definir cómo se cuantifican las audiencias. Para ello, uno de los índices más utilizados, es el denominado 'rating comercial', que corresponde a la medición de audiencia para algún segmento socioeconómico específico de la audiencia. En particular, la definición más ampliamente utilizada, corresponde a hombres y mujeres de 25 a 64 años, de estrato socioeconómico ABC, quienes representan un altísimo porcentaje del poder de compra del país[18]. El índice de rating se construye a partir de 3 variables, a saber: (i) el alcance (en términos porcentuales), que representa el número de televisores encendidos en un canal y programa determinado, respecto a cierto tamaño muestral, (ii) el consumo (en horas), que mide el tiempo de permanencia en dicho canal y programa determinado, y (iii) la duración (en horas), que indica la duración total del programa al cual se le está midiendo el rating. La combinación de dichas variables, para construir el índice de rating, obedece a la siguiente identidad:

$$Rating\ (\%) = Alcance\ (\%) \cdot \left(\frac{Consumo\ (horas)}{Duración\ (horas)}\right)$$

Sin perjuicio del concepto rating comercial, definido como indicador de audiencia, el mercado del avisaje en televisión también mide los 'puntos de evaluación bruta', más conocidos como GRP por su sigla en inglés (*Gross Rating Point*), que para el objetivo de este estudio no tendrá mayor diferenciación en las tendencias a analizar.

Como se ha explicado precedentemente, el modelo de negocio de la televisión de libre recepción, hasta ahora, tiene por objetivo generar la mayor y mejor audiencia -mediante la emisión de contenido- para lograr vender espacios publicitarios a distintos avisadores. De esta forma, el denominado rating comercial representa de forma razonable la audiencia que los canales necesitan alcanzar para vender publicidad y mejorar sus ingresos y con ello sustentar su modelo de negocio.

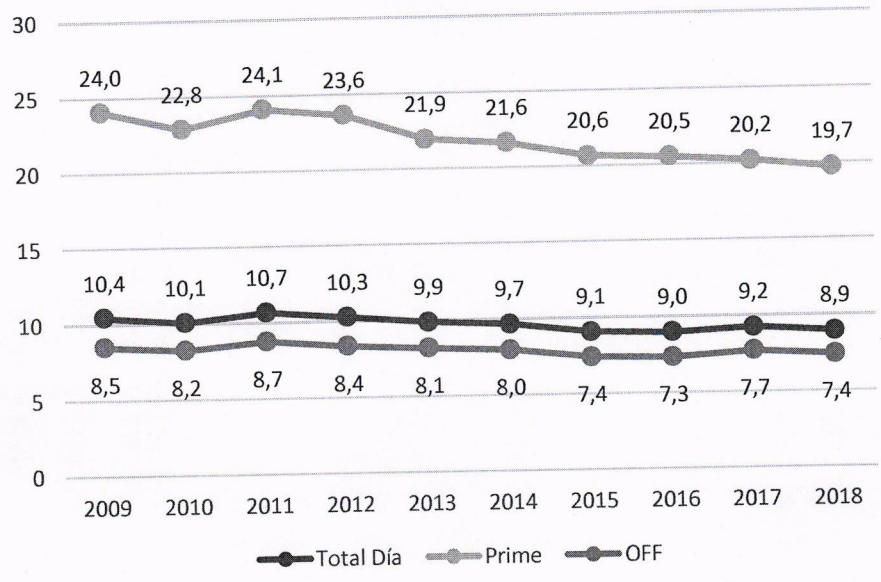
La competencia por llegar al público señalado, como se explicó en la sección anterior, ha tenido trascendentales cambios en los últimos años, primero con la penetración de la televisión de pago, y luego con la aparición de diversas alternativas en la forma de plataformas OTT y medios digitales, ampliando las posibilidades de recepción para un televidente a niveles casi ilimitados. Este cambio estructural respecto a la oferta disponible al público ha traído para los canales de libre recepción un nivel de intensidad competitiva que era inimaginable hace 10 años atrás en el mercado de la inversión en publicidad. Bajo esta realidad, resulta necesario analizar la evolución del rating de los canales de libre recepción, medido bajo el concepto de rating comercial.

La Figura 5 muestra la evolución del rating comercial anual promedio, alcanzado por el conjunto de canales de libre recepción, en distintos segmentos horarios. Se puede apreciar que si bien, el rating comercial en horario off prime y total día se mantiene relativamente estable, el rating del horario prime evidencia una disminución a partir del año 2011, con una tendencia a la estabilidad

[18] Solo como información complementaria, el ingreso medio familiar del segmento C3 es de $500.000 mensuales.

en los últimos 3 años. Sin entrar en un análisis profundo, resulta sorprendente que, ante un aumento exponencial de la oferta de medios de emisión de contenido, la televisión de libre recepción mantenga sus niveles de audiencia en niveles relativamente históricos.

Figura 5: Rating comercial HM 25-64 ABC (puntos porcentuales)



Notas: (1) El horario prime se define como aquel, de lunes a viernes comprendido entre 20:00 y las 00:00 y sábados y domingos entre 21:00 a 00:00. El horario off es el resto del día (2) La información de Kantar Ibope (ratings) y la de Megatime (horas de publicidad) no incluyen al canal Telecanal.

Fuente: Elaboración propia en base a información de Kantar Ibope

Esta situación revela un esfuerzo importante de la televisión chilena de generar contenido de calidad con la consiguiente aceptación del público, para cada uno de los segmentos de interés, y de esta forma competir con los canales de pago, segmentados y especializados, y con los servicios OTT. Las cifras analizadas evidencian que la televisión chilena ha realizado un importante esfuerzo de mantención de audiencia, mediante la generación de contenido que interese a su público objetivo. Esta mantención en audiencia, como se aprecia en la Figura 5, se ha logrado a pesar del explosivo aumento de la oferta para los televidentes, lo que representaría un relativo éxito de la televisión chilena en su estrategia competitiva de audiencia.

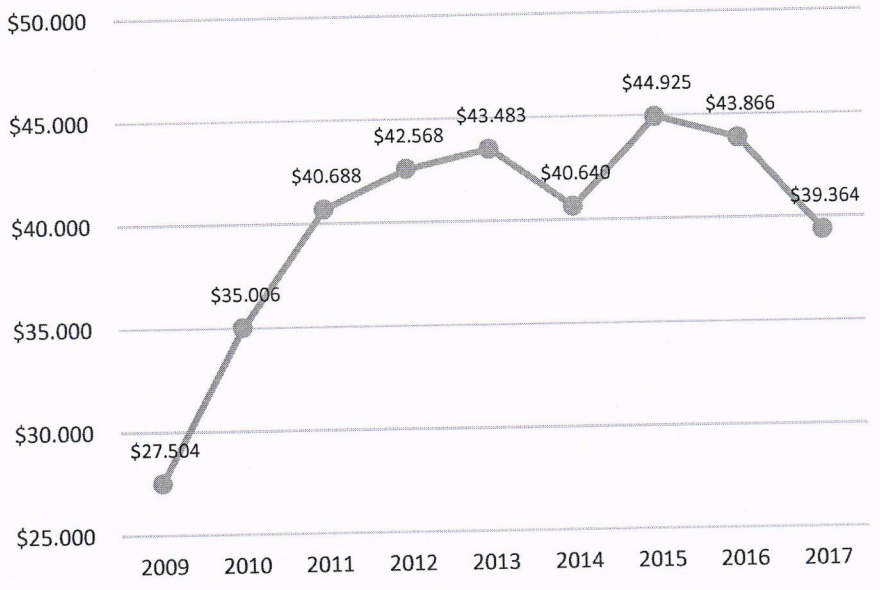
2.2.3 Valor de venta

De acuerdo con lo analizado en las dos secciones precedentes, donde, por una parte, se analizó la inversión publicitaria en televisión, y por otra parte se analizó la audiencia generada por los canales, es que surge de manera natural relacionar esta información para valorizar la venta de audiencia generada, la cual se medirá simplemente con el indicador del precio por punto de rating[19].

[19] Para hacer el cálculo de este precio por punto de rating, en primer lugar, se construyó un indicador de valor por spot publicitario de 30 segundos. De esta manera, se toma como referencia la inversión publicitaria anual destinada a canales de libre recepción y se dividió por el total de minutos anuales destinados a publicidad en dichos canales, obteniendo el indicador de precio por spot publicitario de 30 segundos. Este indicador por spot publicitario se divide

La Figura 6 muestra la evolución del precio por punto de rating entre los años 2009 y 2017. Se observa que si bien su valor aumentó de forma significativa entre 2009 y 2013, esta tendencia se rompe el año 2014, con una caída de un 7% que se recupera al año siguiente, para luego mantener una tendencia a la baja entre los años 2016 y 2017. Esto significa en términos prácticos que los avisadores están teniendo un menor costo por cada punto de rating que adquieren de los canales de televisión de libre recepción y que los canales de televisión reciben menores ingresos por cada punto de rating o audiencia que generan.

Figura 6: Precio por punto de rating promedio de la televisión abierta (en pesos de 2017)



Nota: La información de Kantar Ibope (ratings) y la de Megatime (horas de publicidad) no se incluye Telecanal.

Fuente: Elaboración propia en base a información ACHAP, Kantar Ibope y Megatime

De lo anterior se puede concluir que la televisión chilena de libre recepción enfrenta dos fenómenos combinados, el primero, una estabilidad en la audiencia, con leve tendencia a la baja en los últimos años, y a su vez, una baja significativa en el precio de venta de cada punto de audiencia para los 3 últimos años.

2.2.4 Desafíos y perspectivas

En las secciones anteriores, ha quedado expresado el que por una parte la televisión chilena ha tenido una baja en los precios de venta de la audiencia, precio por punto de rating, y por otra, el rating no solo ha dejado de crecer, sino que en los últimos años permanece estable y con tendencia a la baja.

---

por el indicador de audiencia, medido como puntos de rating promedio de los canales de libre recepción, obteniéndose el indicador 'precio por punto de rating'. De esta manera el indicador precio por punto de rating refleja cuál es la valorización de un spot de 30 segundos por cada punto de audiencia generado.

Esta estabilidad en la audiencia, con leve tendencia a la baja, podría ser un hecho positivo si se compara o relaciona con el aumento de oferta de imagen y sonido instantáneo en la misma televisión y el aumento provocado también por los servicios de *streaming* o descarga en aparatos electrónicos. Sin embargo, el esfuerzo por mantener la audiencia resulta sin duda del trabajo en mejorar contenidos en base a demandas del público, lo que consecuentemente se refleja en el costo en que los canales incurren en ello.

Esta situación, sumada a la disminución de la inversión publicitaria en televisión, ha traído consigo dentro de los últimos años, un importante deterioro en el resultado económico de los canales. El Cuadro 1 a continuación presenta el resultado anual de los canales pertenecientes a ANATEL, en forma conjunta, entre los años 2011 y 2017. En él queda en evidencia que a partir del año 2012 existe un deterioro progresivo, debido al aumento de costos totales combinado con una evolución de ingresos que no crece.

Cuadro 1: Resultado anual Canal 13 + TVN + CHV + La Red + Mega
(millones de pesos de 2017)

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Ingresos totales	$273.871	$274.052	$287.474	$280.567	$289.707	$282.161	$279.755
Costos totales	$249.304	$277.704	$295.850	$328.877	$334.190	$319.836	$329.909
Resultado anual	**$ 24.567**	**$ -3.652**	**$ -8.376**	**$ -48.310**	**$ -44.483**	**$ -37.675**	**$ -50.154**

Fuente: Elaboración propia en base a información provista por ANATEL, extraída de FECUs de los canales.

La tendencia antes mencionada no es sustentable a largo plazo por una industria como esta, por lo que la televisión chilena enfrenta un desafío mayor en cuanto a, por una parte, innovar en la generación y venta de audiencia, abriéndose también a nuevas plataformas de difusión y a nuevas formas de consumo de contenido, así como también innovar en otro tipo de servicios prestados, diferentes a la venta de publicidad tradicional, y a otras prestaciones a sus televidentes. Todo lo anterior requiere por cierto una redefinición de sus estructuras productivas y de gestión, acorde a la nueva realidad del mercado.

Por cierto no es objetivo de este informe hacer diagnósticos del estado de la industria de la televisión chilena, ni menos acerca de los desafíos a los que está enfrentada. El objetivo de esta Sección es solamente el describir e informar sobre su estado actual para entender mejor el contexto en que se da el análisis económico de la determinación de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares, que se abordan en las secciones siguientes.

3 Los derechos de propiedad intelectual

3.1 Derechos de autor y derechos conexos

De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("OMPI"), el derecho de propiedad intelectual se divide en dos grandes ramas, a saber: (i) el derecho de propiedad industrial, que corresponde a aquella que resguarda invenciones y diseños industriales, el desarrollo de marcas, nombres y denominaciones comerciales, entre otros, y (ii) el derecho de autor que es aquel que resguarda:

> [L]as creaciones literarias y artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas. (OMPI, 2016, pág. 4)

Sin perjuicio de lo anterior, y como ya se ha adelantado en la introducción, este informe solo analiza la determinación de las tarifas asociadas a la utilización de derechos derivados del derecho de autor en Chile y, por lo tanto, cada vez que se haga referencia al concepto de 'derechos de propiedad intelectual', estaremos refiriéndonos a aquella rama en particular.

Aparejado al derecho de autor se encuentran los derechos conexos, cuya finalidad es:

> [P]roteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que hayan producido objetos que, [...], contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor.
> (OMPI. 2016, pág. 27)

Para entender a qué corresponde cada tipo de derecho de propiedad intelectual, usemos un ejemplo práctico: Si se considera la producción de una obra dramática para ser emitida por un canal de televisión, como por ejemplo, una teleserie. Ello conlleva hacer uso de los derechos de autor del creador de la obra original en la que se base esta teleserie, los derechos de autor de el o los guionistas encargados de adaptar la obra original y dar forma a una trama que tenga sentido y sea atractiva como producción audiovisual, los derechos conexos de el o los directores que se hayan encargado de la puesta en escena de cada capítulo, y los derechos conexos de todos los artistas intérpretes y ejecutantes (v.gr. actores) que hayan participado del rodaje, entre otros.

En línea con las definiciones anteriores, la legislación chilena reconoce y protege el derecho de autor y los consiguientes derechos conexos a través de la LPI, que su Artículo 1, inciso 2° indica:

> La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

Tanto los derechos de autor[20] como conexos comprenden derechos patrimoniales, que se refieren a la facultad del autor de una obra o del artista interprete o ejecutante para: (i) autorizar o prohibir la utilización de una obra, interpretación, ejecución, fonogramas o emisiones por parte de terceros, y (ii) percibir una tarifa o remuneración por su uso, o por el uso público por parte de terceros.

Volviendo a nuestro ejemplo práctico, el derecho de autor que protege la LPI se traduce en que la adaptación de aquella obra original en la que se basa el guion de una teleserie requiere una autorización expresa del titular de dicho derecho, mediante una licencia que, por cierto, incluye una remuneración. Lo mismo se cumple respecto del derecho causado por el trabajo de el o los

[20] Los derechos de autor también comprenden derechos morales, ver Ley N°17.336, Artículos 14, 15 y 16.

1476

guionistas. En relación con el trabajo de los directores, los artistas intérpretes y ejecutantes, sus derechos conexos que protege la LPI se traducen en la facultad de autorizar o prohibir la difusión de sus producciones, que correspondería al acto de emisión de dicha teleserie de parte de un canal, y a percibir una remuneración por dicho uso, que es aquello que contempla su contrato laboral.

3.2 Derechos intelectuales particulares

La legislación chilena ha introducido también ciertos derechos intelectuales particulares, otorgados a artistas intérpretes[21] (v.gr. actores), mediante la Ley N°20.243[22], que "[e]stablece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual", y los ha extendido a directores y guionistas mediante la Ley N°20.959.

Los derechos introducidos mediante la Ley N°20.243 específicamente corresponden a derechos de remuneración, irrenunciables e intransferibles, respecto de una serie de actos que se realicen utilizando los soportes audiovisuales en los que se encuentren fijadas las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de los artistas. En particular, para los efectos de este informe y las actividades comerciales de los asociados a ANATEL, el acto que nos compete corresponde a:

> La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, [...], mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital [...].
> (Ley N°20.243, Artículo 3°, inciso 1°, letra (a))

Lo anterior, volviendo nuevamente a nuestro ejemplo práctico, se traduce en que el canal que incluye una teleserie dentro de su programación debe remunerar por el acto de emisión, tanto a los artistas intérpretes como a los directores y guionistas que participaron en ella. Lo anterior, luego de que en la producción de dicha teleserie ya fueron remunerados todos los recursos utilizados en ella, entre los que se encuentran los derechos de autor del creador de la obra original y de los guionistas que la adaptaron, y los derechos conexos causados por el trabajo de directores y artistas intérpretes y ejecutantes.

De acuerdo con el Consejo Nacional de las Culturas y las Artes ("CNCA"), el objetivo que perseguía la introducción de estos derechos intelectuales particulares es el de remunerar a artistas intérpretes y ejecutantes, guionistas, y directores por aquellos usos futuros de soportes audiovisuales donde se encuentran fijadas sus interpretaciones y ejecuciones. Específicamente, CNCA (2017)[23] señala lo siguiente:

> Estos derechos fueron creados para evitar una sobreexplotación del trabajo de quienes participan en obras audiovisuales, **puesto que suelen ceder los derechos sobre sus interpretaciones y ejecuciones a precios que corresponden solo a primeras o únicas transmisiones**, sin considerar posibles retransmisiones futuras. Con esta ley se logra que cada vez que se vuelve a utilizar la obra audiovisual en que participan, los intérpretes y ejecutantes reciban un pago. **[Énfasis añadido.]**

[21] De acuerdo con la Ley, se trata de: "Intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual."
[22] Ibíd.
[23] Consejo Nacional de las Culturas y las Artes (2017) - *Guía de derecho de autor. La protección de la creación.*

A mayor abundamiento, dentro de la historia de la Ley N°20.243, se indica claramente en el Informe de la Comisión de Cultura de la Cámara de Diputados[24], que el objetivo es el de resguardar a los intérpretes por la repetición de sus obras, toda vez que la explotación de ellas no sería remunerada. En concreto, en el documento se lee:

> Consecuentemente, el proyecto de ley en informe tiene por objetivo regular los derechos morales y patrimoniales de los interpretes [sic] de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, esto es resguarda a los actores de las repeticiones de sus obras sin que exista el pago de un derecho por ese hecho aun cuando el emisor obtenga una ganancia por ello.
> (Informe de la Comisión de Cultura de la Cámara de Diputados, románico II. Antecedentes Generales, numeral 3.- Objetivos del proyecto,)

Dichos objetivos no solo fueron expresados en la mencionada sesión de la Comisión de Cultura de la Cámara de Diputados, sino que también fueron informados por el Diputado Ramón Farías al inicio de la discusión en sala del proyecto[25], en que adicionalmente las palabras de los Diputados(as) Ximena Vidal, Manuel Rojas y René Manuel García apuntan a la misma lógica.

En este sentido, los derechos intelectuales particulares corresponden específicamente a una normativa que protege en forma concreta los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes ejecutantes, directores y guionistas, por la utilización que terceras partes realicen respecto de sus obras e interpretaciones fijadas en formato audiovisual.

Analizar la mencionada 'sobreexplotación' a la que hace mención el CNCA escapa el alcance de este informe, y en adelante el análisis asume que ello efectivamente existe. En otras palabras, de aquí en adelante se asume que las interpretaciones fijadas en formato audiovisual son bienes durables que pueden ser sucesivamente explotados por los canales de televisión, y que la producción de dichas interpretaciones, dentro de la remuneración de artistas intérpretes y ejecutantes, guionistas, y directores, no contempla aquel valor que su trabajo aporta a la explotación de una repetición futura.

Sin perjuicio de lo anterior, y como queda en evidencia en nuestro ejemplo práctico, la redacción de la Ley N°20.243 no refleja el espíritu que indica el CNCA, ya que su Artículo 3° en ninguna parte excluye de los derechos de remuneración el estreno o primera transmisión de una obra audiovisual. En otras palabras, la Ley N°20.243, cuyo objetivo era evitar la sobreexplotación del trabajo de los artistas intérpretes ejecutantes, producto de posibles retransmisiones futuras, les otorga un derecho de remuneración sobre aquel acto que el mismo CNCA afirma que ya ha sido remunerado. Esta situación descrita, sea cual sea su origen, no es trivial para la determinación de las tarifas de remuneración de derechos de propiedad intelectual, lo que será analizado en detalle en la Sección 4.

---

[24] Cámara de Diputados, 11 de septiembre de 2007: Informe de Comisión de Cultura en Sesión 79. Legislatura 355.
[25] Fecha 04 de octubre de 2007. Diario de Sesión en Sesión 83. Legislatura 355. Discusión General. Se aprueba en general y en particular.

3.3 Gestión de los derechos de propiedad intelectual

3.3.1 Las Entidades de Gestión Colectiva

La gestión de los derechos de propiedad intelectual presenta típicamente altos costos de transacción (Besen & Kirby (1989), Handke & Towse (2007), Watt (2016)), en primer lugar, debido a la existencia de un gran número de titulares de derechos, un aún mayor número de obras y ejecuciones protegidas, y un sinfín de potenciales usuarios de dichos derechos. Esto se traduce en que un titular de derechos de propiedad intelectual enfrenta altísimos costos fijos tanto para realizar un monitoreo de la utilización de sus derechos, como para iniciar acciones legales en caso de que estos sean transgredidos. Dichos costos fijos, de acuerdo a Watt, pueden ser incluso superiores a los ingresos que un titular de derechos pueda percibir por su utilización, afectando finalmente aquella actividad creativa que se desea proteger. En segundo lugar, los derechos de propiedad intelectual corresponden a bienes que no son simples de valorar a la hora de determinar la tarifa de una licencia, puesto que corresponden a productos intangibles, altamente diferenciados, y cuyo costo de producción corresponde básicamente a un único componente fijo. En tercer lugar, desde el punto de vista de los potenciales usuarios, es necesario poder identificar a los titulares de derechos de propiedad intelectual, con el fin de solicitar y negociar licencias de uso, las que individualmente pueden tener un bajo valor respecto al costo de búsqueda que supone la gran cantidad de titulares de derechos.

En vista de lo anterior, una solución natural descansa en las EGC, a las que múltiples titulares de derechos de propiedad intelectual se adhieren en función de que ellas administren sus derechos. En este sentido, Watt resume las labores de una típica EGC[26] en los siguientes ítems:

1. Otorgar licencias de acceso a potenciales usuarios y recaudar las remuneraciones correspondientes;
2. Distribuir la recaudación entre aquellos titulares de derechos asociados a cada Entidad;
3. Monitorear la utilización de los derechos de propiedad intelectual de sus miembros, hacer cumplir cualquier condición a la que esté sujeto el uso de un derecho de propiedad intelectual, e iniciar acciones legales ante posibles transgresiones de derechos de propiedad intelectual.

Lo anterior indica que las EGC corresponden a un monopolio natural para la administración de derechos de propiedad intelectual, toda vez que sus costos medios de administración de derechos son evidentemente una función decreciente respecto de la acumulación de titulares de derechos que adhieren o se asocian a cada una.

La legislación chilena reconoce el monopolio natural que representan las EGC en la administración de derechos de propiedad intelectual, y en línea con experiencias internacionales (Handke & Towse (2007)), ha optado por permitir su creación y consiguientemente regular su operación[27] de acuerdo al Título V de la LPI. En él se establece, dentro de otras materias, que las EGC "deberán

[26] El análisis en Watt (2016) hace referencia a *Copyright Collectives*.
[27] Notar que la Ley igualmente permite, a los titulares de derechos de propiedad intelectual, gestionar individualmente sus derechos.

constituirse como corporaciones chilenas de derecho privado, [...] y su objetivo social sólo podrá consistir en la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales [...].” (Ley N°17.336, Artículo 92, inciso 1°). Adicionalmente, se definen una serie de estipulaciones que deben contener los estatutos de cada EGC, y se indica que para iniciar sus actividades estas deben estar autorizadas por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio[28]. Finalmente, es importante mencionar que es un requerimiento para la conformación de una EGC, que esta represente, a lo menos, un 20% de aquellos titulares de derechos pertenecientes a un mismo género de obras o producciones.

Actualmente en Chile, existen ocho EGC autorizadas para funcionar, a saber[29]:

1. La Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD)[30]

   Cuya función es administrar los derechos autorales generados por la utilización de obras musicales y fonogramas.

2. Sociedad de Derechos Literarios (SADEL)[31]

   Cuya función es la gestión colectiva y protección de los derechos de autores y editores sobre sus obras, especialmente en el ámbito de la fotocopia, digitalización, almacenamiento en base de datos, reproducción y comunicación pública.

3. Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile (EGEDA-Chile)[32]

   Cuya función es la gestión colectiva de los derechos de los productores audiovisuales, respecto a actos de comunicación pública, como la retransmisión y la comunicación en lugares abiertos al público.

4. Asociación de Autores Nacionales de Teatro, Cine y Audiovisuales (ATN)[33]

   Cuya función es la gestión colectiva y protección de derechos de directores y guionistas de producciones audiovisuales, dramaturgos, adaptadores y traductores de obras dramáticas, escritores cuyas obras hayan sido adaptadas al género dramático o audiovisual, compositores cuyas composiciones musicales sean especialmente realizadas para obras dramáticas o audiovisuales y coreógrafos.

5. Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija (CREAIMAGEN)[34]

   Cuya función es la gestión colectiva de derechos de todos los creadores de las artes visuales, es decir, como artistas plásticos, escultores, diseñadores, ilustradores y fotógrafos.

---

[28] Para dicha autorización también existe una serie de requerimientos.
[29] http://www.propiedadintelectual.cl/623/w3-propertyvalue-70259.html?_noredirect=1 [última visita 09/01/2019].
[30] https://www2.scd.cl/
[31] http://www.sadel.cl/
[32] http://www.egeda.cl/
[33] http://www.atn.cl/
[34] https://www.creaimagen.cl/

6. Corporación de Actores de Chile (CHILEACTORES)[35]

   Cuya función es la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales.

7. Sociedad de Productores Fonográficos y Videográficos de Chile (PROFOVI)[36]

   Cuya función es la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y videogramas musicales.

8. Corporación de Directores y Guionistas Audiovisuales (DYGA)[37]

   Cuya función es la gestión colectiva de directores y guionistas audiovisuales de Chile en formatos de ficción de cine, ficción de televisión, documentales, animación y videos musicales.

Por lo tanto, en general existe una única EGC por cada rubro, con la clara excepción de ATN y DYGA, en que ambas gestionan los derechos de propiedad intelectual de directores y guionistas audiovisuales.

3.3.2 Operación de la gestión de derechos en la determinación de tarifas

En el proceso de determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual, la LPI en su Artículo 100 establece que cada EGC debe publicar las tarifas fijadas por su órgano administrativo en el Diario Oficial de la República de Chile y que dichas tarifas pueden ser diferenciadas de acuerdo con la categoría en la que se encuentra cada potencial usuario. Adicionalmente, el mismo artículo también indica que las EGC pueden fijar planes tarifarios alternativos mediante acuerdos contractuales con asociaciones de usuarios, como sería el caso de ANATEL, y que a dichas tarifas puede acceder cualquier otro usuario, que no sea miembro de dicha asociación, pero que se encuentre dentro de la misma categoría.

En caso de no llegar a acuerdo, el Artículo 100 bis de la misma ley indica que las EGC y asociaciones de usuarios ("las partes"), deben someter dicha controversia a una mediación, en cuyo caso, deberán nombrar un mediador de común acuerdo que se encuentre inscrito en el Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual[38] ("Registro"). Y si dicha mediación fracasa, el Artículo 100 ter de la misma ley indica que las partes deben llevar los asuntos controvertidos a arbitraje, para lo cual se integra un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros arbitradores, uno nombrado por la EGC, otro por la asociación de usuarios y un tercero de común acuerdo entre las partes. Al igual que en el caso del mediador, los miembros del tribunal arbitral también deben encontrarse inscritos en el Registro.

El mecanismo de arbitraje contemplado es un arbitraje binario, en que "[e]l tribunal, al dictar sentencia, deberá limitarse a optar exclusivamente por una de las propuestas de las partes [...]", lo que en la literatura ha sido comúnmente llamado *final offer arbitration*. Dichas propuestas

[35] http://www.chileactores.cl/
[36] https://profovi.cl/
[37] http://www.dygachile.cl/
[38] Dicho registro es llevado por el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

tarifarias deben ser presentadas en un sobre cerrado por cada una de las partes, y fundamentadas de acuerdo con los antecedentes que cada una estime que sean relevantes para el proceso. Luego de emitir su sentencia, las tarifas determinadas mediante este proceso no podrán ser modificadas ni llevadas a una nueva mediación ni arbitraje por un plazo de tres años.

Respecto de los mediadores y árbitros inscritos en el Registro, estos "[…] deberán contar con un título profesional, con al menos cinco años de ejercicio profesional y con experiencia calificada en el ámbito de propiedad intelectual o en el área de la actividad económica." (Ley N°17.336, Artículo 100 bis, inciso segundo). Estableciendo una serie de competencias básicas a los miembros del Registro.

4 Análisis económico de la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual.

Esta sección provee un análisis económico respecto la forma en que se determinan las tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual en Chile. En primer lugar, se analiza la base sujeta a remuneración considerada en los derechos intelectuales particulares presentados en la Sección 3.2, y los problemas de competencia que ello genera. En segundo lugar, se analiza la multiplicidad de tarifas a las que debe someterse una producción audiovisual en su emisión, por la utilización de distintos derechos intelectuales particulares, y cómo la administración monopólica de cada uno de estos insumos, esenciales y complementarios, genera un problema de doble (o múltiple) marginalización. En tercer lugar, se analiza el mecanismo de arbitraje que contempla la LPI, en el sentido de su eficacia para resolver una disputa tarifaria, en vista del poder de mercado que ostentan las EGC. Se analiza la conveniencia de cada mecanismo de arbitraje, así como las condiciones de este mercado para su correcto funcionamiento. Finalmente nos referimos a las condiciones que deben cumplir las ofertas tarifarias y la conformación del tribunal arbitral para que el mecanismo de arbitraje opere de forma satisfactoria.

4.1 Base sujeta a remuneración de derechos intelectuales particulares

La base sujeta a remuneración de los derechos intelectuales particulares, que de acuerdo a la Ley N°20.243 considera cualquier "comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión", ha otorgado una posición dominante a las EGC, que se traduce en 'precios excesivos'. Lo anterior, como se analizará en esta sección, se sustenta en que la redacción de la ya mencionada Ley no considera que a lo menos, para el estreno o la primera emisión de una obra, ya se encuentran remunerados los derechos de propiedad intelectual de todos los artistas intérpretes y ejecutantes ("actores"), directores y guionistas involucrados en su producción. Adicionalmente, y en esta misma línea, esta redacción tampoco se condice con el objetivo que había detrás de esta Ley, como se expuso en la Sección 3.2, objetivo que también ha sido citado por la propia Fiscalía Nacional Económica en los antecedentes por ella presentados[39].

Antes de proseguir, es importante notar que lo aquí expuesto, no significa que intérpretes ejecutantes de una obra deban dejar de percibir una remuneración por el uso de sus derechos de

[39] 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 a fojas 835.

propiedad intelectual, en la continua explotación de su trabajo fijado en formato audiovisual, sino que, la inclusión del estreno o primera emisión de una obra dentro de sus derechos de remuneración, genera un problema de posición dominante y consiguientemente precios excesivos por parte de las EGC, el que será abordado a continuación.

Como se expuso en la Sección 3.3, las EGC son monopolios naturales de acuerdo con la teoría económica, puesto que sus costos medios de administrar derechos de propiedad intelectual son decrecientes en la acumulación de más titulares adheridos a cada una, al respecto, ver Besen & Kirby (1989), Handke & Towse (2007), Watt (2016). En la práctica lo anterior se verifica, toda vez que efectivamente Chileactores agrupa a todos los artistas intérpretes y ejecutantes audiovisuales de Chile para administrar sus derechos de propiedad intelectual[40], mientras que los directores y guionistas audiovisuales se encuentran agrupados ya sea en ATN o DYGA.

Por otro lado, al momento de negociar tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual[41], la LPI permite a los usuarios agruparse en sus asociaciones como es en este caso ANATEL. Dado lo anterior, se podría argumentar que esto da paso a una negociación bilateral de monopolios, en que por una parte están las EGC y por la otra ANATEL, ya que el *outside option* para ambas entidades corresponde prácticamente a un conjunto vacío[42], y por lo tanto se necesitan mutuamente. Para ver esto, hay que considerar que ANATEL no puede emitir contenido si no negocia y cuenta con la autorización de las correspondientes EGC, mientras que estas últimas no tienen a quien vender -materialmente[43]- licencias por la utilización de los derechos que administran, si la industria televisiva deja de emitir (lo anterior se traduciría en que los canales de televisión abierta, consiguientemente, dejarían de producir contenido, cosa que abordaremos más adelante). Una situación como esta se asemeja a aquello descrito en Joskow (1987) en que una mina de carbón aislada geográficamente negocia con quien no sólo es su mayor, sino posiblemente su único cliente, una planta termoeléctrica cercana. Tanto para la mina de carbón como para la planta termoeléctrica, no llegar a acuerdo sería extremadamente desventajoso, llegando incluso a que en el margen ninguna pueda llevar adelante su respectivo negocio.

Si bien se podría argumentar que los canales de televisión tienen otras alternativas de emisión de contenido al aire, las que no estarían asociadas a los derechos de remuneración comprendidos en la Ley N°20.243 (como serían los noticieros y los eventos deportivos, entre otros), resulta evidente que el negocio de la televisión abierta consiste de una 'parrilla programática' diversa, que genera valor a los televidentes y atrae audiencia en las condiciones de competencia descritas en la Sección 2. Dentro de dicha parrilla programática, es bien sabido que el televidente chileno valora la oferta

---

[40] Cabe agregar que Chileactores no solo administra los derechos de propiedad intelectual de todos los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales de la industria nacional, sino que también administra estos derechos en nombre de artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales domiciliados en el exterior, cuando sus obras son emitidas en Chile, mediante acuerdos de reciprocidad con EGC extranjeras.

[41] De acuerdo con la Ley N°17.336, artículo 100, inciso 1°; "tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio."

[42] Con esto nos referimos a una situación significativamente disruptiva, como por ejemplo sería una industria de televisión abierta sin género dramático.

[43] Al menos no materialmente, si se considera que de acuerdo con la memoria anual de 2017 de Chileactores, un 80% de su recaudación provino de la televisión abierta y la televisión por cable, en que esta última retransmite el contenido de la televisión abierta.

de obras dramáticas (principal género asociado a tarifas de derechos intelectuales particulares). Para ilustrar lo anterior, considere el Cuadro 2 donde se expone la distribución de la oferta programática de la televisión abierta -a nivel de industria- y su consumo según cada género entre los años 2010 y 2017. En éste se puede observar, que si bien la parrilla programática puede variar a lo largo del tiempo, mediante los ajustes estratégicos que realice cada canal, en cada año siempre existe una distribución que incluye diversos géneros. Adicionalmente, también se puede observar la relevancia del género dramático, en que, por ejemplo, para 2017, la oferta programática de la industria suma un 26% entre los géneros SERIES, TELENOVELAS y PELÍCULAS. Por otra parte, y como un indicador acerca de la valoración de dicho género por parte de los televidentes, considere que la suma de la distribución de consumo, de estos mismos tres géneros, en 2017, asciende a un 30%. A mayor abundamiento, considere también la proporción del consumo capturada por las TELENOVELAS, de un 22% en 2017, sólo superado por el género INFORMATIVO.

Cuadro 2: Distribución de la oferta y del consumo entre géneros de la televisión abierta en Chile.

Género	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Oferta								
INFORMATIVOS	19%	17%	16%	17%	18%	17%	17%	19%
MISCELÁNEOS	16%	19%	17%	17%	15%	13%	13%	18%
SERIES	21%	19%	16%	17%	20%	17%	14%	10%
TELENOVELAS	11%	12%	10%	11%	10%	13%	14%	12%
CONVERSACIÓN	11%	12%	13%	14%	15%	14%	15%	17%
PELÍCULAS	9%	7%	8%	7%	6%	5%	5%	4%
OTROS	14%	15%	20%	17%	16%	20%	21%	19%
Consumo								
INFORMATIVOS	24%	24%	23%	24%	26%	26%	27%	28%
MISCELÁNEOS	20%	21%	20%	19%	15%	17%	16%	18%
SERIES	10%	10%	9%	9%	11%	9%	7%	5%
TELENOVELAS	13%	14%	12%	16%	19%	21%	22%	22%
CONVERSACIÓN	11%	11%	13%	14%	13%	11%	11%	10%
PELÍCULAS	9%	8%	8%	7%	5%	4%	4%	3%
OTROS	13%	12%	15%	11%	10%	12%	14%	14%

Fuente: Elaboración propia en base a información de los anuarios de CNTV.

Del cuadro anterior, por lo tanto, queda en evidencia la estrategia programática de la televisión abierta, consistente de una parrilla diversa para generar audiencia de acuerdo a lo expuesto en la Sección 2, así como la importancia del género dramático en dicha parrilla.

Volviendo al desarrollo de una relación bilateral de monopolios, se puede argumentar que en dicho caso las partes negociarán los términos de intercambio de la mejor forma posible, maximizando el valor de la relación y, por lo tanto, estableciendo condiciones que solamente afecten la repartición de rentas entre ellas, pero que no produzcan distorsiones asignativas. A este respecto, remitiéndonos nuevamente al ejemplo de la mina de carbón y la planta termoeléctrica, Joskow

indica que estas entidades seguramente firmarían contratos de largo plazo, esto último dado los activos específicos involucrados en la operación de cada firma.

El caso que nos convoca, sin embargo, presenta una diferencia fundamental respecto al ejemplo de la mina de carbón y la planta termoeléctrica, en el que la negociación entre las partes es respecto de un insumo fundamental (el carbón) para la generación de un solo producto (la energía eléctrica). En contraste, en la negociación de tarifas entre distintas EGC y ANATEL, los derechos intelectuales particulares son un insumo fundamental para dos productos muy diferentes, a saber, el estreno o primera emisión de contenido, y su posterior repetición.

El primer producto, el estreno o la primera emisión de un programa, está evidentemente aparejado al desarrollo de nuevo contenido, en cuyo mercado interactúan, por un lado, actores, directores, y guionistas, y los canales de televisión por otro el otro[44]. A este respecto, resulta evidente que cuando actores, directores y guionistas son contratados por un canal para la producción de una obra determinada, estos negocian los términos de su remuneración en el entendido de que esta cubre el valor de su trabajo habitual en el canal, el que obedece a la exhibición que este realiza en su actividad comercial. De igual forma, un canal de televisión, al contratar actores, directores y guionistas y pactar su remuneración, siempre estará pensando en que ella obedece a la exhibición de las ejecuciones, la puesta en escena y la creación intelectual de cada uno, ya que para ello se contrata. No resulta creíble, tanto para actores, directores y guionistas, así como para el canal, que las remuneraciones pactadas sean para generar una producción, fijarla en formato audiovisual y posteriormente guardarla y no exhibirla. A mayor abundamiento considere la sola existencia de diferencias salariales entre los distintos actores que participan en una obra. Precisamente porque canales y actores al negociar la remuneración consideran su interpretación y la emisión en conjunto, es que persisten dichas diferencias, las que obedecen como es lógico, a la valoración que el público, al ver la producción, hace de cada uno de los actores. En caso contrario, si la remuneración no obedeciera a la exhibición, los salarios de todos los actores deberían ser similares por horas trabajadas. Esto demuestra que la remuneración de actores, directores y guionistas por parte de los canales está fundamentada y por cierto obedece, a lo menos, a la primera emisión del contenido.

La situación descrita corresponde entonces a un mercado donde se negocian los términos de intercambio de todos los insumos involucrados en la producción de contenido, como las horas hombre de los actores, directores, y guionistas, y si este opera de forma normal, la remuneración a cada insumo se encontrará debidamente determinada. En otras palabras, un mercado competitivo de generación de contenido asegura que la remuneración de actores, directores y guionistas sea un reflejo del valor que su actividad aporta a la producción y, por lo tanto, corresponde al valor de dicho derecho de autor o derecho conexo. No existe ninguna razón para pensar que este mercado funciona mal, ya que en este caso, a diferencia de una negociación entre dos entidades monopólicas como sería una EGC y ANATEL, la relación corresponde a aquella que existe entre cada canal y cada actor, director o guionista, en que ambas partes tienen alternativas, las que distan de ser un

[44] El contenido emitido por los canales de televisión puede ser producido internamente, o bien externamente en que dicha labor es realizada por una productora externa. En este último caso, la demanda por insumos involucrados en la producción es una demanda derivada, y por lo tanto continuaremos con que la contraparte a actores, guionistas y directores corresponde a los canales de televisión.

conjunto vacío en caso de no llegar a acuerdo. Considere por ejemplo el caso de un actor, que además de emplearse en un canal determinado, de la industria chilena de la televisión abierta, también puede hacerlo en otro canal competidor, alternativamente, también podría emplearse en otras industrias, como por ejemplo, en el teatro clásico, en la industria del cine, en producciones de canales extranjeros[45] o en producciones originales de plataformas OTT. Por su parte, los canales de televisión, es evidente que también tienen alternativas al no llegar a acuerdo con algún actor, director o guionista determinado, ya que siempre podrán llegar a acuerdo con otro o incluso hacer ajustes a su parrilla programática, siempre dentro de su estrategia competitiva. Adicionalmente, ambas partes -canales y actores, directores o guionistas- conocen exactamente lo que se requiere para el desarrollo de una producción y llevar el contenido al aire, y la única incertidumbre es acerca del éxito ésta pueda tener al momento de su emisión. Sin perjuicio de lo anterior, este riesgo es asumido por los canales, y se encuentra internalizado a la hora de decidir la intensidad de uso de cada insumo involucrado en la producción. Al respecto considere las teleseries Santiago City[46], Buen Partido[47], Charly Tango[48], y Caleta del Sol[49], entre otras, sacadas del aire producto de malos resultados, es decir, producto de que su emisión no generaba la audiencia necesaria para hacerlas rentables. En todos esos casos, como es de esperar, las remuneraciones correspondientes por los capítulos grabados ya se encontraban determinadas en el mercado de producción de contenido, y el mal resultado de dicha producción es asumido por los canales. En esta línea, se podría pensar que las partes pueden negociar condiciones de remuneración variables dependiendo del éxito de una producción, por ejemplo, un canal podría considerar una remuneración con una parte fija y otra variable, contingente en seguir grabando más capítulos de una teleserie. Alternativamente, un actor podría ser pagado un bono de término, si la obra en la que se encuentra involucrado se cancela antes de lo que se había programado, pero cualquiera sea la negociación, esta se llevará a cabo en un ambiente de competencia, en que tanto la oferta como la demanda tienen alternativas. A mayor abundamiento, incluso se podría pensar en remuneraciones de actores, directores y guionistas contingentes en el éxito de algún programa, en la medida que este es emitido al aire. El punto es que el riesgo asociado a la producción de contenido se puede negociar, y seguramente esto es así en un mercado competitivo de generación de contenido y consiguientemente no se observa la necesidad de una ley o normativa lo intervenga.

El segundo producto, la repetición de contenido, corresponde a una realidad radicalmente distinta. Para este no existe un mercado *ex-post* (posterior al desarrollo del contenido) donde las partes interesadas puedan negociar los términos de intercambio por la reutilización de los derechos de propiedad intelectual que corresponde a actores, directores, y guionistas. Al respecto, se podría pensar que la remuneración asociada a la repetición de contenido es negociada durante su producción. Por ejemplo, cada actor, director, y guionista podría negociar, simultáneamente a la negociación de los términos para el desarrollo de contenido, un *royalty* por posteriores

[45] Un ejemplo es la serie 'Prófugos', con una primera temporada estrenada en septiembre de 2011 y una segunda en septiembre de 2013.
[46] Megavisión, año 1997, retirada a menos de un mes de su estreno.
[47] Canal 13, año 2002, retirada luego de un poco más de 4 meses desde su estreno.
[48] Canal 13, año 2006, retirada luego de un poco más de 2 meses desde su estreno.
[49] Televisión Nacional de Chile, segundo semestre del año 2014 y principios de enero de 2015, sacada de su horario inicial producto de su baja audiencia y posteriormente acortada.

repeticiones, tal como ocurre entre escritores y editoriales de libros; un pago base y un royalty por libro vendido[50]. Sin perjuicio de que quizás esta sea la forma más eficiente de negociar ambos términos, la realidad parece ser otra. Los pagos por usos posteriores de derechos de propiedad intelectual no se negocian en el mercado de desarrollo de contenido y, por otro lado, el mercado de la retransmisión de contenido no existe. La razón de fondo no es clara; una explicación podría encontrarse en la asimetría que existe sobre el control de una repetición, el que recae completamente en el canal que haya desarrollado el contenido y que por lo tanto tiene dicho recurso en su portafolio. Lo que sí es claro, es que una secuencia de leyes (la Ley N°20.243 y la Ley N°20.435) retiraron por decreto la posibilidad de negociar los términos por usos posteriores de derechos de propiedad intelectual en el mercado de desarrollo de contenido. Es posible que los legisladores hayan previsto que una negociación en el mercado de generación de contenido no remuneraría correctamente el uso de dichos derechos de propiedad intelectual, en línea con las afirmaciones de CNCA (2017), pero ello no lo sabemos, y no corresponde a este informe ahondar en esa discusión.

En resumen, mientras que por un lado los insumos que proveen actores, directores, y guionistas son remunerados en el mercado de generación de contenido, por el otro, el continuo uso de sus derechos de propiedad intelectual, fijados en formato audiovisual, está siendo remunerado bajo el amparo de un conjunto de leyes. En principio no existiría problema alguno con la situación antes planteada, sin embargo, y producto de la redacción de la Ley N°20.243, que considera dentro de la base sujeta a remuneración no sólo la repetición de contenido, sino que también su estreno o primera emisión, es que la industria de la televisión abierta está enfrentada a un problema de precios excesivos dada la posición dominante que la propia Ley ha otorgado a las EGC. La mejor manera de ver esto es preguntarse: ¿tienen sentido los derechos de remuneración de la Ley N°20.243, que paga la industria de la televisión abierta, en un mundo en donde no existe la repetición de contenido? La respuesta es categóricamente no. En dicho mundo, el mercado de generación de contenido, funcionando de forma competitiva, es capaz de remunerar todos los insumos utilizados en la producción en forma apropiada, logrando así una asignación eficiente de todos los recursos involucrados, incluida la asignación del riesgo. Por lo tanto, en ausencia de repetición de contenido las actividades de la industria de la televisión abierta no estarían si quiera consideradas en la Ley N°20.243[51]. Los derechos de remuneración otorgados por la Ley N°20.243 deberían considerar solamente la repetición de contenido, ya que la primera emisión está completa y apropiadamente remunerada en el mercado de la producción. Desafortunadamente, la ley actualmente vigente obliga a sobre-remunerar insumos utilizados en el desarrollo del contenido. Las tarifas determinadas por las EGC, al ser permanentes y al no existir sustitutos cercanos a las ejecuciones de actores, directores, y guionistas (ya que es imposible la producción de contenido sin ellos) las convierte en precios excesivos desde el punto de libre competencia[52].

---

[50] Aunque el esquema de remuneraciones en los libros se parece más bien a uno de compartición de riesgo, con una parte fija y otra variable, que al pago *ex-post* por conceptos de derechos de autor.

[51] A mayor abundamiento, en ausencia de distintos tipos de retransmisión de contenido, la Ley N°20.243 ni si quiera tendría sentido.

[52] Para más detalles sobre precios excesivos con menciones a la realidad chilena, ver Saavedra & Tapia (2017) y para una discusión internacional al respecto, ver Gilo & Spiegel (2018).

Es posible argumentar que lo anterior no corresponde a precios excesivos si uno acepta que los insumos que aportan actores, directores y guionistas se encuentran sub-remunerados en el mercado de la generación de contenido, en este caso, por un eventual poder monopsónico de los canales. Sin embargo, nada indica que ello sea así, y es más, las propias palabras de CNCA (2017) indican que los derechos de actores, directores, y guionistas son cedidos a precios que corresponden con primeras transmisiones. Sin perjuicio de lo anterior, y aún si hubiere distorsiones en el mercado de la generación de contenido, sería necesario analizar cuál es la herramienta más adecuada para abordar dicho problema, cosa que tampoco corresponde analizar en este informe. Alternativamente, también se podría argumentar que un sobreprecio en los insumos de desarrollo del contenido sería corregido en este mercado, internalizado en las remuneraciones, pagando menos por el trabajo de actores, directores, y guionistas. La razón por la cual ello no ocurre es relativamente simple, y es que este es un mercado competitivo, en que ambas partes tienen alternativas, donde los precios de cada insumo de producción están dados desde el punto de vista de un canal en particular, y por lo tanto no es posible corregirlos. Para ello sería necesario que todos los canales de televisión abierta acordaran actuar como un monopsonio para deshacer por completo la sobre-remuneración, en una suerte de acuerdo colusivo, del cual no existen antecedentes.

En este contexto, y nuevamente pensando en un mundo en el que no existen las repeticiones, sino simplemente la primera emisión de una obra, ¿qué implicancias tendría la Ley N°20.243? La respuesta a ello es: la explotación de un requisito legal para remunerar excesivamente los derechos de propiedad intelectual, toda vez que estos fueron remunerados en un mercado competitivo de generación de contenido, con las distorsiones asignativas que eso conlleva. Para ilustrar este último punto, pensemos en un juego en dos etapas. En la primera, nos encontramos en el mercado en que por un lado actores, directores y guionistas, y por el otro los canales de televisión, todos ellos actuando unilateralmente, negocian los términos de intercambio para la producción de contenido, en un ambiente de competencia como se expuso precedentemente. En esta etapa se determinará qué tipo de contenido desarrollar, en qué intensidad, y las remuneraciones de los insumos involucrados. Luego, en la segunda etapa, y una vez establecidos los términos de intercambio, todos los agentes mencionados se agrupan: actores, directores y guionistas, cada uno en su correspondiente EGC, y los canales bajo ANATEL, y deben negociar un pago adicional de ANATEL a cada EGC en la forma de una tarifa, pues así lo establece la ley[53] y de lo contrario los canales no pueden emitir el contenido producido. Independiente del valor que tomen las tarifas, es evidente que este pago será estrictamente positivo, y por lo tanto sus implicancias en la primera etapa se determinan mediante inducción hacia atrás. Anticipando el resultado de las tarifas, y en presencia de ofertas elásticas de insumos para la generación de contenido, producto de un mercado competitivo, es que los canales, con el objetivo de disminuir su estructura de costos, sólo podrán ajustar el tipo de contenido y su intensidad, alterando así la asignación de recursos en este mercado. Lo anterior se traduce en que la oferta de contenido producido por los canales se ve afectada por

[53] Mientras la Ley N°20.243 establece los derechos de remuneración son irrenunciables, la LPI establece que estos pueden ser administrados por las EGC, como se expuso en la Sección 3.3.1, y que los usuarios por otra parte pueden negociar las tarifas establecidas por las EGC a través de sus asociaciones respectivas como se expuso precedentemente. Decir que la ley establece que ambas partes deban sentarse a negociar obedece a un supuesto de racionalidad, ya que de no hacerlo, cada canal simplemente tendría que someterse a la tarifa determinada unilateralmente por cada EGC.

una ineficiencia introducida en forma exógena, que como se ha expuesto hasta ahora, obedece a la redacción final de la Ley N°20.243.

Por lo tanto, la incorporación de la primera emisión de una obra en los derechos de remuneración que otorga la Ley N°20.243, genera un problema de precios excesivos, debido a que los términos de intercambio determinados entre actores, directores y guionistas y los canales, al momento de la producción, ya son un reflejo del valor que tienen en la actividad comercial de los canales, y han sido determinados en un mercado como el descrito. En otras palabras, las tarifas determinadas por Chileactores, DYGA y ATN están cobrando la utilización de un recurso que ya fue remunerado, de acuerdo a un valor que se encuentra indisolublemente ligado, a lo menos, a la primera emisión de dicha obra.

4.2 Derechos de propiedad intelectual como insumos esenciales de la industria, su complementariedad y el problema de la multiplicidad de tarifas

La emisión de una obra audiovisual implica hacer uso de una serie de derechos de propiedad intelectual en forma conjunta, como se expuso en los ejemplos prácticos de la Sección 3, y consiguientemente una multiplicidad de tarifas a pagar, a una serie de entidades que son monopolios naturales. Esta situación, en la que una serie de insumos esenciales y complementarios son controlados -cada uno- por una entidad monopólica, fue descrita originalmente en Cournot (1938). En éste se describía una industria competitiva de producción de latón que debía adquirir cobre y zinc para ser utilizados en proporciones fijas en su tecnología de producción[54], y en que cada uno de estos insumos se encontraba bajo el control de una entidad monopólica. Producto de lo anterior, es que el mercado del latón terminaba enfrentando un precio más alto que en una situación alternativa en la que una única entidad tuviera el control conjunto del cobre y del zinc[55]. Al mismo tiempo, los productores de cobre y de zinc obtenían utilidades que sumadas eran menores a aquellas que obtendría aquella entidad monopólica en control de ambos minerales.

En un contexto estrechamente relacionado con la materia analizada en este informe, Shapiro (2001) provee un análisis de los efectos del acumulamiento de licencias a contratar por quienes desarrollan nuevas tecnologías con el fin de comercializarlas. El problema es análogo al anterior, solo que en este caso, en lugar de un productor de latón se describe el problema de firmas desarrolladoras de productos tecnológicos (v.gr. un productor de consolas de videojuegos o una empresa de biotecnología), las que deben hacer uso de una serie de patentes complementarias entre sí. De acuerdo con Shapiro, dichas firmas enfrentan muchas veces una acumulación de tarifas que se traducen en productos muy caros respecto de su costo total de producción (el que considera todos los costos de la cadena), o bien que los dejan fuera del mercado. Adicionalmente, y al igual que en el caso anterior, dicho esquema provee utilidades -a los propietarios de las licencias- que sumadas son menores a aquellas que obtendría un propietario único con la capacidad de fijar tarifas en forma monopólica.

Ambos casos, aquel descrito por Cournot y aquel descrito por Shapiro, sufren de un problema de doble marginalización (en rigor, de múltiple marginalización). Lo anterior considerando siempre

[54] Es decir, ambos insumos son complementarios.
[55] Para un tratamiento formal del modelo descrito, ver Shapiro (1989).

entidades con poder de mercado aguas arriba, como es el caso de las EGC en este mercado. Si bien es más fácil ilustrar este problema suponiendo que los proveedores de insumos esenciales son monopolios en sus respectivos mercados (en el ejemplo de Cournot ellos serían los proveedores de cobre y los de zinc), la doble marginalización igualmente persiste con proveedores oligopólicos. En nuestro caso, sin embargo, trabajar con monopolios es un buen supuesto, ya que como se expuso en la Sección 3.3, salvo el caso de directores y guionistas (un duopolio), los distintos titulares de derechos de propiedad intelectual en Chile se encuentran agrupados en una sola EGC por cada rubro.

Para formalizar lo anterior, considere un modelo que supone la existencia de solo dos grupos de titulares de derechos de propiedad intelectual, a saber, actores (A), y directores y guionistas (D). Cada uno se agrupa en una EGC, las que negocian, en forma separada, tarifas asociadas al uso de sus derechos de propiedad intelectual. Dichas tarifas, t_A y t_D respectivamente, corresponden a los pagos que deben realizar los canales de televisión por cada repetición de una ejecución fijada en formato audiovisual. Notar con ello que, siguiendo lo expuesto en la sección anterior, estamos suponiendo que estos pagos están bien concebidos, es decir, que corresponden a remuneraciones por el uso de derechos de propiedad intelectual asociados solamente a repeticiones (después volveremos al caso en que una primera transmisión también está sujeta a estas tarifas). Suponga además que los canales negocian bajo el paraguas de ANATEL, como contempla la LPI, formando con ello una demanda agregada por repeticiones, representada por $R(t) = R_0 - t$, donde R es el número de repeticiones, t es la tarifa que los canales tienen que pagar por cada repetición, y R_0 sería el número de repeticiones en ausencia de una tarifa. Ahora, dado que actores, y directores y guionistas son insumos perfectamente complementarios[56], es que se cumple $t = t_A + t_D$. Finalmente, para simplificar supongamos que el costo de oportunidad para actores, directores y guionistas de una repetición es cero (alguien podría argumentar que en algunos casos este costo de oportunidad podría ser negativo, es decir, que actores, directores y guionistas obtengan beneficios de la repetición de sus ejecuciones).

La solución socialmente eficiente al problema descrito, como es evidente, es fijar $t_A = t_D = 0$ y tener un número de repeticiones iguales a R_0. Sin perjuicio de ello, suponga ahora que los valores de t_A y t_D se fijan en dos negociaciones independientes entre ANATEL y cada EGC. Adicionalmente vamos a suponer que las negociaciones son simultáneas y que las EGC hacen ofertas del tipo tómalo-o-déjalo a ANATEL. El resultado, si bien cambia un poco con negociaciones secuenciales, no pierde su esencia en el sentido de que la doble marginalización no desaparece. Respecto de las EGC haciendo ofertas tómalo-o-déjalo, este supuesto también podría ser relajado fácilmente en función de un mayor realismo, permitiendo que con una probabilidad α sea la EGC la que haga la oferta tómalo-o-déjalo y que con una probabilidad $1 - \alpha$ sea ANATEL la que haga la oferta (y donde los valores de α podrían variar para cada EGC). Dado lo anterior, es evidente que cuando ANATEL sea la que haga la oferta elegirá $t_A = 0$ y $t_D = 0$, sin embargo, al igual que antes, relajar este supuesto solo complica el análisis, sin cambiar su esencia.

[56] Notar que son insumos esenciales y complementarios para la producción de contenido, y que consiguientemente sus derechos de propiedad intelectual quedan determinados y son inamovibles una vez fijada una interpretación en formato audiovisual.

1490

Dicho lo anterior, el problema de la EGC de actores, y el de la EGC de directores y guionistas es elegir t_A y t_D que maximizan respectivamente:

$$\Pi_A = t_A \cdot R(t_A + t_D) \quad (1)$$
$$\Pi_D = t_D \cdot R(t_A + t_D) \quad (2)$$

Con ello, en equilibrio las EGC escogen $t_A = t_D = R_0/3$. Con ello la cantidad total de repeticiones cae a $R_0 - 2R_0/3 = R_0/3$, mientras que cada EGC recauda $R_0/9$. Notar que, si ANATEL tuviera que negociar con un número n de EGC distintas, pero todas igualmente esenciales, entonces la tarifa que fijaría cada EGC sería igual a $R_0/(n+1)$ y el número de retransmisiones caería a $R_0/(n+1)$. Es decir, que bajo este esquema de determinación de tarifas, el número de repeticiones de obras fijadas en formato audiovisual tendería a desaparecer a medida que aumenta el número de EGC con derechos de remuneración sobre ellas.

Determinado lo anterior ¿dónde está el problema de la doble (o múltiple) marginalización? Suponga ahora que ambas EGC deciden negociar en forma conjunta y hacen una oferta t_{AD} a ANATEL. La oferta de esta entidad conjunta sería aquella que maximiza el siguiente problema:

$$\Pi_{AD} = t_{AD} \cdot R(t_{AD}) \quad (3)$$

En este caso, la tarifa que resuelve (3) sería $t_{AD} = R_0/2$, que es menor a la suma de t_A y t_D en el caso de ofertas independientes $(2R_0/3)$. Con esta nueva oferta, el número de retransmisiones cae menos, en este caso a $R_0/2$, y la entidad conjunta recauda $R_0/4$, que es mayor a la sumatoria de la recaudación de cada EGC cuando estas negocian en forma separada $(2R_0/9)$. Lo anterior se debe a que cuando cada EGC negocia con ANATEL de forma independiente, no internaliza el impacto de su negociación en los pagos que reciben el resto de las EGC, que en este caso decrecen producto de la complementariedad entre derechos de propiedad intelectual. Esta situación en que cada una está tratando de marginar en forma separada es lo que nos lleva al problema de la doble (o múltiple) marginalización.

Expuesto el problema planteado mediante este modelo simple, cabe preguntarse, ¿por qué restringir el espacio de acción en la negociación a un precio lineal t_j, con $j \in \{A, D\}$, cuando uno podría pensar en tarifas en dos partes? Con un esquema de este tipo la doble marginalización desaparece, independientemente de si las EGC negocian en forma conjunta o separada. La solución sería siempre la misma, cada una fijaría $t_j = 0$ y con un cargo fijo extraería el excedente a ANATEL, mientras que el número de repeticiones, $R(t)$ alcanza su óptimo social de R_0. Si bien existe multiplicidad de equilibrios cuando hay varias EGC negociando tarifas en dos partes, en forma separada y simultánea, en todos ellos el resultado es el mismo: todas fijan $t_j = 0$ y la suma de los cargos fijos extrae el excedente a los miembros de ANATEL. Esta solución aparece muy razonable en ambientes de negociación con información completa, donde todos los agentes involucrados conocen todos los parámetros relevantes a la negociación, a saber, R_0 y los costos de oportunidad de las distintas EGC (que por simplicidad fueron normalizados a cero). Sin embargo, si introducimos información privada en el valor de R_0, o permitimos que la demanda $R(t)$ sea incierta, nos vamos necesariamente a alejar de aquella solución socialmente óptima que las tarifas de dos partes permiten implementar. Las tarifas variables, t_j, serán positivas y se generarán las

distorsiones a la cantidad total de repeticiones, y con ello nuevamente el problema de la doble (o múltiple) marginalización. En la práctica, es interesante confirmar que las tarifas que negocian las EGC y ANATEL están lejos de ser de dos partes, todo lo contrario, estas son completamente variables como en nuestro ejemplo, mostrando que el problema de la doble marginalización no es una construcción teórica sin sustento en la práctica.

Entendida la existencia del problema de doble marginalización, cabe ahora preguntarse, ¿qué se puede hacer al respecto, en función de la eficiencia en la determinación de tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual? La respuesta es la siguiente: se debe establecer un mecanismo para que todas las EGC negocien de forma simultánea y conjunta, las tarifas correspondientes a los derechos intelectuales particulares. Lo anterior aumentaría la eficiencia en la determinación de estas, minimizando la distorsión relativa a la multiplicidad de tarifas.

Finalmente relajamos el supuesto respecto a que los derechos de remuneración analizados están bien concebidos, conectando esta sección con la anterior. ¿Cuáles son las implicancias de este análisis de doble marginalización cuando los insumos involucrados en el desarrollo de contenido y la primera emisión están sobre-remunerados, generando un problema de precios excesivos? La respuesta es sólo una, y es que, producto de la múltiple marginalización en la fijación de las tarifas, el precio excesivo de dichos insumos en el mercado de generación de contenido es aún mayor y corresponde consiguientemente a una suma de precios excesivos.

Por lo tanto, habiendo establecido que el poder de mercado de las EGC sobre una serie de insumos esenciales y complementarios genera un problema de múltiple marginalización, resulta absolutamente necesario establecer un mecanismo para que estas negocien de forma simultánea y conjunta las respectivas tarifas con las asociaciones de usuarios. Lo anterior, y como es obvio, es independiente de aquello expuesto en la Sección 4.1, relativo a la posición dominante de las EGC y los precios excesivos que ello genera.

4.3 Mecanismo de arbitraje

Hemos establecido en las Secciones 4.1 y 4.2, que: (i) la incorporación de la primera emisión de una producción audiovisual en los derechos intelectuales particulares otorgados mediante la Ley N°20.243 genera una posición dominante por parte de las EGC, y consiguientemente precios excesivos, y (ii) que la determinación mediante negociaciones independientes de tarifas por uso derechos intelectuales particulares, cuando cada uno se encuentra administrado por una entidad con poder de mercado, genera una ineficiencia en la forma de una doble (o múltiple) marginalización. Dicho lo anterior, corresponde en esta sección referirnos a la necesidad de un mecanismo de arbitraje, cualquiera que sea, cuando las consideraciones de las secciones recientemente mencionadas no sean suficientes para lograr un acuerdo tarifario, satisfactorio y competitivo, para el uso de derechos de propiedad intelectual.

Teniendo presente que un arbitraje es una instancia eventual, que sólo se requeriría cuando las partes no han podido llegar a un acuerdo, cabe detenerse un momento a discutir si dicha instancia genera efectos sobre la competencia en este mercado. Un sistema de arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, está pensado para resolver diferencias entre dos partes que no pudieron llegar a acuerdo en una negociación, alterando así el *outside option* de cada una, que en este caso se

1492

entendería como la imposibilidad de los canales de televisión de emitir -y por lo tanto producir- contenido audiovisual, y de las distintas EGC de recaudar la remuneración correspondiente al uso de los derechos intelectuales que ellas administren. Cabe preguntarse entonces, en el contexto del poder de mercado de las EGC ¿es esta alteración del *outside option* de las partes un efecto pro-competitivo? La respuesta no es simple, pero podría ser ilustrada mediante un ejemplo: Imagine el caso de un supermercado estableciendo condiciones de compra sumamente desventajosas a un pequeño proveedor. Bajo las condiciones usuales, es decir, sin posibilidad de arbitraje, el supermercado hará una oferta del tipo tómalo-o-déjalo a su proveedor, el que, en caso de no aceptarla, simplemente queda fuera del negocio (mientras que el supermercado al mismo tiempo tiene todo un abanico de alternativas). Si ahora introducimos un mecanismo de arbitraje, un proveedor podría rechazar la oferta original del supermercado, sabiendo que ello será resuelto mediante un tribunal arbitral. En esta situación, si el árbitro actúa de buena fe, velando por un acuerdo que se ajuste a la libre competencia, seguramente establecerá condiciones de intercambio más favorables al proveedor que aquellas presentadas en la oferta original del supermercado. Más aún, si las partes anticipan lo anterior, es probable que en primera instancia la oferta del supermercado sea lo suficientemente atractiva para que ni si quiera sea necesario invocar la instancia de arbitraje.

De esta manera, en lo que se refiere a la negociación tarifaria sobre el uso de derechos de propiedad intelectual, ante la eventualidad de que las partes no puedan llegar a un acuerdo satisfactorio, creemos que la posibilidad de utilizar una instancia de arbitraje tendría efectos positivos sobre la competencia en este mercado.

4.3.1 Mecanismo de arbitraje

Establecida la necesidad de un mecanismo de arbitraje, cabe en primer lugar referirse a aquel sistema que actualmente contempla la LPI. Este corresponde a un arbitraje binario, en que cada una de las partes debe entregar al tribunal arbitral una propuesta tarifaria fundada, en un sobre cerrado, para que finalmente éste decida entre una propuesta o la otra.

Esta clase de sistema de arbitraje es comúnmente llamada *final offer arbitration*, el que ha sido ampliamente estudiado en la literatura. Desde un punto de vista teórico, la principal virtud de este mecanismo radica en que, en equilibrio, las propuestas de las partes enfrentadas convergen hacia el valor que éstas anticipan que el árbitro consideraría justo en la relación de intercambio (en su defecto, convergen al rango que creen que el árbitro consideraría justo). De acuerdo con Farber (1980), ello se debe a que cada una de las partes debe sopesar la ganancia de que una oferta más agresiva sea aceptada, con la menor probabilidad de que en efecto ésta sea aceptada. En el contexto de las tarifas de remuneración de derechos de propiedad intelectual, es importante considerar que estas corresponden a una serie de bienes que la literatura ha clasificado como difíciles de valorar. El hecho de que en equilibrio las ofertas tarifarias en un *final offer arbitration* converjan hacia cierto valor, resulta altamente ventajoso y entrega estabilidad al proceso, toda vez que será la propia revelación de una valoración hecha por las partes, que pueden estar mejor informadas que el tribunal arbitral, la que finalmente determine un valor justo para la resolución de esta negociación.

Por otra parte, y en lo que a un *final offer arbitration* se refiere, nuevamente desde una mirada teórica, también existen críticas en la literatura. En primer lugar, Dickinson (2004) realiza un estudio experimental acerca de cómo afectan distintas opciones de resolución de disputas en la probabilidad de que las partes involucradas lleguen a un acuerdo. En particular se observa que la probabilidad de una disputa es mínima ante la ausencia de un mecanismo de resolución. Este resultado es de esperar si es que la alternativa que se planteó a las partes corresponde a una 'destrucción de la torta' en disputa, maximizando el riesgo de no llegar a un acuerdo. Esto último es equivalente, en el contexto del ejemplo utilizado al inicio de esta sección, a aquel supermercado imponiendo condiciones de compra sumamente desventajosas al pequeño proveedor, mediante una oferta tómalo-o-déjalo, que éste no rechaza, puesto que se quedaría fuera del negocio. Adicionalmente, a la hora de comparar distintos mecanismos de arbitraje, Dickinson observa que la probabilidad marginal de una disputa es mayor frente a un mecanismo de resolución de tipo *final offer arbitration* que frente a un arbitraje convencional. Mientras en el arbitraje convencional esta probabilidad marginal alcanza valores entre un 30% y un 35%, frente a un *final offer arbitration* esta asciende a un rango entre 37% y 41% respectivamente. En este sentido, si el objetivo último de una autoridad es simplemente inducir a las partes a llegar a un acuerdo, este resultado apuntaría a optar por un mecanismo de arbitraje convencional. Sin perjuicio de lo anterior, se debe considerar que el rango de probabilidad marginal de observar una disputa, frente a cualquiera de los dos mecanismos de arbitraje, fluctúa en un rango acotado de entre un 30% a un 40% ante cualquier alternativa, y que el objetivo de la autoridad probablemente no sea simplemente inducir a las partes a llegar a acuerdo, sino que lograr que el acuerdo que se establezca sea competitivo.

En un contexto estrechamente relacionado con aquel que nos convoca en este informe, Sidak (2014) realiza una fuerte crítica a la propuesta en Lemley & Shapiro (2013), la que aboga por un arbitraje de este tipo, obligatorio y vinculante, en caso de que el dueño de una patente esencial para una norma técnica y un implementador de dicha norma no puedan acordar una tarifa[57]. Los argumentos más atingentes a nuestro estudio apuntan a la complejidad que tendría una licencia de uso de una patente respecto a, por ejemplo, una controversia salarial a resolver mediante *final offer arbitration*[58]. De acuerdo con Sidak, reducir la disputa de una licencia a simplemente un número estaría dejando de lado múltiples facetas de la negociación, como son el alcance[59] y la duración de dicha licencia, así como el traspaso de la recaudación asociada en el caso de la provisión de sublicencias. Adicionalmente, también se menciona que existe una gran diferencia en el nivel de información disponible para resolver una disputa salarial, contrariamente a la información para determinar el valor de una patente. Por ejemplo, en el caso del *baseball* (contexto en el que se utiliza típicamente este mecanismo de arbitraje), el valor de un jugador estrella está típicamente asociado a una infinidad de estadísticas acerca de su rendimiento, mientras que el valor de la

[57] Las tarifas mencionadas en ambos trabajos corresponden a licencias FRAND, por sus siglas en inglés: *Fair Reasonable and Non-Discriminatory*, que corresponden a compromisos voluntarios de parte de propietarios de derechos de propiedad intelectual, que usualmente corresponden patentes esenciales para la implementación de algún estándar técnico en industrias tecnológicas.

[58] Recordar que *final offer arbitration* es también llamado *baseball arbitration*, ya que su uso más conocido tiene relación con disputas salariales entre jugadores de *baseball* y sus respectivos equipos.

[59] Cómo y para qué se otorga una licencia de uso de una patente.

utilización de una licencia, dentro de un estándar técnico es a priori incierto (puesto que dicho estándar muchas veces ni siquiera se encuentra en el mercado aún). Todo lo anterior, de acuerdo con Sidak, implica que la incapacidad del tribunal arbitral de llegar a un acuerdo intermedio, producto de la elección binaria con que opera un *final offer arbitration*, haría que este sea un método poco adecuado para la resolución de disputas en materias de licencias de uso de una patente.

Volviendo a la realidad que nos convoca, si bien los derechos de propiedad intelectual reconocidos y resguardados mediante la LPI no presentan el grado de complejidad asociado a los derechos de propiedad industrial analizados por Sidak, en términos del alcance de las licencias, su duración y los términos de sublicencias (donde estas últimas de hecho no aplican al caso), ello no implica que las tarifas puedan reducirse simplemente a la negociación de un número. La legislación vigente, actualmente carece de una estructura tarifaria definida sobre la cual opere un mecanismo de *final offer arbitration*, impidiendo que éste funcione de forma satisfactoria. Respecto a esto último, cabe hacer presente que la actual estructura tarifaria mediante la cual los canales de televisión abierta y Chileactores determinan el devengo de las remuneraciones que a estos últimos les corresponden de acuerdo con la Ley N°20.243, corresponde nada más que a un avenimiento entre las partes en una disputa judicial en el año 2012.

Para que un mecanismo de *final offer arbitration* provea una mejor solución a una disputa en la negociación de tarifas, es que primero se debe establecer una estructura tarifaria sobre la cual se arbitren sus parámetros. Esto en la actualidad es considerado solamente en el caso de los derechos de propiedad intelectual sobre el uso obras musicales[60]. Dicha estructura tarifaria, debe, a lo menos, considerar el grado o intensidad de uso que haga un usuario de los derechos de propiedad intelectual administrados por cada EGC (o la combinación de la intensidad de uso de distintos derechos si se recoge el punto levantado en la Sección 4.2, respecto a la necesidad de que la negociación tarifaria se realice en forma conjunta y simultánea).

Para ilustrar cómo podría operar lo anterior, considere el Cuadro 3 a continuación, en que hemos simulado, como un ejemplo práctico, una estructura tarifaria hipotética para devengar el pago de un canal sobre los derechos de remuneración de Chileactores (sin que ello corresponda a una propuesta). La primera columna agrupa distintos programas emitidos dentro de algún género determinado (A, B o C), la segunda columna indica el coeficiente de intensidad de uso promedio de los derechos administrados por Chileactores dentro de cada género programático, la tercera columna indica el número de horas de emisión de cada género para un período determinado, mientras que la última columna corresponde al producto entre los coeficientes de uso y las horas de emisión. Lo anterior se traduciría en que de un total de 800 horas de emisión, 260 corresponderían a horas sujetas a la tarifa de Chileactores, es decir, un 32,5%. Luego, si en este período el canal generó ingresos por $10.000, un 32,5% de ellos están sujetos a tarifa, es decir $3.250, que a una tarifa de 1,56% corresponden a un pago de $50,7. Mediante una estructura tarifaria como la anterior, la remuneración devengada por las actividades de este canal, aunque no

[60] Ver Ley N°17.336, Artículo 100, incisos 5° al 7°.

sea de forma perfecta, guarda relación con la intensidad de uso de los derechos de propiedad intelectual administrados por Chileactores[61].

Cuadro 3: Estructura tarifaria hipotética de Chileactores.

Género	Coeficiente intensidad uso	Horas de emisión	Horas sujetas a tarifa
A	0,0%	300,0	0,0
B	25,0%	200,0	50,0
C	70,0%	300,0	210,0
Total horas		800,0	260,0
Proporción horas sujetas a tarifa			32,5%
Total ingresos publicidad ($)			10.000
Proporción ingresos sujetos a tarifa			3.250
Tarifa			1,56%
Total pago Chileactores ($)			50,7

Fuente: Elaboración propia en base a investigación realizada de la industria.

Con una estructura como la descrita, o similar, una disputa si podría resolverse mediante un mecanismo de *final offer arbitration*, toda vez que un tribunal arbitral tendría elementos sobre los cuales arbitrar, a saber, (i) los coeficientes de intensidad de uso, y (ii) la tarifa en sí, generando una remuneración que, aunque reiteramos que en este ejemplo no es perfecta, guarda relación con el uso efectivo que hagan los canales de los derechos administrados por Chileactores. Lo anterior, por supuesto, también es aplicable a los derechos administrados por el resto de las EGC, así como a una combinación de derechos si se recoge que estas deberían negociar en forma conjunta y simultánea.

El punto es que en la actualidad la LPI no contempla una estructura tarifaria a arbitrar. Si bien en su Artículo 100 ter, inciso 7° se indica una serie de consideraciones que se deben tener en cuenta para la determinación del arbitraje, ello no constituye una estructura, sino más bien una serie de criterios para decidir entre las propuestas tarifarias de las partes. Con el fin de que un mecanismo de *final offer arbitration* resuelva una disputa tarifaria entre las partes de forma satisfactoria, es que en primer lugar debe establecerse en la LPI una estructura tarifaria a arbitrar, o al menos una serie de criterios específicos de la estructura, entre los que sin duda debe encontrarse una medida de la intensidad de uso que un usuario haga de los derechos de propiedad administrados por cada EGC. Alternativamente, también podría implementarse un mecanismo de arbitraje en dos etapas,

[61] Y para efectos prácticos, tiene un nivel de agregación de horas totales de emisión y de horas que hacen uso de los derechos administrados por Chileactores que no difiere mayormente de la forma en que operan dichas tarifas en experiencias internacionales, como es el caso de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE) en España.
Ver: 'Catálogo de tarifas generales para la comunicación pública de grabaciones audiovisuales' en https://www.aie.es/usuarios/tarifas/ [Última visita el 04/03/2019].

en que la primera etapa sea sobre la estructura tarifaria, y la segunda sobre sus parámetros si la autoridad así estima conveniente.

En relación a la información disponible para evaluar una propuesta tarifaria, hemos podido observar en el desarrollo de este informe, que esta industria presenta información histórica respecto de, a lo menos, los ingresos, costos y utilidades de cada canal, toda vez que ellos publican FECUs a través de la Comisión para el Mercado Financiero[62]. Adicionalmente, también existe información pública acerca de la oferta programática de los canales, toda disponible en el Consejo Nacional de Televisión, o bien accesible también través de los mismos canales. Lo anterior significa que las partes involucradas no tendrían dificultad en confeccionar propuestas tarifarias fundadas[63] para la posterior evaluación de un tribunal arbitral, el que también contaría con la misma información para realizar su propia investigación interna y contrastarla con las propuestas presentadas, estimar tendencias de mediano plazo y determinar si ellas son sustentables para la industria.

Sin perjuicio de lo anterior, también se podría argumentar que, a pesar de la información disponible para el tribunal arbitral, las partes podrían estar mejor informadas acerca de la actual situación en que se encuentra su relación contractual. Lo anterior cabe en el marco conceptual descrito en Gibbons (1988), y no revestiría mayores problemas, toda vez que el tribunal arbitral, aun contando con información ruidosa acerca de lo que constituiría un buen acuerdo entre las partes, puede aprender e inferir algo acerca de las propuestas que ellas presentan y, con ello tomar una mejor decisión. Por otro lado, las partes, como establece Gibbons, aun sabiendo que sus propuestas pueden afectar la noción de un acuerdo justo del tribunal arbitral, en equilibrio no lo hacen, ya que en esta situación deben balancear este incentivo, respecto a las mismas fuerzas que operaban en el modelo de Farber, es decir, respecto a la ganancia de que una oferta más agresiva sea aceptada, contra la menor probabilidad de que en efecto ésta sea aceptada[64]. Por lo tanto, es que en términos de la información disponible para un arbitraje del tipo *final offer*, siempre y cuando se establezca una estructura sobre la cual evaluar dicha información, esta industria mostraría condiciones favorables para su operación.

Por lo tanto, respecto del mecanismo de arbitraje a utilizar, en caso de disputas por la determinación de tarifas de derechos de propiedad intelectual, consideramos que para esta industria un esquema de *final offer arbitration* sería beneficioso, toda vez que la revelación de las partes y su convergencia entregan importante información al proceso. Sin embargo, lo anterior está condicionado a lo dicho precedentemente, en cuanto a que la LPI debe establecer una estructura tarifaria sobre la que se arbitrarán sus parámetros, puesto que la negociación de tarifa no se reduce simplemente a un número. Una vez establecida dicha estructura, creemos que la información disponible en la industria sería suficiente para la evaluación de las propuestas de cada parte.

---

[62] Anteriormente Superintendencia de Valores y Seguros.
[63] Notar que la fundamentación de cada propuesta tarifaria apunta a proveer información al tribunal arbitral relativa a los criterios que éste debe considerar en su decisión de acuerdo al Artículo 100 ter, inciso 7° de la Ley N°17.336.
[64] Gibbons (1988) establece por lo tanto un *separating perfect Bayesian equilibrium* en este juego.

1492

4.3.2 Condiciones necesarias para el buen funcionamiento de un mecanismo de arbitraje

En vista de que las tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual, bajo un marco establecido de una estructura tarifaria mediante la LPI, podrían ser resueltas mediante un mecanismo de *final offer arbitration*, existen otras dos consideraciones a tener a la vista que resultarán fundamentales para su correcto funcionamiento.

En primer lugar, cabe detenerse en la forma en que deben ser presentadas las propuestas tarifarias en un proceso arbitral. Supongamos una estructura tarifaria como aquella de nuestro ejemplo práctico del Cuadro 3, que se compone de (i) coeficientes de intensidad de uso de derechos según cada género en emisión, y (ii) de la tarifa en sí. Es evidente que estos ítems tarifarios con complementarios entre sí, y por lo tanto, como demuestra formalmente Montero (2005), si cada uno es llevado a arbitraje en forma separada, todas las ventajas que tiene un *final offer arbitration* respecto a la convergencia de las propuestas tarifarias demostradas por Farber se pierden. Para ilustrar el concepto de la complementariedad de los ítems, imagine un canal que solamente ofrece el género C del Cuadro 3 y cuyos ingresos de publicidad ascienden a $10.000. Este canal, bajo nuestra estructura tarifaria, debe pagar a la EGC un total de $109,2, equivalente al producto de una intensidad de uso de 0,70, una tarifa de 1,56%, y sus ingresos de $10.000. Ahora imaginemos que el coeficiente de intensidad de uso cambiara a 0,60. En este caso, la complementariedad entre ambos ítems queda en evidencia con el hecho de que sería trivial para la EGC compensar dicho cambio con una tarifa de 1,82%, con lo cual obtendría el mismo pago final de $109,2 desde este canal. Volviendo a lo planteado por Montero, si cada uno de estos ítems que compone la tarifa global es sometido a arbitraje en forma separada, bajo *final offer arbitration*, se observarán propuestas divergentes de las partes, propias de sistemas convencionales de arbitraje en que el tribunal arbitral tiene absoluta libertad para determinar una tarifa. Esto se debe a que, si las partes anticipan que el tribunal arbitral finalmente va a promediar las ofertas globales presentadas, que es precisamente lo que sucede al arbitrar ítem por ítem, entonces en equilibrio su estrategia corresponde a ofertas tarifarias divergentes; al infinito si es que las tarifas negociadas pueden tomar valores tan negativos (lo que sería una compensación) y positivos como se desee.

Experiencias como la anteriormente descrita han sido observadas en el sector sanitario en Chile, sector que por cierto tiene una estructura relativamente rígida sobre la que se arbitra. Efectivamente, la regulación actual contempla un sistema de resolución de conflictos, entre las empresas sanitarias reguladas y la Superintendencia de Servicios Sanitarios ("SISS"), en lo que a la determinación de las tarifas de servicio se refiere. Dicho sistema de resolución corresponde precisamente a un *final offer arbitration* sobre cada uno de los distintos ítems de costo sobre los que haya disputa (por ejemplo, respecto a la superficie de pavimento que se requiere reponer, o sobre el valor del agua cruda, entre otros), donde para cada caso los peritos deben decidir si considerar el valor propuesto por la empresa o por la SISS. Dado que la agregación de los distintos ítems de costo da origen a la tarifa global del servicio, es que se han encontrado casos en que por un lado la SISS propone rebajas tarifarias de un orden de 10%, al mismo tiempo que una empresa regulada propone un alza de un 30%. Esta divergencia sería mucho menor, si en lugar de arbitrar ítem por ítem, los peritos, o el tribunal arbitral designado, tuviera que deliberar solamente acerca

de las tarifas completas presentadas por cada una de las partes, cuestión que actualmente se encuentra en discusión.

Volviendo al mercado de las tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual, respecto a la forma en que se deben presentar las ofertas para el arbitraje, tanto la teoría como la experiencia en el contexto de los servicios sanitarios claramente apunta a que cada una de las partes debe presentar una propuesta global, es decir, un paquete compuesto por los mencionados coeficientes y su tarifa. Lo anterior será fundamental para mantener las propiedades que hacen atractivo un mecanismo de *final offer arbitration*.

En segundo lugar, cabe detenerse en la formación de un tribunal arbitral. Si bien la literatura de distintos mecanismos de arbitraje considera la presencia de un solo árbitro, en la práctica existen muchos casos en los que se compone un tribunal arbitral formado por un grupo de personas. Un ejemplo es el ya mencionado caso de las empresas de servicios sanitarios en el que existen tres árbitros: uno nombrado por la SISS, otro nombrado por la empresa regulada y un tercero de común acuerdo. De hecho, y a pesar de no haber sido utilizado nunca, este es el mismo esquema que contempla la LPI en su artículo 100 ter, inciso 3°. Si bien existen ventajas en tener tres miembros en un tribunal arbitral, la forma en que este trío se conforma es importante. Tener dos árbitros nombrados cada uno por las partes y un tercero de común acuerdo no es trivial. Una ventaja -y quizás la única- es que los árbitros que representan a cada una de las partes pueden estar mejor informados respecto de algún tema relevante de la situación contractual. Al menos en el caso de los servicios sanitarios, el árbitro nombrado por una de las partes realiza varios intercambios de información con ella, tanto antes como durante el proceso arbitral. Esto último, si bien puede enriquecer la discusión con el resto de los árbitros, también genera incentivos a que la parte representada entregue a su árbitro información parcial y sesgada. Aunque no existe evidencia de ello en la práctica, lo que si se ha observado es que los árbitros designados por las partes tienden a defender la posición de quien lo nombró, más que a ayudar al árbitro de común acuerdo a tomar una buena decisión. Son defensores de una posición en particular, mejor informados y con mejores argumentos que el resto del tribunal arbitral, pero defensores finalmente. Este punto genera dos problemas, por un lado, la toma de posiciones genera mayor incertidumbre respecto a lo que el árbitro de común acuerdo perciba como un acuerdo adecuado, y por otro hace recaer en él toda la decisión para resolver finalmente la disputa.

Si bien no hay forma de sopesar con precisión estos dos efectos -el traer más información a la discusión del tribunal arbitral versus el sesgo y el ruido introducido sobre el árbitro de común acuerdo- nuestra visión es que es el último efecto es el que tiende a dominar en la práctica. La provisión de información puede realizarse mediante fuentes públicas, o mediante aquello que aporten las partes directamente al tribunal arbitral completo y, por lo tanto, creemos que lo adecuado sería contar con un tribunal arbitral determinado mediante una regla a priori, en que ninguno de sus miembros deba ser nombrado por alguna de las partes individualmente. Una propuesta que consideramos conveniente es que uno de los árbitros sea designado o pertenezca a la Fiscalía Nacional Económica, obedeciendo a los temas de competencia que persisten en este mercado, un segundo árbitro sea designado o provenga del Tribunal de Propiedad Industrial, en función de su conocimiento de temas de propiedad intelectual, y que un tercer árbitro sea de común

acuerdo entre las partes. Alternativamente, una mirada a la experiencia internacional muestra que en distintas legislaciones se han establecido organismos jurisdiccionales técnicos e independientes para solucionar disputas. A modo de ejemplo, en Estados Unidos existen los *Copyright Royalty Judges*, en Canadá existe un *Copyright Board*, en España la Comisión de Propiedad Intelectual y en el Reino Unido el *Copyright Tribunal*. Si bien la realidad en dichas legislaciones es tal que justifique la creación de una entidad encargada, en forma exclusiva, de disputas en materias de propiedad intelectual, sea o no ello válido para el mercado chileno, la realidad es que en todas aquellas experiencias el tribunal arbitral encargado de resolver dichas disputas no se conforma de miembros nombrados por las partes involucradas, sino que se encuentra determinado a priori.

Por lo tanto, en esta sección hemos establecido, por una parte, la necesidad de un mecanismo de arbitraje en este mercado, en el sentido de que la alteración del *outside option* de las partes se traduce, probablemente, en un efecto pro-competitivo. En este sentido, la instancia de arbitraje actualmente contemplada en la LPI no entrega una solución satisfactoria. Si bien creemos que como mecanismo, un *final offer arbitration* sería beneficioso, toda vez que la revelación de las partes es informativa, al mismo tiempo que su convergencia entrega estabilidad al proceso, es necesario previamente que se establezca, mediante la misma ley, una estructura tarifaria sobre la cual arbitrar sus parámetros. Adicionalmente, considerando una estructura tarifaria como la presentada en nuestro ejemplo práctico, es que debe quedar establecido que las propuestas tarifarias de las partes enfrentadas deben necesariamente ser presentadas como una estructura completa, o un paquete, y que el arbitraje debe realizarse sobre dicha estructura integral, con el objetivo de preservar las virtudes de un *final offer arbitration*.

Finalmente, y también en función del mejor funcionamiento del proceso, es que el tribunal arbitral debería componerse de 2 árbitros independientes de las partes, determinados mediante una regla a priori, y un tercer árbitro de común acuerdo entre ellas. Alternativamente, y si se considera pertinente para la realidad chilena, también se podría crear un organismo independiente que funcione a tiempo completo, como es la realidad en mercados como el de Estados Unidos, Canadá, España o el Reino Unido, entre otros. Entendiéndose que en dichos mercados las actividades relacionadas a estos tienen una cuantía significativamente superior a Chile.

En resumen, en la Sección 4 se ha podido establecer que: (i) la incorporación de la primera emisión de una producción audiovisual, en los derechos intelectuales particulares otorgados mediante la Ley N°20.243, genera una posición dominante por parte de las EGC, y consiguientemente precios excesivos, toda vez que se estaría cobrando por la utilización de derechos que ya se encuentran debidamente remunerados. (ii) Que la determinación mediante negociaciones independientes de tarifas por derechos intelectuales particulares, cuando cada uno se encuentra administrado por una entidad con poder de mercado, genera una ineficiencia en la forma de una doble (o múltiple) marginalización. Ello se debe a que los derechos ya mencionados son insumos esenciales y complementarios para la emisión de obras fijadas en formato audiovisual. Lo anterior sin embargo y como se demostró, se soluciona simplemente si se establece un mecanismo mediante el cual todas las EGC negocien en forma conjunta dichas tarifas con cada asociación de usuarios. Y (iii) que cuando las consideraciones anteriores no sean suficientes para lograr un acuerdo tarifario, satisfactorio y competitivo, se justifica una instancia de arbitraje, en el sentido de que nuestra

visión es que ello sería un elemento pro-competitivo para el mercado. En este sentido, el arbitraje actualmente contemplado en la LPI no entrega una solución satisfactoria. Si bien hemos expuesto que como mecanismo un *final offer arbitration* sería beneficioso, es necesario previamente establecer, mediante la ley, una estructura tarifaria sobre la cual arbitrar. Adicionalmente, hemos establecido de forma copulativa a lo anterior, que las propuestas presentadas por cada parte deben comprender la estructura tarifaria completa y que el arbitraje debe ser sobre dicha estructura en forma íntegra, con el fin de preservar la convergencia entre las ofertas. Por último, procurando el mejor funcionamiento del mecanismo de arbitraje, es que el tribunal arbitral debe componerse mediante una regla a priori, con árbitros independientes de las partes, donde sin embargo podría haber uno de ellos determinado de común acuerdo, o bien mediante el establecimiento de un organismo independiente como se observa en otros países, si es que la realidad del mercado chileno lo amerita.

5 Consideraciones finales

Este informe ha tenido por objetivo analizar el mercado donde se determinan las tarifas por utilización de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares, en el contexto del expediente de recomendación normativa caratulado: "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.

Previo al análisis del mercado de determinación de tarifas, este informe incorpora una sección dedicada a la descripción, evolución y actual estructura del mercado donde se desenvuelven los canales de televisión de libre recepción, agrupados en ANATEL, el que tiene como único propósito generar un marco conceptual adecuado para el análisis posterior ya mencionado. En ella se ha establecido que la industria de la televisión en Chile ha experimentado cambios estructurales relevantes en su objeto, legislación, modelo de negocio, tecnología e intensidad competitiva. Debido a lo anterior, sin que ello sea el objeto central de este informe, esta industria está enfrentada a un importante desafío para lograr su sustentabilidad de mediano y largo plazo, en un mercado que es significativamente distinto al que había hace solo diez años y que sigue cambiando de acuerdo con distintas proyecciones y a constantes innovaciones.

En el análisis del mercado en que se determinan las tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual, se pudo establecer, en primer lugar, que relativo a la base sujeta a remuneración de los derechos intelectuales particulares, existe una posición dominante de las Entidades de Gestión Colectiva, derivado de la redacción de la Ley N°20.243, la que genera un problema de precios excesivos, debido a que esta incorpora la primera emisión o estreno de una obra.

En segundo lugar, este informe pudo demostrar, que debido a la condición de esencialidad y complementariedad de los derechos intelectuales particulares, para la emisión de obras fijadas en formato audiovisual -todos estos administrados por entidades con poder de mercado- resulta absolutamente necesario establecer un mecanismo mediante el cual las EGC negocien de forma simultánea y conjunta las respectivas tarifas con las distintas asociaciones de usuarios.

En tercer lugar, respecto a la necesidad de un mecanismo de resolución de controversias en la determinación de tarifas, se ha establecido que un mecanismo de arbitraje puede tener

consecuencias pro-competitivas en un mercado en el que existen monopolios naturales, como son las EGC. En este sentido, la actual instancia de arbitraje que contempla la LPI no entrega una solución satisfactoria. Si bien hemos expuesto, que como mecanismo, un *final offer arbitration* sería beneficioso, es necesario previamente establecer una estructura tarifaria sobre la cual arbitrar. Adicionalmente, y también pensando en un correcto funcionamiento de un *final offer arbitration* es que aquello sobre lo que se debe arbitrar debe consistir en propuestas tarifaria íntegras, ya que de lo contrario se perdería la convergencia de las ofertas. Por último, y en lo que a la composición del tribunal arbitral se refiere, sea cual fuere el mecanismo de arbitraje elegido, es que sus miembros deberían estar establecidos a priori, de forma permanente y ser independientes de las partes.

No podemos dejar de mencionar, que este informe excluye la posición de la SCD en lo relativo a la posición dominante generada por la inclusión de la primera emisión sobre la base sujeta a remuneración que establece la Ley N°20.243. En primer lugar, porque esta ley no está dirigida hacia los derechos que esta EGC administra, y en segundo lugar, pero más importante aún, puesto que los derechos de propiedad intelectual por el uso de obras musicales no han sido remunerados previamente en ninguna etapa de la producción de contenido, y por lo tanto, las tarifas de la SCD sobre una primera emisión no corresponden a precios excesivos.

Sin embargo, en lo relativo a la multiplicidad de tarifas para la emisión de contenido fijado en formato audiovisual, si corresponde incluir a la SCD junto a las demás EGC, puesto que los derechos que administra también son esenciales y complementarios al resto, para la emisión de contenido en cualquiera de sus etapas, a su vez que son administrados por una entidad que también tiene poder de mercado. Si bien es cierto que la base sujeta a remuneración que correspondería a la SCD es distinta a la que correspondería -bajo lo establecido en este informe- a las restantes EGC, ello no es obstáculo para que todas negocien en forma conjunta, ya que si no fuera de esta manera, estaríamos nuevamente ante una doble marginalización.

Por razones evidentes, y producto que el mecanismo de arbitraje que contempla la LPI es atingente a la negociación de tarifas de todos los derechos de propiedad intelectual, es que también se ha tenido en consideración a la SCD en su análisis.

Por lo tanto, actualmente la Ley N°20.243 genera evidentes problemas de competencia, en lo relativo a la creación de posiciones dominantes que se traducen en precios excesivos. Esta ley, así como la LPI, no contemplan el problema de la doble (o múltiple) marginalización, producto de negociaciones independientes entre las distintas EGC y las asociaciones de usuarios, al no considerar previamente que estos derechos son esenciales y complementarios para la emisión de contenido.

La LPI, a su vez, establece un sistema de arbitraje, con un mecanismo de *final offer arbitration*, para el cual en la actualidad no están establecidas las condiciones que aseguren su correcto funcionamiento y sus consecuencias pro-competitivas, condiciones que se establecen en este informe.

6.711.769-4

10.656.879-0

16.321.459-8

Isabel Encina.
17.089.801-k

1502

Referencias

Besen, S., & Kirby, S. N. (1989). *Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives That Collect.* RAND Corporation.

Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. (2017). Guía de derecho de autor. La protección de la creación.

Consejo Nacional de Televisión. (2017). *IX Encuesta Nacional de Televisión.*

Consejo Nacional de Televisión. (2018). *Resumen histórico de Encuesta Nacional de Televisión.* Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales.

Cournot, A. A. (1938). *Reaserches into the mathematical principles of the theory of wealth.* New York: Kelley.

Dickinson, D. L. (2004). A Comparison of Conventional, Final-Offer, and "Combined" Arbitration for Dispute Resolution. *Industrial and Labor Relations Review, 57*(2), 288-301.

Farber, H. S. (1980). An analysis of Final-Offer Arbitration. *Journal of Conflict Resolution, 24*(4), 683-705.

Gibbons, R. (1988). Learning in Equilibrium Models of Arbitration. *The American Economic Review, 78*(5), 896-912.

Gilo, D., & Spiegel, Y. (2018). The antitrust prohibition of excessive pricing. *International Journal of Industrial Organization, 61*, 503-541.

Handke, C., & Towse, R. (2007). Economics of copyright collecting societies. *International Review of Intellectual Property and Competition Law, 38*(8), 937-957.

Joskow, P. (1987). Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets. *The American Economic Review, 77*(1), 168-185.

Lemley, M. A., & Shapiro, C. (2013). A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents. *Berkeley Technology Law Journal, 28.*

Montero, J.-P. (2005). A Model of Final Offer Arbitration in Regulation. *Journal of Regulatory Economics, 28*, 23-46.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos.

Saavedra, E., & Tapia, J. (2017). Excessive Pricing: Towards A Workable And Objective Rule. *Antitrust Chronicle, 1*(2).

Shapiro, C. (1989). Chapter 6 Theories of oligopoly behavior. *Handbook of Industrial Organization, 1*, 329-414.

Shapiro, C. (2001). Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting. *Innovation Policy and the Economy, 1*, 119-150.

Sidak, J. G. (2014). Mandating Final-Offer Arbitration of FRAND Royalties for Standard-Essential Patents. *Stanford Technology Law Review, 18.*

Watt, R. (2016). *An introduction to the economic theory surrounding collective management of copyright.* World Intellectual Property Organization.