

Los organismos de radiodifusión televisiva y la retransmisión de sus señales

*Broadcasting Organizations and the Rebroadcasting
of their Signal*

CARLO BENUSSI DÍAZ
Abogado independiente

RESUMEN El advenimiento de nuevas tecnologías ha generado el desarrollo de diversos mecanismos de utilización de señales de los organismos de radiodifusión. Dentro de estas formas de uso encontramos la efectuada por los operadores de cable, quienes toman la señal de los concesionarios de televisión abierta de libre recepción y la incluyen en las parrillas programáticas que ofrecen a sus suscriptores. Así, en diversos conflictos legales suscitados en los últimos años se ha cuestionado el verdadero alcance de los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión y su posible infracción por parte de los cableoperadores; ambos aspectos recientemente modificados en la Ley 20.750 que introduce la televisión digital.

PALABRAS CLAVE Organismo de radiodifusión, operador de cable, redifusión y retransmisión, señal de televisión, derechos conexos.

ABSTRACT The arrival of new technologies of television transmission has caused the development of different mechanisms devoted to the use of broadcasting organizations' signals. Among these uses we find one carried out by cable operators, where the signal of free-to-air television

concessionaires is taken and included, unilaterally, in the programming lineup they offer to their subscribers in a simultaneous and unchanged manner. Due to several legal conflicts raised in the last few years, there have been questions regarding the exact extent of neighboring rights given to broadcasting organizations and the possible infringement of their intellectual property rights by cable operators. Both aspects have been recently modified by the Act number 20.750, which introduces digital television in Chile.

KEYWORDS Broadcasting organization, cable operator, retransmission and rebroadcasting, television signal, related rights.

INTRODUCCIÓN

Son de público conocimiento los conflictos que la incorporación y avance de nuevas tecnologías han provocado en las diferentes áreas de nuestra sociedad civil a lo largo de estos últimos años, llegando a penetrar incluso en un rubro tan cotidiano como es el de la televisión. En tal sentido, el derecho y especialmente el derecho de autor no han podido estar ajenos a estas cambiantes circunstancias, lo que ha llevado, entre otras cosas, a que estos problemas sean conocidos por aquellos que por mandato constitucional tienen la facultad y el deber de dirimirlos y de regular su normativa, o sea, los órganos jurisdiccionales y legislativos (Consejo Nacional de Televisión, 2013: 46).

La televisión abierta en nuestro país —como también alrededor del mundo— constituye un eje fundamental en la difusión del conocimiento y la información. Desarrolla su actividad en la forma de organismo de radiodifusión que emite su señal por medio del espectro radioeléctrico para que sea recibida por todo el público que se encuentre dentro de su área de cobertura, entendiendo por ésta la zona a la cual va dirigida la emisión del organismo de radiodifusión de origen. A raíz de lo anterior, nuestra legislación y diversos instrumentos internacionales suscritos por Chile han otorgado a los organismos de radiodifusión derechos de carácter conexo por su labor en la transmisión y difusión de las obras intelectuales al público (Erdozain, 1997: 37).

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha sos-

tenido que uno de los mayores problemas que el avance de las nuevas tecnologías de la información ha supuesto para los organismos de radiodifusión alrededor del mundo ha sido la utilización no autorizada de sus señales. Así, mediante estudios internacionales se han detectado fundamentalmente cuatro tipos de usos no autorizados especialmente perniciosos para la actividad de estas entidades, a saber: a) la piratería informática física; b) el acceso no autorizado mediante el uso de dispositivos físicos; c) el acceso extraterritorial a la televisión; y d) la retransmisión (o redifusión) no autorizada de señales, que abarca la redistribución de las señales emitidas con o sin el consentimiento expreso del titular de los derechos (Screen Digest, 2010: 5-6).

De esta forma, en el entorno de la propiedad intelectual la protección de las señales de los organismos de radiodifusión frente al uso no autorizado de éstas es un tema que se viene debatiendo globalmente desde hace más de diez años y que no encuentra una salida pacífica. Según estudios del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, hay muchos países en el mundo que no conceden ningún tipo de derechos conexos a los organismos de radiodifusión, pero que consideran a sus señales como una obra protegida en virtud del derecho de autor. Algunos países protegen mayormente la señal emitida, mientras que otros protegen con preeminencia al contenido que la señal transporta (Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, 1998: 10).

En inmediata congruencia con el último de los usos no autorizados de señales mencionado y la actividad efectuada por los operadores de cable en nuestro país, es que se ha producido estos últimos años una serie de desafíos regulatorios, académicos y jurisprudenciales en torno a la retransmisión (o redifusión) de las señales de televisión abierta en la parrilla programática de los operadores de forma simultánea y no alterada. En términos sencillos, los problemas han girado en torno a si:

i) En Chile, estas señales (ya sean análogas o digitales) pueden ser incorporadas a la parrilla programática de los operadores de cable gratuitamente/sin autorización o sí, tal incorporación, debería estar sujeta a algún tipo de contraprestación/autorización por parte de los organismos radiodifusores que las emiten originariamente.

ii) Es factible definir la existencia de vulneraciones de derechos de propiedad intelectual con la actividad desarrollada por estos operadores

a la luz de la legislación vigente en nuestro país, la interpretación de los tribunales de justicia, y el desarrollo académico nacional e internacional vinculado a este tema.

A pesar del escaso desarrollo de esta materia en el contexto nacional, es a raíz de las últimas controversias entre las grandes operadoras de cable y los canales de televisión abierta que ha comenzado a surgir interés en el asunto. Este artículo consta de dos capítulos. En el primero tratamos la interpretación de las normas de propiedad intelectual y el correcto juego que debe existir en la aplicación de las normas nacionales e internacionales. En el segundo nos enfocamos en el contexto nacional contemplando el desempeño que nuestros tribunales han tenido a la hora de juzgar este tipo de conflictos a la luz de la ley, para ver si, en definitiva, las soluciones a las que han llegado son —como todos esperarían— el camino a un desarrollo íntegro de estas materias y de una óptima protección de la propiedad intelectual de cara a una verdadera sociedad de la información y el conocimiento. Complementamos la sección debidamente con la recién promulgada y publicada Ley 20.750 que permite la introducción de la televisión digital terrestre en Chile.¹ Tal normativa, si bien trata de la implementación de aquel tipo de señal de televisión en nuestro país, vino de paso a generar toda una regulación relativa al tratamiento de las señales digitales de los canales abiertos en hipótesis de retransmisión.

I. PROPIEDAD INTELECTUAL Y TELECOMUNICACIONES

Según datos del Consejo Nacional de Televisión, el año 2011 las familias chilenas contaban con 2,7 televisores por hogar.² Ese mismo año, un 98 % de la población tenía al menos un televisor, y el acceso a televisión de pago ascendía al 63 %. Hoy es indiscutido que la televisión constituye uno de los principales medios por el cual los chilenos se informan y entretienen día a día (Consejo Nacional de Televisión, 2011: 46-50).

1. El proyecto de ley que implementó la televisión digital terrestre en Chile fue ingresado a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional el 6 de noviembre del año 2008 mediante Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, y se concretó mediante la Ley 20.750 que fue promulgada y publicada el 22 y 29 de mayo del año 2014.

2. Tal cifra significa un aumento histórico desde los 1,9 que había en 1993.

Como fue definido en la parte introductoria, el tema que nos convoca es la protección de señales de televisión, específicamente en lo que tiene que ver con las señales de los canales de televisión abierta (concesionaria de servicios de televisión de libre recepción) u organismos de radiodifusión³ (por ejemplo, Televisión Nacional de Chile, TVN), utilizadas, retransmitidas o redifundidas⁴ por un agente proveedor de cable o permisionario de servicios limitados de telecomunicaciones (por ejemplo, VTR).

La actividad efectuada por los operadores de cable que nos interesa estudiar es la retransmisión o redifusión simultánea, en tiempo real y sin modificaciones, de las señales de televisión abierta a través de la parrilla o grilla de canales que ofrecen a sus suscriptores. La doctrina ha entendido que la transmisión (o redifusión) por cable puede ser entendida como «la distribución de señales electrónicas portadoras de imágenes, sonidos o datos contenidas en un programa mediante hilo, cable, fibra o cualquier otro medio de transmisión guiado». Advertimos que debido a la poca rigurosidad lingüística que hemos notado para describir la actividad en estudio, entenderemos en nuestro trabajo la expresión «retransmisión» de forma diferente a la estipulada por la Ley de Propiedad Intelectual,⁵ al menos que especifiquemos expresamente lo contrario (Ocallaghan, 2011: 365).

Cabe agregar que la jurisprudencia nacional⁶ y la OMPI han acuñado más regularmente el término «redifusión» para catalogar la actividad en comento desarrollada por los operadores de cable, pero que no tiene reconocimiento legal (Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2002: 11). Esta interpretación va en el mismo sentido que la

3. La Ley 17.336 de Propiedad Intelectual en su artículo 5 letra l) señala que un organismo de radiodifusión es «la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público».

4. Respecto del término jurídico-técnico apropiado no existe acuerdo aún ni en la escasa doctrina referente al tema ni en la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, ni tampoco en la propia OMPI. Sin embargo, los conceptos que más se han empleado en nuestro país son los de «retransmisión» y de «redifusión» para referirse al objeto de este trabajo.

5. Ley 17.336, artículo 5, letra ñ).

6. TVN con VTR Banda Ancha (Chile S.A.), 12.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-9411-2010.

que ha realizado Lucas Sierra, quien ha señalado que por redifusión se entiende la «conducta según la cual una emisión televisiva radiodifundida es llevada por un operador de cable en el mismo instante y en la misma zona de servicio de esa emisión radiodifundida». Agrega que hay redifusión en la medida en que el contenido de la emisión no sea intervenido por el permisionario, y que aquel la proporcione al mismo público que debe alcanzar el organismo de radiodifusión. Con todo, utilizaremos los conceptos retransmisión y redifusión indistintamente (Sierra, 2008: 2).

A diferencia de lo que acontecía hasta hace poco tiempo en Chile, otros países han reconocido desde hace bastante tiempo en sus leyes la retransmisión como la actividad desarrollada por los cableoperadores en nuestro país, como, por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual española⁷ que en su artículo 20 letra f) entiende la retransmisión por cable como «la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público». Finalmente, la anterior inexistencia de una regulación normativa de la actividad desarrollada por los operadores de cable en nuestra legislación de propiedad intelectual formó, sin duda, un primer obstáculo importante en la búsqueda de una solución jurídica correcta y en armonía con el catálogo de derechos establecido, pero, a su vez, constituyó la base misma del conflicto jurídico que alentó parte de las disposiciones de la ley que permitió la introducción de televisión digital.

DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

La propiedad intelectual abarca dos grandes áreas. En primer término la propiedad industrial⁸ y, en segundo, el área que nos convoca, los derechos de autor. Los derechos de autor corresponden a un término jurí-

7. Real Decreto Legislativo: Ley de Propiedad Intelectual del 12 de abril de 1996.

8. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 establece en su artículo 1.2 que la propiedad industrial comprende «las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal».

dico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas;⁹ y en este contexto se protegen, a modo de ejemplo, obras como novelas, poemas, programas informáticos, etcétera.¹⁰

Pablo Monsalve señala que los autores tienen que ser por regla general personas naturales, ya que, dadas sus cualidades, pueden exteriorizar actos creativos a través de obras o materializaciones. Sin embargo, agrega que las mismas personas jurídicas pueden en casos puntuales ser titulares de este tipo de derechos y siempre titulares derivados de los derechos patrimoniales de los autores originarios que los hayan cedido o transferido, lo cual nos manifiesta la factibilidad de titularidad de derechos de autor por parte de un organismo de radiodifusión (Monsalve, 2008: 8).

En nuestra tradición continental, este tipo de derechos se desglosa por una parte en derechos patrimoniales y, en segundo término, en derechos morales. Estos últimos corresponden, al menos, al derecho del autor de reivindicar la paternidad de su obra y a oponerse a cualquier deformación que atente contra el decoro de la misma o su reputación como autor (Antequera Parilli, 1998: 54-55).¹¹ Respecto de los derechos patrimoniales, Antequera Parilli establece que estos consisten en la facultad exclusiva del autor de explotar su obra (1998: 54-55).¹²

Comprendido lo anterior, tenemos que concentrarnos en una clase de derechos que se relacionan directamente con nuestro objeto de estudio; nos referimos a los derechos conexos. Con el reconocimiento universal

9. Es pertinente señalar que el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece en su artículo 2 lo omnicompreensiva de esta frase referente al ámbito de los derechos de autor, sosteniendo: «Los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión».

10. Para una referencia más acabada, véase OMPI, «¿Qué derechos proporciona el derecho de autor?», disponible en <http://www.wipo.int/copyright/es/general/about_copyright.html>.

11. En este punto, el profesor Antequera Parilli constata que es una regla general que en todos los países de tradición continental se reconozca a los derechos morales como inalienables e irrenunciables.

12. Salvo excepción legal expresa, comprendiendo este derecho especialmente el de comunicación al público, el de distribución, el de reproducción y el de modificación, sin perjuicio de otros derechos reconocidos en legislaciones particulares.

del derecho de autor se ha ido introduciendo en las diversas legislaciones este tipo de derechos, los cuales tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones que si bien no constituyen una «creación» literaria, artística o científica, sí se vinculan con la difusión de las obras del ingenio, como son las interpretaciones o ejecuciones artísticas, las producciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión.

Este tipo de derechos ya ha sido reconocido por tratados internacionales, a saber: la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas; el Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a través de su Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas. Por lo general, los derechos conexos se encuentran regulados en apartados especiales en las respectivas leyes de derechos de autor de los países, ya sea en un capítulo o título.

En Chile, la Ley 17.336 hace mención expresa de estos en su título II denominado «Derechos conexos al derecho de autor», y que contiene una reglamentación específica para los organismos de radiodifusión en su capítulo III, titulado «Organismos de radiodifusión», y que fue recientemente modificado a raíz de la ley que implementa la televisión digital terrestre al agregársele un nuevo inciso tercero a su artículo 69. El artículo 1 de esta ley señala: «La presente ley protege los derechos que, por el sólo 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». En consecuencia, los derechos conexos en lugar de proteger una creación, lo que protegen es una forma especial de difusión de la obra. Esas formas especiales de difusión son básicamente tres en nuestro derecho: las interpretaciones y ejecuciones, los fonogramas, y las emisiones de organismos de radiodifusión. Además, son derechos que se asignan por expresa disposición legal, de interpretación estricta y con limitaciones específicas, por lo tanto, se tipifican los titulares y las facultades que éstos confieren.

Respecto de los organismos de radiodifusión es relevante destacar

lo señalado por Hummel quien clasifica las industrias vinculadas con el derecho de autor en industrias primarias y secundarias. Denomina industrias primarias a aquellas que crean o explotan obras protegidas por derecho de autor y que tienen la titularidad de los derechos de explotación sobre la misma. Encontramos este tipo de industria en las productoras audiovisuales sobre las producciones realizadas con su coordinación (clasificación del todo aplicable a los organismos de redifusión de nuestro país), o en las empresas editoriales con periodistas y escritores contratados laboralmente. Siendo en ambos casos titulares de derechos de explotación respecto de las obras creadas la respectiva productora o editorial (Hummel, 1990: 14-23). Así, se puede constatar que los organismos de radiodifusión además de sus derechos de explotación o «protección preferente», de acuerdo con la Ley 17.336 como «industrias primarias» según lo señalado anteriormente, son titulares de un conjunto de derechos conexos sobre sus emisiones (Antequera Parilli, 2000: 21-22).

Ahora bien, en cuanto al instrumento nacional que regula lo referente a derechos de autor y derechos conexos tenemos la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual (LPI), y que entre sus modificaciones se encuentran la de mayo del año 2010,¹³ y la del primer semestre del año 2014 contenida en la Ley 20.750 que introduce la televisión digital y que modificó el artículo 69 agregando un nuevo inciso tercero con el derecho de retransmisión consentida.

La LPI en su artículo 2 establece la protección a los organismos radiodifusores indicando: «La presente ley ampara los derechos de todos los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión». Luego, en este mismo sentido, el artículo 3 número 5 señala: «Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: Las adaptaciones radiales o televisuales de cualquiera producción literaria, las obras originalmente producidas por la radio o la televisión [...]». En este contexto, la doctrina ha reconocido la existencia de obras televisivas como aquellas que conforman una obra audiovisual y que se integran junto a otro tipo de obras artísticas (por ejemplo, las obras cinematográficas) (Alesina y otros, 2006: 203-207).

13. Ley publicada en el *Diario Oficial* el día 2 de octubre del año 1970. Entre las materias modificadas de la LPI en el año 2010 se encuentran las referentes a las limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos.

Vienen a cerrar este marco general las disposiciones del artículo 69 en relación con algunas reglas generales de la Ley 17.336 expresadas tanto en su artículo 18, que dispone: «Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: a) publicarla mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión [...]; d) ejecutarla públicamente [...]»; como en el 19, que establece: «Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor».

A su vez, luego de la promulgación de la Ley 20.750, el artículo 69 sufrió una modificación que implicó que se agregara a él un nuevo inciso tercero que reza de la siguiente forma: «En el caso de los permisionarios de servicios limitados de televisión, éstos no podrán emitir ni retransmitir, por cualquier medio, en su oferta programática, señales pertenecientes a los concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción, sin la expresa autorización de éstos. La emisión y retransmisión de tales señales dará al concesionario el derecho a una retribución, que deberá ser acordada previamente por las partes». Como se advierte, de su sola lectura se ha instaurado la prohibición expresa para los operadores de cable de desarrollar la actividad que hasta antes de la nueva ley venían ejerciendo sin mayor control, concibiendo tal disposición un cambio de paradigma a lo que venía ocurriendo en los años anteriores.

Por otro lado, acerca de lo que debemos entender por organismo de radiodifusión y emisión o transmisión hay que remitirse al artículo 3 de nuestra LPI en cuanto provee definiciones de carácter legal. Así, entiende por organismo de radiodifusión: «la empresa de radio o televisión que transmite programas al público»; y por emisión o transmisión: «la difusión, por medio de ondas radioeléctricas, de sonido o de sonidos sincronizados con imágenes». De acuerdo con la Convención de Roma en su artículo 3, por emisión se entiende «la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público». No cabe duda entonces que los servicios de telecomunicaciones de libre recepción, como TVN o UCTV, son organismos de radiodifusión a la luz de esta normativa, y que, por el contrario, los operadores de cable no lo son al no realizar difusión inalámbrica de emisiones, sino que sólo a través de cable o hilo.

En concordancia a lo observado, se puede indicar que existe una protección dada a los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones

(señal) en razón a derechos conexos vinculados con su actividad, todo lo cual no sería impedimento para que éstos puedan gozar de protección de derechos de autor sobre el contenido de su emisión (programas de televisión) cuando dicha actividad organizativa es constitutiva de una obra intelectual en obras producidas bajo su coordinación e iniciativa, o en aquellas en que posean titularidad de derechos patrimoniales de forma derivativa. En este sentido, vale señalar que se puede proteger tanto al contenido de la señal del organismo de radiodifusión como la señal misma, siendo ambos elementos diferentes e independientes. A partir de esto podemos deducir que el uso no autorizado de una señal lógicamente afecta también a los contenidos incorporados en ella, al encontrarse esta última ineludiblemente integrada con la primera, pero que son considerados elementos independientes en cuanto objetos de derechos y titularidad.

Por último, hoy en día se puede hablar con toda seguridad de que una retransmisión hecha sin autorización del organismo de radiodifusión respectivo implica una infracción en razón del nuevo derecho de retransmisión consentida del inciso tercero del artículo 69 de la LPI.

EL RÉGIMEN DE TELECOMUNICACIONES DE LA TELEVISIÓN ABIERTA Y LA TELEVISIÓN DE PAGO EN CHILE

En la industria televisiva confluyen diversos elementos que es importante mencionar al menos someramente. Uno de ellos es la «señal» (o emisión) y que corresponde según la OMPI a toda energía transmitida detectable que pueda utilizarse para transportar información. Su importancia radica en que a través de ella los organismos de radiodifusión envían imágenes y/o sonidos para su recepción. Otro elemento primordial es el «contenido» mismo de la señal y que corresponde a toda la información audiovisual (programación) que se transmite a través de ella (Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2002: 5-11).

Como ya sabemos, las diversas entidades vinculadas a esta industria se pueden catalogar en dos grupos. Por una parte, aquellas que emiten sus señales a través de ondas hertzianas y que se denominan «canales de televisión abierta» (organismos de radiodifusión); y por otro lado, aquellas que proveen su actividad a los consumidores de forma limitada o restringida, que incluyen señales codificadas y entre las que se encuen-

tra la televisión por cable y cuyas empresas se denominan «empresas de televisión pagada o por cable» (Alesina y otros, 2006: 185).

En nuestro derecho, la televisión también se ve regulada en la normativa de telecomunicaciones a través de dos tipos de servicios según podemos observar del artículo 3 de la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones (LGT), que indica:

Para los efectos de esta ley los servicios de telecomunicaciones se clasificarán en la siguiente forma: a) Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general. [...] c) Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas. Estos servicios pueden comprender los mismos tipos de emisiones mencionadas en la letra a) de este artículo.

En consecuencia, según la clasificación de la LGT podemos comprender a los canales de televisión abierta como servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, y a los de televisión por cable como servicios limitados de telecomunicaciones.

Respecto de la radiodifusión, Peña la describe como «la actividad de enviar, por medios inalámbricos, un caudal de señales con imágenes y sonidos con el fin de ser recibidas por el público general» (Peña, 2008: 10). Por su parte, Gedda sostiene que la actividad televisiva de radiodifusión la podemos englobar como «una modalidad de televisión consistente en la emisión o retransmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas, sin guía artificial, por una estación terrenal» (Gedda, 2007: 57).

Por último, cabe señalar que en el caso de la televisión por cable se requiere de un permiso administrativo otorgado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel).¹⁴ Como pudimos apreciar, nuestra legislación considera este tipo de televisión como un servicio limitado de telecomunicaciones que no está destinado a ser captado libremente por el público general.¹⁵

14. Como lo establece el artículo 9 de la LGT.

15. Para el derecho administrativo, los actos de concesión y permiso constituyen tipos

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

En general, el conflicto que configura el motivo de este trabajo y que se ha discutido entre los entes involucrados radica en:

i) si el proveedor de televisión por cable requiere autorización para incorporar en su parrilla la señal radiodifundida por el organismo de televisión abierta (redifusión de la señal);

ii) la existencia de una infracción de derechos de propiedad intelectual por parte de un proveedor de servicios de televisión por cable en la redifusión (o retransmisión) no autorizada de señales de los organismos de radiodifusión a la luz de la actual normativa.

Vale destacar que las reclamaciones efectuadas por los organismos de televisión abierta han discurrido, en la gran mayoría de las ocasiones, en que el proveedor de televisión por cable finalice la redifusión (o «utilización» en ciertos casos) de su señal e indemnice los perjuicios sufridos debido al uso no autorizado de la misma.

Normativa de derecho interno

Los organismos de radiodifusión pueden ser titulares de derechos conexos de orden patrimonial sobre sus emisiones, así como de derechos a título originario o a título derivado sobre obras creadas en el curso de su actividad (programas de televisión). En este punto es fundamental que se tenga presente el artículo 69 de la Ley 17.336 en cuanto es el único artículo de nuestra LPI que confiere derechos conexos a los organismos de radiodifusión, y que antes de la ley que permitió la introducción de la televisión digital señalaba:

Los organismos de radiodifusión o de televisión gozarán del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas. La retransmisión de las emisiones de dichos organismos o

de actos administrativos que difieren en sus características. La principal diferencia que existe entre ambos radica en que en la concesión se crean derechos a favor del concesionario, en cambio en el permiso no existiría un derecho propiamente tal para el permisionario, pues se entiende que jurídicamente constituiría sólo un acto de mera tolerancia por parte de la autoridad administrativa.

su comunicación al público en locales a los que éste tenga libre acceso, otorgará a la empresa derecho a una retribución.

Con la promulgación de la ley que introdujo la televisión digital se agregó al artículo 69 de la LPI un inciso tercero que señala:

En el caso de los permisionarios de servicios limitados de televisión, éstos no podrán emitir ni retransmitir, por cualquier medio, en su oferta programática, señales pertenecientes a los concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción, sin la expresa autorización de éstos. La emisión y retransmisión de tales señales dará al concesionario el derecho a una retribución, que deberá ser acordada previamente por las partes.¹⁶

De la lectura de este inciso agregado en el primer semestre del año 2014 se pueden verificar dos cosas. En primer término es evidente la voluntad del legislador nacional de garantizar la propiedad de las señales de los organismos de radiodifusión ante la retransmisión efectuada por los cableoperadores en Chile a lo largo de los años, salvaguardando sus intereses prohibiendo tal actividad y concediéndoles la titularidad de un derecho de retribución por la misma. Se ha instituido con tal disposición que la retransmisión de señales efectuada por un cableoperador constituye una trasgresión de derechos del canal de televisión abierta que las emite a través del espectro radioeléctrico, quedando obligado a compensar al propietario de la señal para poder incluirla en su parrilla para el acceso de sus suscriptores. En segundo término, creemos que si bien en virtud de aquel inciso tercero la esencia del conflicto ha sido más o menos superada a la luz de un análisis semántico de la norma, es menester tener presente la realidad de la doctrina y jurisprudencia de los años previos a la creación de la misma para entender su preciso contexto y aplicación.

Con todo, es imperioso considerar latamente la normativa anterior a la que implementó la televisión digital terrestre en Chile en razón de que los tribunales de justicia, que ya han resuelto los conflictos suscitados entre las entidades de televisión, se han basado en tal legislación para dirimirlos. Asimismo, las reclamaciones de los organismos de radiodifusión se fundaron en tales disposiciones para concebir sus derechos vul-

16. Inciso tercero del artículo 69 de la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual según modificación efectuada por la Ley 20.750 y publicada en el *Diario Oficial* el 29 de mayo del año 2014.

nerados por la actividad de la retransmisión, llegando incluso sus pretensiones a ser acogidas por los tribunales (como veremos más adelante) sin aún haber existido un expreso derecho de retribución o una prohibición a la retransmisión de señales por los cableoperadores. En este orden de cosas es válido hacerse la siguiente pregunta: ¿el nuevo inciso tercero incorporado en el artículo 69 por la ley que permitió la introducción de la televisión digital establece un nuevo derecho para los organismos de radiodifusión, o sólo vino a constatar una realidad ya amparada jurídicamente por nuestra antigua LPI?

La doctrina de nuestro país antes de la implementación del inciso tercero que establece expresamente la prohibición de retransmisión (o sea contemplando sólo su inciso primero) ha estimado que el artículo 69 de la LPI otorga a los organismos de radiodifusión derechos conexos que podemos dividir en dos grupos: a) en el inciso primero, un derecho exclusivo, y b) en el inciso segundo, una licencia no voluntaria o derecho de remuneración. Los derechos exclusivos constituyen aquel poder jurídico que se confiere al titular del derecho de autorizar o prohibir los actos de utilización o explotación, siendo respecto del caso en estudio de autorizar o prohibir la explotación de sus emisiones radiodifundidas a través de espectro radioeléctrico. Por otro lado, en el caso de los derechos de remuneración o de licencia no voluntaria, éstos son aquellos que confieren a su titular la potestad de reclamar el pago de una remuneración que surge de la mera realización del acto de explotación del bien por un tercero, siendo este tipo de derechos aplicable en el caso del artículo 69 respecto de las actividades de retransmisión y comunicación al público en locales a los que éste tenga libre acceso (Cooper, 2011: 17).

Para un acabado examen es relevante vislumbrar todas las hipótesis que contempla nuestra LPI en su artículo 69, y no reducir su análisis sólo al reciente inciso tercero que condiciona una prohibición expresa a la actividad de los cableoperadores. Tal inciso dirime el conflicto en cuestión concediendo un derecho de retribución para los organismos de radiodifusión que es amparado por el derecho de retransmisión consentida, y que fue introducido en el artículo 69 de la LPI en conjunto con la modificación legislativa de la Ley 18.838.¹⁷

En primer lugar, el artículo 69 otorga un derecho exclusivo a los or-

17. Que entró en vigencia en mayo del año 2014 según publicación en el *Diario Oficial*.

ganismos de radiodifusión para prohibir o autorizar la «fijación» de sus emisiones. El artículo 5 letra x) de la LPI señala que «fijación» significa «la incorporación de sonidos o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo». Adicionalmente, el artículo 2 letra c) del tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, por sus siglas en inglés) define una «fijación» como «la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo». Podemos apreciar que ambas definiciones son mayormente idénticas, y que, por ende, una fijación en este caso sería la incorporación en forma tangible de la emisión del organismo de radiodifusión por parte del operador de cable. Una infracción en el presente caso, según nuestro entendimiento, sería factible de observar cuando se graba en un soporte físico una emisión de un organismo de radiodifusión independiente del contenido de señal, de si ese contenido está protegido o es de dominio público y de la calidad del mismo. Por lo tanto, la infracción existiría por el sólo hecho de incorporar la emisión en un soporte físico.

Para observar la existencia de una infracción en el sentido del inciso primero del artículo 69 es menester clarificar la actividad concreta que realiza el operador de cable con la emisión del proveedor de televisión abierta. En este sentido nos remitimos a lo señalado en el comienzo de este trabajo y que fundamentalmente consiste en la redifusión de la señal del organismo de radiodifusión, de forma simultánea, inalterada e íntegra por medio del cable que llega a cada uno de sus suscriptores. Ahora, contrastando la definición de fijación con la actividad que efectivamente desarrollan los cableoperadores en nuestro país, se puede concluir que no es posible calificar tal actividad como una fijación, pues en ningún caso los operadores de cable incorporan la emisión del organismo de radiodifusión en un soporte físico y, por ende, no existiría infracción alguna a este derecho conexo de los canales de televisión abierta.

El segundo derecho exclusivo que otorga el artículo 69 a los organismos de radiodifusión corresponde a la facultad de autorizar o prohibir la «reproducción» de sus emisiones. Debemos entender por reproducción, en base a lo dispuesto por nuestra LPI en la letra u) de su artículo 5, «la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cual-

quier medio o procedimiento». Por su parte, la Convención de Roma entiende la «reproducción» como «la realización de uno o más ejemplares de una fijación». Finalmente, la OMPI ha entendido este concepto como «una nueva fijación de una obra objeto de derechos conexos, suficientemente estable como para que pueda ser percibida, reproducida y comunicada de nuevo. El almacenamiento de obras en una memoria electrónica de computadora también constituye reproducción, ya que responde plenamente a este concepto» (Ficsor, 2003: 320).

Contrastando la definiciones previas acerca de lo que debemos entender por reproducción de emisiones es, a nuestro juicio, claro y evidente que en ningún caso la actividad efectuada por los operadores de cable puede entrar dentro de tal categoría, ya que no se advierte que aquella corresponda a una fijación permanente o temporal de la emisión del organismo de radiodifusión en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias por cuanto, como ya indicamos, éstos sólo incorporan una señal que «fluye» a través de sus redes para que ésta alcance a su público de suscriptores sin controlarla o alterarla.

En cuanto al primer derecho conexo de remuneración del artículo 69 conferido a los organismos de radiodifusión, podemos decir que nuestra LPI establece su aplicación en el caso de «retransmisiones de las emisiones de dichos organismos». Por ende, es de toda lógica que en primer término debamos dilucidar qué se entiende por retransmisión a la luz de nuestra ley. De esta manera la propia LPI en su artículo 5 letra ñ) define retransmisión como «la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro o la que posteriormente hagan uno u otro de la misma transmisión». Como ya vimos, los organismos de radiodifusión son sólo aquellos que emiten sus señales a través del espectro radioeléctrico y no a través de medios alámbricos o hilo, por lo que un operador de cable no es capaz de ser calificado como tal y, por ende, imposible de efectuar retransmisión a la luz de nuestra LPI. En consecuencia, la actividad desarrollada por los permisionarios no es calificable como retransmisión e imposible de verse expuesta al pago de una remuneración en el ejercicio del derecho conexo que se otorga a los organismos de radiodifusión por la retransmisión de sus emisiones.

El último derecho conexo de remuneración que otorga el artículo 69 en comento corresponde al supuesto de «comunicación al público de las emisiones del organismo de radiodifusión en locales a los que el público

tenga libre acceso». Como se puede apreciar, es una hipótesis sumamente restringida y que como ya vimos, dada la naturaleza de los derechos conexos, debe ser interpretada de forma estricta y nunca por analogía. Así las cosas, debemos entender que en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, la comunicación al público se encuentra definida en el artículo 5 letra v) como:

todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.¹⁸

Para Delia Lipzyc: «se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares» (2004: 183). Asimismo, la doctrina ha entendido que en el derecho de autor norteamericano posterior a la dictación de la Copyright Act del año 1976, la retransmisión por cable es un acto independiente de comunicación pública, que es reconocido como acto distinto de explotación (Jehoram, 1983: 133).¹⁹

Volviendo a nuestra LPI, es menester indicar que cuenta con una excepción en su artículo 71 letra n) que nos dice cuando una comunicación no se considerará pública:

No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lu-

18. El artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española define la comunicación al público como «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

19. Cabe señalar finalmente que la Convención de Roma no tiene una definición de comunicación al público.

crativos. En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna.

Es apropiado dilucidar si podemos calificar la práctica realizada por los operadores de cable dentro de una actividad de comunicación al público en términos amplios sin la limitante del artículo 69. Sin embargo, antes creemos relevante observar algunas de las principales defensas de los operadores de cable para no considerar su actividad como una comunicación al público. En este sentido, los operadores de cable habitualmente sostienen que su actividad es sólo un acto de recepción o de «antena» y que el verdadero acto de comunicación al público lo ejecuta el organismo de radiodifusión cuando emite su señal.²⁰ Suelen reforzar tal posición manifestando que ellos en caso alguno exceden el área de cobertura donde el proveedor de cable emite su señal. Agregan finalmente —como veremos en la sección de jurisprudencia— que ellos no hacen un uso del contenido, sólo permiten que la señal —que tiene inserta en ella determinados contenidos que son emitidos y cuya voluntad de comunicarlos públicamente no depende de los operadores de cable, sino que depende de la emisora de televisión abierta— circule de la misma forma que lo diseñó el organismo de radiodifusión que puso al aire ese contenido.

En la primera parte de la definición se señala que corresponderá a comunicación al público «todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro». El hecho de hacer referencia a cualquier medio o procedimiento hace inclusivo al cable o el hilo que utilizan los operadores de cable, y, por lo demás, la actividad realizada efectivamente implica el acto de difusión de signos, palabras, sonidos e imágenes que contiene la señal del organismo de radiodifusión redifundida. En consecuencia, este primer elemento se cumple a cabalidad en la actividad de redifusión por cable.

La definición continua señalando «por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar». Ahora bien, los operadores de cable tienen un gran número de suscriptores, los que evidentemente

20. Fundamentos de la defensa en la causa rol C-3616-2002, *TVN/UCTV con VTR/Metrópolis Intercom*, 26.º Juzgado Civil de Santiago.

constituyen una pluralidad de personas y que son a los cuales este permisionario les entrega la señal redifundida. El hecho de que estas personas puedan estar reunidas o no en un mismo lugar es del todo coherente con que un cableoperador entregue la señal del organismo de radiodifusión individualmente a cada suscriptor por medio del cable que llega, por ejemplo, a sus domicilios, pero sumadas hacen una pluralidad. Es por esto que a nuestro juicio este segundo elemento es completamente observado mediante la actividad en estudio. En lo que a esto respecta, los cableoperadores han señalado que su público de suscriptores no constituye un nuevo público en la medida que éste se encuentre dentro del área de cobertura de la señal del organismo de radiodifusión.

Un tercer elemento de la definición lo comprende el hecho de que la pluralidad de personas antes comentada «pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas», lo que no requiere de mucho análisis al comprender que los suscriptores del operador de cable tienen acceso a la señal redifundida sin distribución previa de ejemplares.

De acuerdo al análisis realizado, a nuestro juicio la redifusión hecha por los cableoperadores constituye comunicación al público de carácter autónomo en el sentido establecido en nuestra LPI y definido por el acto de entregar a una pluralidad de personas a través de hilo la señal del organismo de radiodifusión. Cooper ha sostenido ilustrativamente que la explotación de la señal por un nuevo agente difusor (el operador de cable) hace de ella un nuevo acto de comunicación pública autónomo, independiente de la radiodifusión primaria de la que se sirve, y dicha autonomía reside en el hecho de la intervención de un segundo organismo, es decir, por el hecho de ser el distribuidor por cable un organismo distinto al de origen de la señal inicial (Cooper, 2011: 27). La jurisprudencia también lo ha sostenido de ese modo, por ejemplo en el juicio caratulado *Sociedad Chilena del Derecho de Autor y Comunicaciones Intercom S.A.*, del 22.º Juzgado Civil de Santiago, donde ha reconocido expresamente que la actividad de dicho cableoperador constituye un acto de comunicación pública.²¹

21. Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Comunicaciones Intercom S.A., 22.º Juzgado Civil de Santiago, 9 de junio de 1998, rol C-2831-95. Ver el considerando vigésimo noveno.

En relación con la excepción a la comunicación al público que constituye la efectuada en el núcleo familiar y que se encuentra consagrada en el artículo 71 letra n) de la LPI, estimamos que no es aplicable a la actividad de redifusión efectuada por los operadores de cable. Esto se deduce al vislumbrar que los ejemplos de tal excepción corresponden a actos que no contemplan una pluralidad de individuos, hecho que por su sola esencia es discordante con la redifusión de la señal ejecutada por los operadores de cable y en donde se proporciona el contenido audiovisual a una vasta gama de sus suscriptores dispersos territorialmente.

Con todo, de la lectura de la disposición señalada por el artículo 69 de la LPI podemos observar que se configura una hipótesis de comunicación al público restringida sólo para aquellos usos en los establecimientos en que el público tenga libre acceso, como un restaurante con un televisor encendido transmitiendo la señal de un determinado organismo de radiodifusión. De esta manera, el derecho conexo conferido a los organismos de radiodifusión en la hipótesis de comunicación al público establecido en el artículo 69, a nuestro juicio no alcanza respecto de la actividad realizada por los operadores de cable en la redifusión de la señal de los canales abiertos. Es por lo señalado que, aun cuando podamos vislumbrar que la actividad desarrollada por los operadores de cable pueda ser calificada ciertamente como una comunicación al público de acuerdo a la definición del artículo 5 de la LPI, tenemos que adecuarnos a la restringida hipótesis de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión del artículo 69.

Normativa de derecho internacional

Se complementa la normativa revisada con lo que disponen los instrumentos internacionales vinculantes para nuestro país. Así, el ADPIC en su artículo 14 número 3 establece:

Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como las comunicaciones al público de sus emisiones de televisión. Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibili-

dad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971).

La hipótesis del artículo 14.3 del ADPIC se limita sólo a la efectuada por medios inalámbricos («la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones») excluyendo aquellas efectuadas por medios alámbricos. En consecuencia, este instrumento no entrega derechos a los organismos de radiodifusión de autorización o prohibición respecto de retransmisiones realizadas a través de medios alámbricos como la de los operadores de cable.

En relación a la «fijación», podemos decir que el ADPIC confiere el derecho de prohibir la fijación de sus emisiones a los organismos de radiodifusión cuando se haya realizado sin su autorización. A pesar de que el ADPIC no define el concepto «fijación», nos remitimos íntegramente a lo que ya señalamos sobre lo que constituye en nuestro ámbito la actividad de «fijación» cuando analizamos la normativa nacional, pudiendo sostener una vez más que no es posible abarcar la actividad de redifusión desarrollada por los operadores de cable en base a esta hipótesis debido a que ellos no realizan, en caso alguno, fijación de las emisiones de los organismos de radiodifusión abierta.

Acerca de los derechos concedidos a los organismos de radiodifusión en cuanto a la «reproducción», podemos constatar que el ADPIC confiere un derecho para prohibir la reproducción de las fijaciones sin condiciones como las de la Convención de Roma. En cuanto a lo que debemos entender por «reproducción», nos remitimos a lo señalado en el apartado anterior principalmente a lo que ha dado a entender la OMPI en su *Guía sobre los tratados* y que citamos en su oportunidad. Al igual que respecto de la «fijación» de las emisiones, concluimos que no es posible comprender la actividad de redifusión de los cableoperadores como una reproducción de emisiones en ninguna de las hipótesis, por lo que no podría ser ejecutado el derecho de prohibición otorgado a los organismos de radiodifusión en base a este caso.

Finalmente, sobre el derecho de «comunicación al público» podemos decir que en lo que a éste respecta nos remitimos a lo ya visto en la sección de normativa nacional y que nos ha permitido vislumbrar la actividad desarrollada por los operadores de cable como, efectivamente, una comunicación al público bajo el tenor de la definición que consagra nuestra LPI.

Por su parte, el derecho de comunicación al público en el contexto internacional se encuentra previsto en el artículo 13 de la Convención de Roma y está condicionado a una determinada y específica hipótesis: «cuando ésta se efectúa en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada». Esta regulación se debe a que en los tiempos de la creación de la Convención de Roma había acontecido que algunas salas de cine, cafés y hoteles, para atraer clientes, exhibían emisiones de televisión contra el pago de un derecho y, al efectuar tal actividad, estaban utilizando la emisión en su propio beneficio económico. Las condiciones del ejercicio de este derecho recae en las legislaciones nacionales, quienes pueden inclusive no considerarlo (Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2002: 5).

Por el contrario, el ADPIC concede el derecho a los organismos de radiodifusión de prohibir la comunicación al público de sus emisiones sin su autorización de forma mucho más amplia, sin las condiciones previstas en la Convención de Roma.²²

A partir de lo señalado, podemos concluir categóricamente que las hipótesis de derechos otorgados a los organismos de radiodifusión en estos documentos internacionales en virtud de la retransmisión, la fijación y la reproducción de las emisiones, no son suficientes para abordar la actividad que efectivamente realizan los operadores de cable en nuestro país respecto de las señales de los organismos de televisión abierta, quedando únicamente enmarcada dentro de la actividad de comunicación al público.

Como ya analizamos, entendemos que mediante la actividad desarrollada por los operadores de cable en Chile efectivamente existe una comunicación al público de las emisiones de los organismos de radiodifusión de acuerdo a lo preceptuado por las disposiciones de nuestra LPI y en concordancia a lo señalado en otros instrumentos internacionales. A nuestro juicio, sostenemos que en el caso del ADPIC, su articulado confiere un derecho de comunicación al público de sus emisiones a los organismos sustancialmente más amplio que en la hipótesis de la ley nacional y la Convención de Roma, un derecho exclusivo que no se encuentra restringido a una condición específica, como que sea efectuada en locales a los que el público tenga libre acceso, ni a sólo un derecho de

22. ADPIC artículo 14 número 3.

remuneración o licencia no voluntaria. De esta forma, mediante la eventual aplicación directa de tal disposición, los proveedores de televisión abierta en nuestro país podrían prohibir efectivamente a los operadores de cable la redifusión de sus señales en términos amplios y que, como veremos en el apartado específico que trata la jurisprudencia atinente al tema en estudio, es la posición que sostuvo el 12.º Juzgado Civil de Santiago en la causa rol C-9411 del año 2010, en donde estimó una modificación tácita del artículo 69 a partir de los derechos consagrados en el ADPIC para los organismos de radiodifusión.

Frente a esto, Cooper ha interpretado que es evidente que el artículo 14.3 del ADPIC confiere a los organismos de radiodifusión más derechos que los mínimos consagrados en la Convención de Roma y en nuestra propia LPI, en especial en materia de comunicación al público de las emisiones de televisión, llegando a sostener que la consagración de este derecho de mayor amplitud en el artículo 14.3 modifica el catálogo de derechos conexos del artículo 69 de la LPI, pasando a ser el derecho de comunicación al público un derecho exclusivo sin la limitación a determinada hipótesis restringida (Cooper, 2011: 53).

Con todo, para poder sostener el otorgamiento de este derecho de comunicación al público amplio consagrado en el ADPIC a los organismos de radiodifusión de nuestro país a partir de una modificación del artículo 69, creemos que primero es oportuno y lógico que analicemos si es plausible o no considerar una aplicación directa (autoejecutabilidad) de aquel instrumento internacional en lo que respecta a su artículo 14.3, y su relación con nuestra normativa interna. Para esto a continuación desglosamos el análisis en una serie de puntos.

i) *Autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales.* Las normas autoejecutables entran en la legislación nacional cuando el tratado internacional que las contiene se incorpora al derecho vigente pudiendo ser aplicadas desde aquel entonces de manera directa. Por otro lado, las normas no autoejecutables son aquellas que requiere para ingresar al derecho interno vigente la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y las hagan aplicables (Navarro, 2012: 11).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha manifestado que la calificación de una norma como autoejecutable o no deriva del tenor de la misma, pudiendo existir en un mismo instrumento

internacional tanto normas no autoejecutables como otras que sí lo son.²³

A partir de lo señalado, debemos ver la redacción del artículo 14.3 del ADPIC para visualizar si éste es o no autoejecutable. Es por lo tanto razonable pensar también que en aquel instrumento internacional pueden convivir simultáneamente tanto normas autoejecutables como otras que deben ser implementadas para su aplicación.

ii) *La Ley 19.912 que adecuó la legislación chilena a los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, que incluyen el ADPIC.* Argumento recurrente con el objeto de restar autoejecutabilidad al artículo 14.3 del ADPIC es el hecho de que la Ley 19.912, que implementó este instrumento internacional, no previó lo referente a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, interpretando en consecuencia que si el legislador hubiese querido hacerlo efectivamente aplicable lo habría implementado debidamente a través de esta ley, como lo hizo con las varias otras materias que trata.

A nuestro juicio tal argumento no es válido por cuanto el mismo Tribunal Constitucional ha mencionado que en un mismo tratado internacional pueden convivir normas de ambos tipos, pudiendo ser perfectamente posible que aquella ley de implementación se haya dispuesto exclusivamente para aquellas normas no autoejecutables. Un segundo argumento para desestimar aquella interpretación radica en que cuando una ley interna implementa un tratado, y no se incluye alguna parte del mismo, no necesariamente agota todas sus normas. No creemos razonable pensar que el hecho de no incluir una parte de un instrumento internacional en una ley de implementación implica entender que aquella disposición ya no es aplicable. Por lo tanto, estimamos que aun cuando el artículo 14.3 no haya sido tratado en la ley que implementa el ADPIC, no es factible determinar su no aplicación directa cuando exista evidencia de que es autoejecutable.

iii) *Tenor del artículo 14.3 del ADPIC.* Pasado el análisis del argumento colateral que se ha deslizado respecto de la ley que ha implementado el ADPIC en nuestro ordenamiento, pasamos a ver la obligatorie-

23. Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol 309-00. Acerca del requerimiento respecto del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989.

dad del artículo 14.3 del ADPIC para los Estados miembros a partir del tenor de aquel artículo.

Para esto hay que tener presente la parte final del artículo 14.3 que señala:

Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna.

Mediante la frase «no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión» que contiene la disposición transcrita, es posible advertir que los Estados miembros tendrían la completa discrecionalidad de otorgar o no el catálogo de derechos que establece el instrumento internacional para ese tipo de entidades. Sin embargo, y como continua la disposición, al no concederlos se ven obligados a dar derechos, ya no a estos titulares de derechos conexos, sino que a los titulares de derechos de autor que pueden ser en este caso terceros ajenos a los organismos de radiodifusión. En este sentido, la misma OMPI ha señalado en reiteradas ocasiones que los derechos del artículo 14 número 3 del ADPIC no son irrenunciables, y los Estados miembros que son parte del acuerdo sobre los ADPIC no están obligados a conferirlos mientras éstos den a los titulares de derechos de autor la posibilidad de impedir la reproducción, retransmisión, fijación o comunicación al público no autorizada de la emisión (Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, 2002: 5-10).

Por lo tanto, existiría la facultad de los Estados miembros de no conceder dichos derechos a los organismos de radiodifusión bajo el tenor literal de la disposición, cuestión que nos hace concluir que difícilmente se puede prever la autoejecutabilidad del art 14.3, principalmente debido a que tal disposición establece un mecanismo para cuando los Estados (como el nuestro) no concedan el catálogo de derechos a los organismos de radiodifusión, y que corresponde a la entrega de protección a los titulares de derechos de autor.

A partir de todo el anterior análisis descrito, incluyendo el del artículo 14.3 del ADPIC y su no autoejecutabilidad en nuestro ordenamiento jurídico interno, es posible concluir que no es posible determinar una modificación o complementación del artículo 69 de nuestra LPI por par-

te del artículo 14.3 del ADPIC respecto de los derechos conexos que se confiere a los organismos de radiodifusión.

Aun cuando la actividad realizada por los operadores de cable pueda ser calificada como una comunicación al público, ésta no puede ser impugnada por la vía de derechos conexos por parte de los canales de televisión abierta en cuanto la hipótesis contenida en el artículo 69 de la LPI es restringida en los términos ya analizados.

Finalmente, podemos sostener que mediante la redifusión no autorizada de la señal de un canal de televisión abierta por parte de un permisionario de forma íntegra, inalterada y simultánea efectivamente se infringen derechos de propiedad intelectual que nuestro ordenamiento otorga a los organismos de radiodifusión respecto de sus emisiones radiodifundidas. Este reconocimiento del legislador se encuentra en el inciso tercero del artículo 69 incorporado por la ley que introdujo la televisión digital y que se expresa, por una parte, en la «prohibición» de efectuar retransmisiones sin autorización y, por otra, en el derecho del radiodifusor a una «retribución» para el efecto de autorizar la actividad de retransmisión de sus señales.

Cabe mencionar que sin la última modificación del artículo 69 no era posible advertir, a nuestro juicio, una infracción al catálogo de derechos conexos previstos por nuestro ordenamiento a los organismos radiodifusores, cuestión que, como vemos, fue diametralmente modificada en la primera mitad del año 2014.

Derechos en juego

Ahora bien, estimamos apropiado, luego de estudiar los derechos conexos conferidos tanto por nuestro ordenamiento como por el derecho internacional a los organismos de radiodifusión, presentar de forma clara y ordenada los demás derechos en juego que forman parte del objeto de nuestra investigación.

1) *Derechos sobre las emisiones (señal) de los organismos de televisión.* Como ya sabemos, esta área concierne a los servicios de telecomunicaciones de libre recepción, como, por ejemplo, los canales de televisión Chilevision o Mega y que son también denominados organismos de radiodifusión que emiten su señal tanto analógica como digital (vector producido electrónicamente y apto para transportar programas) a través

del espectro radioeléctrico. Por su parte, la señal constituye el medio por donde se transporta el contenido que está ya protegido por derechos de propiedad intelectual y cuya titularidad y protección no es discutida. La protección de las emisiones está garantizada en nuestro ordenamiento bajo la categoría de derechos conexos, específicamente respecto de cinco actividades que estudiamos en la sección anterior tanto en lo que confiere la legislación nacional, como la internacional vigente en Chile.

En este acápite nos circunscribimos a lo que ya examinamos referente a los derechos conexos de los concesionarios y que nos ha permitido determinar que la praxis de los operadores de cable no obedecía en un comienzo a una transgresión de aquéllos en ninguna de las hipótesis del artículo 69 (antes de la modificación que sufrió nuestra LPI a raíz de la ley que introdujo la televisión digital). Pero actualmente la comprende en su inciso tercero como una actividad que sólo se puede llevar a cabo en virtud de la autorización que hagan los titulares de las señales radiodifundidas, o, mejor dicho, los canales de televisión abierta que las emiten a través de espectro radioeléctrico. Sin perjuicio del derecho a una retribución que se les ha concedido para efectos de tal autorización.

2) *Derechos respecto del contenido (programas) de las emisiones efectuadas por los canales de televisión abierta.* Las señales de los organismos de radiodifusión (emisión) transportan diversas obras intelectuales, como películas, documentales, *reality shows*, dibujos animados, entre otras, y que se denominan comúnmente «contenido de la señal», o simplemente «contenido». Tal como señalamos previamente, la titularidad de aquel contenido difiere caso a caso, y no hay duda que sobre aquél recae la protección conferida por nuestra legislación de propiedad intelectual en cuanto a derechos de autor. En consecuencia, un organismo de radiodifusión perfectamente podría ser titular del contenido de sus emisiones radiodifundidas.

3) *Derechos sobre la parrilla programática o programación.* La discusión sobre los verdaderos derechos que la normativa confiere a los organismos de radiodifusión en relación a su actividad ha también planteado la posibilidad de que existirían derechos de autor respecto de la actividad organizacional que constituiría la programación efectuada por el organismo de televisión abierta, lo cual ha sido catalogado como una compilación (obra intelectual) diferente de cada contenido o programa considerado individualmente. De esta forma, la compilación de un con-

junto de programas ordenados de manera específica constituirían una obra nueva llamada *programación* y cuyos titulares serían los canales de televisión abierta (Alesina y otros, 2006: 269).²⁴

En este sentido podemos advertir que se estaría aplicando el mismo principio que protege las bases de datos cuando lo que se está protegiendo en el derecho de autor es la creación original, accediendo en consecuencia a dos capas de protección, una relativa a los contenidos y otra respecto de la organización o disposición original de aquéllos. La ley concede protección a la compilación en cuanto haya creatividad en la misma, es decir, haya creatividad para seleccionar determinado contenido del universo de contenido posible y para ponerlo en un determinado orden. Respecto de este punto, y en base al mismo análisis anterior, podemos preguntarnos si una fórmula química, en la que se tiene una determinada disposición de elementos, estaría protegida por derechos de autor. Aquí existe formalmente una disposición alternativa de elementos que forman una suerte de vagones de tren. Por otro lado también tenemos el caso de una frase; bajo este análisis también debería estar protegida por derechos de autor debido a que cada palabra deviene de una disposición especial de sus elementos.

De forma muy similar, pero bajo un matiz distinto, Cooper ha señalado que la programación constituiría una clase de obra colectiva amparada por el artículo 24 de la LPI y cuyo titular serían los concesionarios no en razón de su categoría de organismos de radiodifusión, sino que como persona coordinadora, divulgadora y publicadora de una programación bajo su propio nombre. Como veremos en la sección correspondiente, este derecho de autor ha sido reclamado en las más recientes demandas de los organismos de radiodifusión y, a nuestro juicio, obedece a un análisis más acabado y específico de la materia (Cooper, 2011: 36).

En primera instancia hay que señalar que bajo la legislación nacional de propiedad intelectual, el otorgamiento de derechos conexos no es óbice para que a los organismos de radiodifusión les sean reconocidos derechos de autor en razón de otra actividad. Posición que se puede ver manifestada expresamente en el artículo 65 de la LPI que consagra

24. Aquí el autor sostiene además que para evidenciar una compilación se debe acreditar si existe realmente o no una «particular ubicación» que pueda dar cuenta de originalidad.

que ninguna de las disposiciones de aquella ley relativa a los derechos conexos podrá interpretarse en menoscabo de la protección que otorga al derecho de autor.

En segundo término, referente a la posibilidad de un organismo de radiodifusión de ser titular de derechos de autor de carácter exclusivo concordamos con Cooper en cuanto a que tal capacidad se encuentra claramente establecida en la letra e) del artículo 24 de la LPI y que señala que en estaciones radiodifusoras o de televisión corresponderán al medio informativo y a los autores de las producciones que aquél difunda los mismos derechos que, según el caso, establecen los números 1 y 2 de la letra c) en el entendido de que, tal norma, «atribuye de modo originario el derecho de autor, con las limitaciones y alcances que ella misma señala, de las obras creadas en el curso de su actividad empresarial» (Cooper, 2011: 33).

Ahora bien, cualquiera sea la naturaleza jurídica de esta obra, a nuestro juicio, para definir su existencia o no como obra intelectual llamada «programación» de titularidad de un canal de televisión abierta, es menester que nos vayamos al origen de la regulación para dilucidar cuál es verdaderamente el estándar de creatividad necesario en nuestro ordenamiento jurídico para poder calificar una obra —como la comentada— susceptible de ser protegida por derechos de propiedad intelectual. Por su parte, yéndonos al núcleo de la protección de derechos de autor en nuestro ordenamiento tenemos que tener presente lo que señala el artículo 1 de la LPI:

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.

En este artículo descansa el régimen de adquisición de derechos de autor en nuestro país y, a su vez, establece los requisitos para aquello. Dentro de los presupuestos que expresa el artículo 1 de la LPI tenemos el elemento obra, una creación fruto del intelecto y que ésta sea expresada. Sumándose a estos por la doctrina el elemento de la originalidad. Además podemos constatar en él la protección automática que recibe el autor sin la necesidad del cumplimiento de alguna formalidad (Herrera, 1999: 9-17).

Siguiendo a Antequera Parilli, éste ha señalado que la originalidad

en el derecho de autor equivale a «individualidad», es decir, que la obra, por su forma de expresión, tenga elementos suficientes que la distinguan de otras del mismo género. Por lo demás, sostiene que el objeto de la protección de los derechos de autor son todas las obras del ingenio, de carácter creador, con características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico (Antequera Parilli, 2000: 11).

Así las cosas estimamos que el estándar de creatividad necesario en nuestro sistema de propiedad intelectual para definir una creación como una obra del intelecto humano es mínimo. Como todos sabemos a nadie se le pide que reinvente la rueda para lograr acceder a la protección de derechos de autor, y si así se exigiera el sistema derivaría en un absurdo que perdería su real objeto.

Con el estándar requerido ya claro, consideramos que ahora debemos examinar cuál es efectivamente la actividad que desarrollan los canales de televisión abierta en la confección de sus respectivas parrillas programáticas o programaciones, y dilucidar si existe en éstas intervención creativa del intelecto humano. Bajo un rápido y superficial examen de las diversas parrillas programáticas se puede pensar que todos los canales abiertos en Chile tienen una disposición similar respecto de los tipos de programa y sus horarios, dejando la mañana para los programas matinales, luego al mediodía las noticias de la tarde, en la tarde-noche la teleserie, y así sucesivamente. Reflexionando con mayor acuciosidad, tenemos que hacer presente que cada franja la decide unilateralmente el canal de televisión que la transmite: es posible constatar que las noticias no comienzan a la misma hora (por ejemplo, el noticiero de Chilevisión empieza a las 21 horas y el de la Red TV a las 20 horas) y que existen verdaderas diferencias estéticas, temáticas y editoriales entre cada una de las programaciones de los canales de televisión abierta.

De esta manera, entendemos que la decisión del horario en que va cada programa, la disposición de franjas comerciales y la selección de cada uno de ellos, entre muchas otras cosas, corresponden a claras manifestaciones de una decisión creativa de las personas que trabajan en el organismo de radiodifusión respectivo, y, por lo tanto, habría completa creatividad del intelecto humano que llenaría, a su vez, el estándar mínimo requerido para vernos frente a una obra intelectual protegida por derechos de autor. Por lo demás, a nuestro juicio el estándar de creatividad se satisface plenamente cuando se elige tal o cual programa en determi-

nado horario, y para ese programa existen diversos y múltiples pilotos, lo que no hace más que llevarnos a concluir la efectiva existencia de la obra intelectual «programación», cuya titularidad le correspondería a los organismos de radiodifusión en los términos ya vistos.

Por el contrario, y tal como lo señaló el abogado Rodrigo Lavados en entrevista con el autor, si no fuera factible conceder a la programación la calidad de obra intelectual protegida por derechos de autor habría que argumentar en consecuencia la inexistencia de creatividad absoluta del intelecto humano en la actividad de programación de los canales de televisión abierta. Tal posibilidad a nuestro parecer sería factible sólo en caso de que se advirtiera una selección de programas de televisión automatizada de acuerdo a un modelo en donde no existiera nada de creatividad. Claramente esa interpretación no tiene sustento ni es sostenible bajo la forma en que operan realmente los canales de televisión en la determinación de su programación ni tampoco de acuerdo a nuestro sistema de propiedad intelectual y derechos de autor.

El resultado de determinar la existencia de una obra intelectual en la programación del organismo de radiodifusión supone que su titular, el organismo de radiodifusión, cuenta con el catálogo completo de derechos y facultades patrimoniales que la LPI confiere para los titulares de derechos de autor. Estas facultades las encontramos principalmente en los artículos 6, 17 y 19 de la LPI.²⁵

A partir de la lectura de las disposiciones señaladas, estimamos que les sería factible a los organismos de radiodifusión impugnar la radiodifusión que hacen los operadores de cable de su señal (que en su origen lleva a través del espectro radioeléctrico la obra protegida por derechos de autor) al poder calificar tal actividad como utilización de la obra «programación» en una comunicación al público suscriptor de aquellas.

25. Artículo 6: «Sólo corresponde al titular del derecho de autor decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra»; artículo 17: «El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros»; artículo 19: «Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes».

II. EXPERIENCIA NACIONAL

GENERALIDADES

Como ya hemos retratado detalladamente a lo largo de este artículo, en nuestro país se han venido sucediendo numerosos conflictos jurídicos a partir de la actividad desarrollada por los operadores de cable en la redifusión de las señales de los proveedores de televisión abierta. Tales conflictos, como veremos a continuación, han sido dirimidos de forma diversa, aun cuando la legislación vigente tanto a nivel local como internacional ha sido exactamente la misma para todos ellos, originando una situación de grave incerteza jurídica. Sin duda, esto ha supuesto numerosos cuestionamientos sobre la correcta interpretación de las normas que gobiernan los derechos de los organismos de radiodifusión y hasta dónde, en definitiva, estarían facultados para solicitar el pago de una contraprestación o prohibir el uso de su señal.

Por lo demás, es clave señalar que la dictación de la ley que permite la implementación de la televisión digital en Chile²⁶ supone nuevas aristas para este problema, como el inciso tercero del artículo 69 de la LPI que ya hemos tratado.

CONFLICTOS Y JURISPRUDENCIA

En este apartado nos enfocaremos en los conflictos jurídicos que se han suscitado en nuestro país sobre la materia presentada, teniendo a la vista la vital importancia de sus conclusiones y los diversos razonamientos que se han empleado hasta la fecha por parte de los sentenciadores. Con todo, hay que destacar que estas controversias de carácter jurídico se han desarrollado en dos sedes distintas: en sede civil radicada en los tribunales ordinarios, y en sede de libre competencia radicada por nuestro ordenamiento en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).²⁷ En este contexto, y dado el real alcance de este artículo, se

26. Ley 20.750 que en modifica la Ley que Crea el Consejo Nacional de Televisión y permite la introducción de la televisión digital terrestre. Además de modificar la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual.

27. El tratamiento pomenorizado de los asuntos ventilados en esta sede judicial lamentablemente exceden los fines propuestos para este trabajo. De todas maneras cabe

va a proceder a tratar en esta sección únicamente lo referente a los conflictos ocasionados en sede civil y que a la fecha son: *TVN con TU VES S.A.*, *TVN/UCTV con Metrópolis Intercom/VTR* y *TVN con VTR* respecto de la señal digital experimental del primero.

Cabe advertir que todos los fallos en comentario fueron promovidos y fallados antes de la entrada en vigencia de la ley que implementa la televisión digital terrestre y que modificó el artículo 69 de la LPI, por lo cual este último se encontraba sustancialmente limitado en los derechos que reconocía a los organismos de radiodifusión respecto de la retransmisión de sus señales.

*TVN/UCTV con VTR/Metrópolis Intercom,
26.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-3616-2002*

Relación del caso

El 23 y 24 de julio del año 2002, UCTV y TVN interpusieron conjuntamente demandas similares contra VTR Banda Ancha S.A. ante el 4.º Juzgado Civil de Santiago, y en contra de Metrópolis Intercom (MI) ante el 26.º Juzgado Civil de Santiago. Ambos demandantes invocan su propiedad intelectual sobre las señales abiertas y su derecho marcario, exigiendo la terminación de la utilización indebida de sus señales por parte de VTR y MI. También solicitaron indemnización de perjuicios en el supuesto que siguiera transmitiendo. Agregan que la demandada ha utilizado gratuitamente los contenidos de las transmisiones, ofreciéndolos dentro de su parrilla programática y promoviendo su negocio de televisión por cable.

hacer una breve mención. En 5 de marzo de 2008, fueron entabladas acciones judiciales ante el TDLC, tanto por UCTV como por Chilevisión en contra de VTR. Dichas acciones se fundaron en que la utilización de sus señales análogas sin autorización constituía un abuso de posición principalmente en relación con discriminaciones arbitrarias. Con todo, ambos requerimientos no llegaron a sentencia definitiva y concluyeron por acuerdos conciliatorios privados entre los involucrados. De la lectura de las presentaciones hechas por las partes se desprende que estos conflictos son a todas luces de similares características a los ya vistos en sede civil, y que únicamente se revistieron de la normativa especial de libre competencia expresada por el DL 2111 con el aparente objetivo de que éstos sean conocidos en una sede distinta de la ordinaria.

Por su parte, Metrópolis rechaza la demanda e indica que no existe utilización comercial de la señal, que esa actividad no constituye una retransmisión y que si fuera calificada así se trataría de una actividad autorizada legalmente y gratuita; por lo demás, aduce que existe una relación contractual que autorizaría su actividad. En cuanto a VTR, esta parte también rechaza la demanda en todas sus partes señalado que no existe afectación a derechos de propiedad alguno. El 16 de noviembre del año 2005 los procedimientos fueron acumulados ante el 26.º Juzgado Civil de Santiago, para finalmente, el 2 de octubre de 2006, dictarse sentencia definitiva.

Posteriormente, el 28 de abril de 2007 UCTV y TVN dedujeron recurso de apelación contra la sentencia civil de primera instancia. Metrópolis también dedujo recurso de apelación, solicitando que se acoja su demanda reconvenional. Finalmente, con fecha 23 de junio de 2011 la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia emitida en primera instancia.

Fundamento de las pretensiones

1) Los demandantes son creadores de la emisión de la «señal» considerada como un todo.

2) Tienen derechos de autor y derechos conexos sobre las obras contenidas en su señal, tanto como productoras de las mismas o por haberlas adquirido de sus autores.

Fundamentos de la defensa y demanda reconvenional.

1. Metrópolis señala que presta un *servicio de antena*²⁸ de las señales televisivas de los canales de libre recepción. Servicio que se presta con el consentimiento de los canales y su cooperación obteniendo un beneficio²⁹ mayor inclusive que Metrópolis.

28. VTR agrega que también efectúa el mismo servicio y que no se dispone de ninguna manera de los contenidos de las señales, sirviendo sólo como medio técnico.

29. Beneficio que según VTR se sustenta en que a través de esta transmisión la señal de los canales de televisión llega a más de 400.000 televidentes que, de no existir este medio, no tendrían acceso a estos canales.

2. Los demandantes, dadas sus condiciones de concesionarios, no pueden discriminar entre quienes reciben sus señales ni tampoco cobrar por su recepción.³⁰

3. Metrópolis deduce demanda reconventional de cobro de honorarios.³¹

4. VTR señala que no existe retransmisión alguna de las señales, pues aquello implicaría la apropiación de la señal, cuestión que no ha ocurrido en la práctica.

*Razonamientos relevantes del tribunal
en los cuales se fundamenta su decisión*

1. Factor retransmisión. Respecto a si se efectúa o no una retransmisión de las señales de los canales de televisión abierta, el sentenciador discute en cuanto a la definición legal que entrega el artículo 5 de la LPI³² para luego sostener que aquello, sumado a la prueba, es suficiente para acreditar que la actividad realizada por los operadores de cable no constituyen una retransmisión de señales de televisión. Esto, debido a que la señal que ofrecen los cableoperadores es exactamente la misma que emiten los canales abiertos en forma simultánea y sin alteración alguna.

2. Factor derechos de autor y derechos conexos. Sobre este elemento el tribunal da por acreditada la propiedad del contenido de la señal de los canales abiertos por medio de la prueba rendida.

3. Factor discriminación. El fallo establece que los demandantes no están facultados para solicitar el fin de la utilización de su señal abierta a los cableoperadores, por cuanto aquello significaría una restricción al derecho de los habitantes del territorio nacional de recibir aquella señal.

4. Factor contrato. El juzgador en su considerando vigésimo cuarto

30. Argumento compartido por VTR que agrega que a los canales de televisión se les ha concedido el beneficio de utilizar bienes nacionales de uso público a perpetuidad cumpliendo únicamente con la condición que sirva a toda la población, sin discriminación alguna.

31. Señala que se ha configurado un contrato de mandato en el cual no se han fijado los honorarios correspondientes.

32. La LPI establece que «retransmisión corresponde a la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro o la que posteriormente hagan uno y otro de la misma transmisión».

establece la existencia de un contrato innominado entre las partes desde el año 1996, teniendo por contenido el derecho de los cableoperadores de transmitir la señal de TVN y UCTV, y la obligación de hacerlo sin poder modificarla ni alterarla en cuanto a sus contenidos, debiendo distribuirla a sus abonados para que éstos puedan recibirla en óptimas condiciones.³³ Posteriormente se rechaza la indemnización de perjuicios ya que la relación contractual no se ha incumplido. El fallo insta que se ha desarrollado una relación contractual beneficiosa para ambas partes que ninguna de las dos tenía la real intención de terminar.

Sentencia de primera instancia

El 26.º Juzgado Civil de Santiago rechaza la acción principal deducida por TVN y UCTV y también la demanda reconvenzional.

Comentario del fallo

En una primera lectura del fallo se puede observar un tratamiento poco acabado de los diferentes elementos que, bajo nuestro punto de vista, debieron ser tomados en mayor consideración a la hora de resolver. Sin ir muy lejos, la definición y alcance de la actividad misma reclamada por los demandantes, o sea, la «retransmisión», no fue estudiada lo suficiente teniendo en cuenta que nuestra norma no es el único fundamento normativo obligatorio directo en el cual el juez debe basar su raciocinio. No es el propósito de este informe discurrir sobre la obligatoriedad normativa de los tratados internacionales, pero al menos se debió haber hecho alguna alusión a éstos, no sólo en lo que respecta al factor retransmisión sino que a todos los demás elementos en juego.

33. Este importante considerando vigésimo cuarto establece: «este juzgador tiene por acreditado que entre las partes, desde el año 1996 en adelante, se perfeccionó un contrato, cuyos elementos y características principales han consistido en que por una parte Metrópolis Intercom S.A. y VTR Banda Ancha S.A., han adquirido el derecho para transmitir, por sus señales de cable, la programación que TVN y UCTV emite por su señal abierta y que como se señalara es de su propiedad; por otro lado, han adquirido como obligación el tener que transportar esta señal, sin poder modificar ni alterar ésta en cuanto a sus contenidos y distribuirla a sus abonados para que éstos reciban en óptimas condiciones la señal de ambos canales».

No obstante, nos parece bastante interesante la determinación hecha por el sentenciador de un contrato innominado entre las partes desde el año 1996 independiente de la mirada que se pueda tener sobre el conflicto y sobre quien tiene o no la razón; pues no se puede, a la luz de la prueba rendida, omitir la aquiescencia y colaboración permanente entre las partes como factor a tener en cuenta a la hora de juzgar. De igual forma nos parece lo acontecido respecto del principio de no discriminación, ya que al menos fue tratado someramente por el juzgador en el fallo y en la decisión final. En este punto creemos que es importante complementar esta idea con lo expuesto por Ruiz-Tagle (2001: 245-246), quien dispone que no existen en nuestro derecho restricciones expresas que prohíban a un cableoperador «redifundir» o «retransmitir» señales de un servicio de libre recepción.³⁴

*Segunda Instancia TVN con VTR,
Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago,
rol C-4143-2007*

Como señalamos, con fecha 28 de abril de 2007 UCTV y TVN dedujeron recurso de apelación. UCTV a raíz de un acuerdo privado conve-nido con la demandada se desiste del recurso de apelación continuando únicamente respecto de él Televisión Nacional de Chile. La sentencia fue dictada el día 23 de junio del año 2011.

*Razonamientos relevantes del tribunal en los cuales
se fundamenta su decisión (se reproduce la sentencia dealzada)*

1. Factor retransmisión. El tribunal coincide con el juez de primera instancia señalando en su considerando quinto que la actividad realizada por los canales de cable no se pueden catalogar como retransmisión, pues se trata de una «redifusión simultánea», íntegra e inalterada.³⁵

34. Ruiz-Tagle señala expresamente: «Del espíritu de la Ley General de Telecomunicaciones, su reglamento y la del Consejo Nacional de Televisión, una restricción en este sentido podría ser interpretada como una discriminación de parte de quienes proveen los servicios de libre recepción, respecto de los servicios limitados, que también son parte del público y de la comunidad en general».

35. El tribunal también señala que ese acto de redifusión simultánea no significa un

2. Factor contrato. El tribunal en este punto discurre en cuanto a la existencia de una relación contractual entre las partes de 1996, considerándola como la base de la actual transmisión de la señal por parte de la demandada. Así, esta relación es lo que faculta a VTR a redifundir la señal, pero no le permite modificarla ni alterar sus contenidos de forma alguna, cuestión que bajo su apreciación se ha cumplido íntegramente.

Sentencia de segunda instancia

La Tercera Sala de la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia apelada rechazando nuevamente la acción deducida por TVN y también la demanda reconvenzional.

Comentario del fallo

Los razonamientos indicados refuerzan extensamente lo expuesto por el juez de primera instancia. Podemos indicar que, de acuerdo a su apreciación, una emisión o transmisión simultánea y sin modificaciones ni alteraciones correspondería a una redifusión y no a una retransmisión. Asimismo, refuerza la tesis de la aquiescencia en el uso de la señal desde el año 1996 por TVN constituyéndose un tipo de relación que debe ser tomado en cuenta para resolver el conflicto. Es más, la idea nos parece interesante en cuanto de alguna manera se manifiesta la noción de que aquí existe —por parte del operador de cable— una clase de «servicio» a través del cual está haciendo llegar la señal de TVN al público. Un servicio que no está regulado en la legislación nacional y que la demandada lo esgrimió en su defensa aduciendo incluso que aquel servicio habría significado grandes beneficios para del organismo de radiodifusión, sobre todo en lo que se refiere a cobertura y audiencia (con el consecuente impacto en publicidad). Lo que el tribunal finalmente entendió, entonces, es que mediante la redifusión o actividad efectuada por VTR se le ha estado haciendo un bien al demandante todos estos años.³⁶

acto de explotación, sino más bien la entrega de un medio técnico para que la señal abierta llegue a los hogares de un número indeterminado de usuarios.

36. Con todo, hay que reconocer que jurídicamente hablando el tema del lucro en el derecho de autor no tiene relevancia, pues la infracción en propiedad intelectual existe independiente de tal condición, no siendo relevante la finalidad del acto.

Por último, hay que hacer hincapié en que los jueces en estos fallos han buscado salidas más bien alternativas para dirimir el conflicto y no han apuntado a lo que a nuestro parecer resulta ser el meollo del asunto, o sea, lo referente a los derechos de autor y los derechos conexos, y la utilización de éstos, expresados tanto como contenido y señal por los cableoperadores a la luz de nuestra LPI, los instrumentos internacionales y los mismos principios y valores que orientan al ordenamiento jurídico.

*Recurso de Casación en la forma y en el fondo TVN con VTR,
Corte Supremal rol 8477-11*

Luego del fallo emitido en segunda instancia y en el cual se confirma la decisión del 26.º Juzgado Civil de Santiago en cuanto a rechazar las acciones deducidas por TVN por la redifusión indebida de su señal de televisión en contra del cableoperador VTR, TVN dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema.

El recurso de casación en la forma fue declarado inadmisibile por la Cuarta Sala de la Corte Suprema.³⁷ Respecto del recurso de casación en el fondo la Corte Suprema dictó sentencia el día 3 de junio del año 2013.

*Razonamientos relevantes del tribunal
en los cuales se fundamenta su decisión*

1. Factor retransmisión. Siguiendo la misma línea de los jueces de instancia, el tribunal señala en su considerando duodécimo que la señal que transmite VTR es la misma que emite la parte demandante en forma íntegra y simultánea, considerando, en definitiva, que no existe acto de explotación alguno, sino que sólo de un medio técnico para la entrega de la señal a los usuarios.³⁸

37. La Corte señaló que los argumentos esgrimidos no constituían causales de casación en la forma. Las causales invocadas fueron las del artículo 768 número 5 del Código de Procedimiento Civil reprochando a la sentencia carecer de las consideraciones de hecho y de derecho que deben servirle de sustento, y la causal establecida en el artículo 768 número 7 del Código de Procedimiento Civil, es decir, decisiones contradictorias.

38. La Corte complementa la idea anterior en su considerando vigésimo cuarto estableciendo que la actividad desarrollada por VTR no constituye una nueva emisión de la señal del demandante.

2. Factor contrato. En este acápite el tribunal en su considerando duodécimo constata como hecho de la causa de carácter definitivo el contrato innominado perfeccionado en el año 1996 entre las partes y por el cual la demandada adquirió el derecho para transmitir a través del cable la programación que TVN emite por su señal abierta, haciendo especial hincapié en su letra e) que la demandada se encuentra autorizada contractualmente.

La Corte en su considerando decimonoveno expone que la demandante en su libelo de casación intenta incorporar pretensiones diferentes a las que dieron comienzo al litigio, sosteniendo ahora su derecho a poner término al contrato innominado que existiría entre ésta y la parte demandada. A raíz de lo anterior, el tribunal señala que se encuentra impedida de pronunciarse sobre alegaciones que no fueron debidamente «incorporadas y desarrolladas en el debate».

Sentencia que resuelve el recurso de casación

La Primera Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 de junio de 2011 desechando, en consecuencia, la pretensión de TVN.

Comentario del fallo

Es manifiesto que la Primera Sala de la Corte Suprema ha decidido adherir a la tesis que los jueces de instancia configuraron en cuanto a la existencia de un contrato innominado entre las partes que data desde el año 1996 y que facultaría a la empresa proveedora de cable para desarrollar su actividad. En este punto nuestra impresión se limita a entender que la futura aplicación de aquella tesis es limitada a condiciones restringidas, y que sólo se pudieron configurar en este caso en cuanto a que la relación existente entre las partes se originó hace muchos años atrás derivando en condiciones beneficiosas para ambos que fueron evidentes para los jueces.

Por otro lado, estimamos relevante lo expuesto en el considerando vigesimocuarto al señalar la Corte que tal actividad no constituye una nueva emisión distinta de la efectuada por el canal de televisión abierta,

lo cual vendría a dejar sin asidero la tesis de comunicación al público. Sin embargo, creemos que las aristas del caso son únicas, por lo que su capacidad uniformadora estaría limitada y podría no llevar a inducir futuras decisiones judiciales.

Finalmente, al existir actualmente el nuevo derecho de retransmisión consentida junto con la modificación del artículo 69 de la LPI podemos plantear dos ideas: a) es difícil suponer la existencia de un fallo como el anterior en el entendido que ahora hay norma expresa que regula la prohibición de emitir por cualquier medio la señal de una canal de televisión abierta; b) es muy probable la existencia de un nuevo juicio que solicite el fin de la utilización de la señal analógica de TVN por parte de VTR debido a que la sentencia sólo produciría cosa juzgada formal, pudiéndose iniciar un nuevo juicio ante una nueva causa de pedir y que vendría a ser el nuevo derecho incluido en el artículo 69.

*TVN con Tu Ves S.A.,
1.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-9178-2010*

Relación del caso

El 15 de junio del año 2010, TVN interpuso una demanda en contra del operador de cable TU VES S.A. ante el 1.º Juzgado Civil de Santiago. La parte demandante pretende que se ordene a la demandada cesar en la utilización de su señal digital de prueba y, además, que se le indemnizen los perjuicios ocasionados por el uso no autorizado de la misma.

Por su parte, Tu Ves rechaza la demanda indicando que TVN cuenta con un permiso provisorio para emitir la señal digital, y que intentar destinarlo a un fin comercial generaría un incumplimiento respecto del mismo. Con fecha 29 de marzo de 2012 se dicta sentencia definitiva.

Fundamento de la pretensión

1. La parte demandante es titular de un permiso para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital en determinados radios urbanos.
2. Expresa que su señal digital es un producto único, constituido por diversas obras (programas) respecto de las cuales es propietaria y titular

de derechos de autor, ya sea en calidad de productor, adquirente o permisionario para su difusión. Sostiene también que esta señal de prueba tiene una entidad distinta a los programas de televisión individualmente considerados que la constituyen.

3. El carácter de libre recepción de su señal de prueba no supone la inexistencia de derechos de propiedad sobre la misma.

4. Indica que la demandada utiliza sin autorización su señal digital de prueba a través del paquete de señales que provee a sus suscriptores, inclusive fuera del radio de cobertura para el que se encuentra autorizada por la Subtel, utilización que estima de carácter de explotación comercial.³⁹

Fundamentos de la defensa

1. Tu Ves indica que la señal digital de TVN es de libre acceso, gratuita y de libre recepción y difusión. Agrega que la demandante cuenta con un permiso de carácter provisorio para emitir dicha señal y que de pretender un fin comercial por medio de la misma conllevaría una ilegalidad.⁴⁰

2. Señala que TVN no es creadora de la señal digital, sino que únicamente permisionario de ella, distinguiendo entre contenidos y señal.

3. Según la demandada, la emisión simultánea en nada afecta al derecho de autor de la actora, ya que la señal digital es de acceso libre, y ella es redifundida sin alteración alguna.

4. Sostiene que la Subtel ha resuelto que la transmisión de un cableoperador de una señal de libre recepción no requiere autorización ni constituye infracción a la normativa de la LGT.

5. Finalmente, agrega que su función es de servir de antena o medio de transporte de la señal y redifundirla, y que la señal digital de TVN fue incluida en la parrilla programática sin ningún cobro adicional a sus suscriptores.

39. Esto lo fundamenta en que la demandada ha promocionado profusamente la inclusión en su parrilla de la mentada señal con el fin de hacer más atractivo su producto para los consumidores.

40. Agrega que cualquier acuerdo de este tipo adolecería de objeto ilícito toda vez que es ilegítimo para TVN beneficiarse comercialmente por medio de su señal digital de prueba (de libre acceso, gratuita y de libre recepción y difusión).

Razonamientos relevantes del tribunal en los cuales se fundamenta su decisión

1. Factor derechos de autor y derechos conexos. Respecto de estos derechos, el juez da por acreditada la titularidad de los derechos de autor sobre los contenidos que componen la señal digital por parte de la demandante. Luego, sobre los derechos de autor en razón de la señal digital, el sentenciador discurre sobre los artículos 1, 2, 3, 5 letra m) bis, letra n) y letra ñ) y 69 de la LPI sumados a los artículos 3 y 8 de la LGT para no considerarlos existentes, argumentando en su considerando número 19:

Que de la interpretación y aplicación de las normas antes transcritas, resulta establecer, como primera cuestión, que el derecho de autor que la demandante reclama respecto de la referida señal digital no es tal, habida cuenta que en estricto rigor jurídico ella no constituye una creación que se encuentre protegida por la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, toda vez que, por una parte, ella no se enmarca dentro de las actividades de creación o inteligencia que otorga dicha autoría y las cuales el artículo 1 se encarga de conceptualizar.

Acerca de la acción de indemnización de perjuicios por el uso indebido de la señal de la actora, el juzgador la desestima sosteniendo que, si bien TVN acredita la calidad de titular secundario del derecho de autor para la exhibición de las obras o contenidos, y la LPI ampara el derecho a reclamar retribución en caso de las retransmisiones de las emisiones o su comunicación al público en locales a los que éste tenga libre acceso:

no cabe al caso de autos la aplicación de dicha norma, por cuanto, por una parte, el fundamento fáctico en que se ha hecho consistir la demanda no se basa en el derecho de autor de los contenidos de su programación, sino que en su calidad de autor de dicha señal, y de la cual, sólo por efecto consecuencial, se hace derivar el uso, no autorizado, de los contenidos de sus programas; titularidad que por lo demás fue desestimada al analizar la demanda entablada por vía principal.

Sentencia de primera instancia

El 1.º Juzgado Civil de Santiago rechaza la acción principal y también la demanda por indemnización de perjuicios.

Comentario del fallo

Si bien se puede estimar un tratamiento más acabado del conflicto que en el fallo del 26.º Juzgado Civil de Santiago, no deja de ser evidente que para dirimirlo el juez sólo trató la línea de la titularidad de los derechos de autor, existiendo a nuestro parecer otras vías relevantes para dilucidar el problema (como lo que se debiera entender por retransmisión o el factor discriminación). Hay que tener presente que en el caso en comentario los hechos eran diferentes a los del fallo anterior dado que en éste se trataba de una señal digital experimental incomparable a la análoga que se ampara en una concesión.

Por último, sólo mediando la constatación del juez de la no titularidad de derechos de autor sobre la señal por parte de la actora (y que no fue porque ésta haya sido experimental), se ha dado por acabado el conflicto. Todo lo cual es digno de rescatar más aún cuando en los dos casos anteriores revisados por el 26.º Juzgado Civil de Santiago y la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la titularidad de derechos por parte de los demandantes sobre las señales fue totalmente indiscutida en aquellos procesos.

*Segunda Instancia TVN con Tu Ves S.A.,
Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago,
rol C-4773-2012.*

Frente a la sentencia de primera instancia dictada por el Primer Juzgado Civil de Santiago el 29 de marzo de 2010 fueron deducidos recursos de apelación por ambas partes en abril del mismo año.

Fundamento del recurso de apelación de TVN

1. La demandante expresa que el cese del uso de la señal digital por parte del demandado no impide acoger la demanda de TVN declarando la ilicitud de su actuar. Además sostiene que el cese del uso de la señal luego de notificada la demanda sólo manifiesta que el demandado estaba consciente de la ilicitud de su conducta.

2. Señala que TVN es titular del derecho de autor sobre su señal digital a diferencia de lo expresado en el fallo de primera instancia, aducien-

do que éste erróneamente confundió la señal digital con el sustrato físico de la misma, cuando en realidad TVN siempre se refirió a la señal en el sentido de programación.

3. Agrega que la señal digital es una creación y, en consecuencia, es protegida por la LPI principalmente en su artículo 3.

4. Indica que el derecho de autor de TVN sobre su señal digital no depende del permiso provisorio otorgado por la Subtel.

5. TVN sostiene una mala aplicación de la normativa, omitiendo la regulación internacional especialmente respecto del ADPIC que en su artículo 14.3 según ella confiere mayores derechos a los organismos de radiodifusión. Asumiendo que la actividad desarrollada por los cableoperadores constituye una comunicación al público de sus emisiones.

6. Sostiene la actora que aun cuando TVN tenga prohibido lucrar con la señal digital, eso no significa que no proceda la indemnización de perjuicios como lo determinó el fallo de primera instancia.

7. Por último señala que el hecho de que TVN sea un canal público y de libre recepción no obsta en nada para que se acojan las demandas interpuestas contra Tu Ves S.A., quien no cabe dentro de la categoría de público en general.

Fundamento del recurso de apelación de Tu Ves S.A.

Los fundamentos de tal recurso respecto de las costas fueron los siguientes:

1. Tu Ves sostiene que la sentencia definitiva rechazó en todas sus partes la demanda principal y la de indemnización de perjuicios, y que aquellas además no tenían sustento jurídico alguno.

2. TVN ni siquiera nombró los elementos y requisitos de procedencia de la responsabilidad civil para cimentar su acción de indemnización de perjuicios.

Comentario de recursos presentados

La argumentación de TVN es interesante debido a que su postura ha sido dirigida mayoritariamente respecto del derecho de autor existente en la obra programación, dejando muy poco espacio para los derechos conexos y los derechos de autor sobre los contenidos.

Acerca de los derechos conexos, se limita a argumentar la aplicación directa del artículo 14.3 del ADPIC en cuanto conferiría mayores derechos a los organismos de radiodifusión en relación a los limitados derechos que confiere el artículo 69 de nuestra LPI, lo cual estimamos medianamente correcto al entender que derechos conexos en los términos de nuestra legislación no han sido conferidos para atacar de manera efectiva la redifusión efectuada por los operadores de cable, pero que se queda corta en cuanto a la –a nuestro juicio– no autoejecutabilidad del ADPIC en Chile por los argumentos ya aportados en secciones previas de este artículo.

Razonamientos relevantes del tribunal en los cuales se fundamenta su decisión

1. Factor indemnización de perjuicios. El tribunal hace un análisis sobre la procedencia de indemnizar por la redifusión no autorizada de la señal, remitiéndose a las reglas del código civil sobre responsabilidad extracontractual, artículos 2314 y 2329, teniéndolos finalmente por no acreditados los requisitos correspondientes y, en consecuencia, no dando lugar a dicha solicitud.

Sentencia de segunda instancia.

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 5 de mayo de 2014 confirma la sentencia apelada, sin costas.

Comentario del fallo

El fallo de segunda instancia en su primera parte se refiere a la inconsistencia de peticiones que hace la actora en relación a lo pedido originalmente en su demanda y a los fundamentos de su apelación. En virtud de que TVN en su demanda sólo solicitó el fin de la redifusión, la Corte expresó, correctamente a nuestro parecer, su imposibilidad de acoger la apelación en cuanto la actividad infractora ya había sido dejada de efectuarse en la práctica por Tu Ves S.A. (fundamento también expresado en la sentencia de primera instancia). Asimismo, cabe destacar que el tribunal de alzada elimina el considerando vigesimocuarto que citamos al

revisar el fallo de primera instancia, aclarando nuevamente la diferencia entre lo solicitado por la actora en su demanda respecto de lo pedido en su libelo de apelación, por una parte una solicitud de retribución por la utilización no autorizada de sus programas y, por otra, una indemnización por el perjuicio causado en la redifusión de la señal.

Por último, cabe destacar que con fecha 5 de agosto se tiene por desistido el recurso de casación en interpuesto por la actora.

*TVN con VTR Banda Ancha (Chile S.A.),
12° Juzgado Civil de Santiago, rol C-9411-2010*

Relación del caso

El 17 de junio del año 2010, TVN interpuso una demanda contra el operador de cable VTR Banda Ancha (Chile S.A.) ante el 12.º Juzgado Civil de Santiago. La demandante a través de su acción pretendía que se ordene a la demandada terminar de inmediato la emisión de su señal digital de prueba hacia sus suscriptores, solicitando además indemnización de perjuicios por el uso no autorizado de la misma.

Por su parte, VTR rechaza la demanda indicando que la señal digital de TVN es de libre recepción y que ella sólo facilitaría los medios técnicos para que llegue a sus abonados. Con fecha 17 de julio de 2012 se dicta sentencia definitiva.

Fundamento de la pretensión

1. La demandante alega ser titular de un permiso para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción con tecnología digital en determinados radios urbanos.

2. Sostiene que su señal digital es un «producto único» constituido por diversas obras o programas respecto de las cuales TVN es propietaria y titular del derecho de autor. La determinación de qué programas serán incluidos en la señal, la relevancia que se otorga dentro de ella y la fijación horaria, harían que la señal digital de prueba sea una creación en sí misma con identidad distinta de los programas individualmente considerados.

3. En razón de lo anterior expresa que TVN tiene la calidad de titular de derecho de autor respecto de su señal digital de prueba.

4. La señal digital de TVN es de libre recepción, pero ello no supone la inexistencia de derechos de propiedad ni la ausencia de resguardos en relación con el uso que le puedan dar terceros.

5. VTR sin autorización hace explotación comercial ilícita de su señal digital mediante la incorporación no autorizada a sus redes, obteniendo a partir de esto beneficios de orden pecuniario.⁴¹

Fundamentos de la defensa

1. La demandada sostiene que TVN se encuentra afecta a los deberes de dar acceso universal, no discriminatorio y gratuito de sus señales de televisión y que, por lo mismo, no puede restringir el acceso a su señal de forma alguna.

2. La actividad que efectúa VTR corresponde únicamente a facilitar al público los medios técnicos para que puedan recibir dicha señal digital abierta.

3. Agrega que TVN no acredita ser titular de derechos de autor respecto de la señal digital y confunde supuestos e inexistentes derechos sobre ésta con los derechos que le corresponderían sobre los contenidos que forman parte de dicha señal.

4. VTR no necesita autorización de TVN para redifundir la señal digital, y no ha cometido infracción alguna a las normas de la LPI debido a que se trata de una señal abierta.

5. Señala que VTR sólo ha redifundido la señal digital en los lugares establecidos por la autoridad en el permiso respectivo, y que esto no la constituye como una nueva emisora de la misma, ni que la modifique o intervenga.

6. Agrega que no existe norma legal en nuestro ordenamiento que impida la redifusión de la señal digital, y el único pronunciamiento ha reconocido la redifusión como una labor legítima (causa rol 3616-2002 del 26.º Juzgado Civil de Santiago).

41. La demandante indica que esta ilicitud se aprecia tanto al realizar la explotación excediendo el área de cobertura del permiso otorgado por la Subtel, e infringiendo los derechos de propiedad intelectual mismos de TVN sobre su señal y sus contenidos.

Razonamientos relevantes del tribunal en los cuales se fundamenta su decisión

1. Precisiones

a) Retransmisión. El considerando duodécimo establece que la defensa de no modificar o alterar la señal de TVN no es de importancia en cuanto lo que se imputa es la «utilización» de la señal. Por lo demás, la hipótesis de las retransmisiones aducida por VTR se descarta, en cuanto en el petitorio sólo se solicita el «cese de la utilización de la señal digital de prueba» y no de la retransmisión.

b) Redifusión. El fallo discurre acerca de la consagración normativa de la redifusión en nuestro ordenamiento. En este punto, VTR basa su posición apoyada por informes en derecho en cuanto efectivamente se consagraría la redifusión sobre la base de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 3 de la LGT, habilitando a los permisionarios de servicios limitados de televisión transportar las emisiones de las concesionarias de radiodifusión televisiva. Esto ocurriría debido a que la norma señala que ambas entidades están habilitadas para comprender los mismos tipos de emisiones (sonoras, de televisión o de otro género).

2. Factor redifusión. Respecto del término redifusión que VTR alega relacionado con su interpretación de la LGT, la juzgadora sentencia categóricamente en su considerando vigésimo tercero que: «i) El concepto *redifusión* no tiene asidero legal en nuestro derecho, ya que tal concepto no es recogido por la Ley 18.168, así como tampoco por la normativa sectorial. ii) La acertada inteligencia que debe atribuirse a la remisión efectuada en la letra c) del artículo 3 al literal a) de la misma norma, indica que ambos servicios de telecomunicaciones poseen la potencialidad técnica de efectuar emisiones de televisión, sonoras, o de otro género, sin que la norma en análisis contenga una autorización implícita para que los servicios limitados de telecomunicaciones utilicen la señal y contenidos de los servicios de radiodifusión de libre recepción».

3. Factor antena. Respecto del servicio de antena que según VTR proveería, se dispone en su considerando vigesimotercero: «En la estructura normativa de la Ley 18.168 no existe cabida para el rol intermediario (antena) que se autoatribuye la demandada, pues las señales de libre recepción han sido concebidas para ser recepcionadas en forma libre y directa por el público en general».

Finalmente, la sentencia adiciona que servir de antena es una conducta que no constituye un acto autorizado por el derecho, y que sólo correspondería a una autoatribución que se tomaría la demandada fundada en un supuesto beneficio para sus afiliados.

4. Factor derechos de autor y derechos conexos. En base a la normativa vigente resuelve que no se puede considerar a la señal digital como un mero conjunto de ondas sin contenido alguno como VTR estipula en su defensa. Luego profundiza en un análisis de la LPI haciendo énfasis en la protección dada a las compilaciones. Concluye que la señal en términos de programación sí constituiría una obra intelectual protegida por nuestra legislación (derechos de autor), y que, por lo demás, no sería válido restarle este carácter por vincularse a motivos económicos como argumenta la demandada.

Así las cosas, el fallo también señala que las personas jurídicas como TVN pueden ser consideradas titulares de derecho de autor amparándose en los artículos 8 inciso 2, 25 y 26 de la LPI. En este mismo razonamiento la sentenciadora expresa que TVN es dueño de cada uno de los programas que conforman su señal digital.⁴²

5. Factor autorización de uso. La jueza luego de aclarar los puntos anteriores busca dilucidar si TVN tiene la facultad de autorizar o prohibir la utilización de su señal digital. En este punto razona que sí existe ese derecho a favor de TVN en razón de los siguientes planteamientos: a) Vincula las facultades propias del dominio (como la de impedir a los demás el uso y goce de la cosa que se es propietario) con el artículo 3 letra a) de la LGT donde se define a los servicios de telecomunicaciones de libre recepción.⁴³ En este contexto se aprecia que la juzgadora se hace parte de la tesis de que VTR no constituiría «público en general». b) Refuerza su postura citando el artículo 14.3 del ADPIC que otorga a los

42. Se respalda su exposición en un informe técnico elaborado por Time-Ibope

43. La sentenciadora en este sentido expresa: «Así, resulta manifiesto que TVN se encuentra imposibilitada de excluir del uso de su señal digital de prueba al público en general, puesto que al utilizar un bien nacional de uso público denominado espectro radioeléctrico para efectuar sus transmisiones, hecho no controvertido por las partes según lo señalado en el considerando noveno, se encuentra limitada su facultad de excluir. Por esta razón, si un servicio limitado de telecomunicaciones como VTR incorpora la señal digital de prueba en su red privada de cable, TVN recobra la facultad de excluir pudiendo oponerse al uso no autorizado por parte de este tercero».

organismos de radiodifusión el derecho de prohibir la comunicación al público de sus emisiones de televisión.

Sentencia de primera instancia

El 12.º Juzgado Civil de Santiago acoge la acción principal deducida por TVN y también la demanda por indemnización de perjuicios. Ordena a VTR cesar en la utilización de la señal digital de prueba de TVN dentro del décimo día de ejecutoriada la sentencia.

Comentario del fallo

De la lectura del fallo emitido por el 12.º Juzgado Civil de Santiago se observa un desglose detallado de cada una de las pretensiones y defensas aducidas por las partes, así como los fundamentos inmediatos estimados por la juzgadora en orden de argumentar su postura. Cabe destacar el uso de un instrumento internacional como fundamento de la decisión, y el tratamiento conjunto de la legislación de propiedad intelectual y de telecomunicaciones.

Se debe tener presente lo dispuesto en el fallo acerca de acotar el objeto del conflicto excluyendo la definición del término retransmisión, y que VTR incorpora por *default* a su set de argumentos para este tipo de controversia. Por otro lado, en cuanto a lo sostenido por la sentenciadora para lo denominado como «redifusión», es interesante constatar que existe deficiencia conceptual en relación a las actividades y fenómenos desarrollados por estos organismos a pesar de los avances tecnológicos en la materia. Es destacable la postura tomada por la jueza en relación a basar su examen de definiciones y conceptos en relación a la normativa vigente en nuestro país.

En segundo término, estimamos de importancia el reconocimiento de los derechos sobre la señal televisiva en razón de que constituye una obra intelectual por parte de TVN. De esta forma, concurre a un alejamiento de la posición que sólo reconocía derechos conexos a los organismos radiodifusores y que se ve potenciada por la referencia directa hecha al artículo 14.3 del ADPIC. Mención aparte merece la deducción hecha en relación con la facultad de TVN de autorizar o no el uso de su señal digital en el sentido de que, a raíz de estimar que VTR no constituye público

general y que la LGT sólo imposibilita la exclusión del uso de ésta al mismo, entiende que se permite la exclusión respecto del uso de la señal.

Recurso de Casación en la forma y Recurso de Apelación TVN con VTR, Corte de Apelaciones de Santiago, rol C-7032-2012

Frente a la sentencia definitiva de primera instancia⁴⁴ y en la cual se le concede la razón a las alegaciones efectuadas por TVN, se presentó tanto un recurso de casación en la forma como un recurso de apelación por parte de la demandada.

Fundamentos de VTR

a) Casación en la forma.

1. La demandada señala que la sentencia incurre en una manifiesta contradicción entre sus considerandos al establecer el carácter intransferible de la señal digital de TVN para luego conceder derechos de propiedad sobre la misma.

2. Sostiene que existe contradicción en los considerandos que por un lado no logran afirmar la existencia o no de gratuidad en la inclusión de la señal digital en la parrilla de VTR, y, por otro, aseveran la existencia de explotación comercial de la misma. Todo lo cual es contradictorio al ser la explotación comercial contraria a la gratuidad.

b) Recurso de apelación.

1. VTR sostiene que existe licitud en la redifusión de la señal digital de TVN. Que es irrelevante el reconocimiento literal del concepto redifusión en la LGT.⁴⁵

2. Señala que existe una confusión conceptual en la demanda al señalar que la redifusión que es efectuada por VTR en una frecuencia distinta a la asignada mediante la concesión de radiodifusión afectaría un elemento esencial de la señal digital. Siendo que la frecuencia en que se transmite la señal es un elemento de la esencia de la concesión y no de la señal.

44. De fecha 17 de julio de 2012.

45. Funda este acápite de su presentación en una interpretación del artículo 3 de la LGT y en los Ordinarios 36277 y 4302 de la Subtel.

3. Agrega que la ausencia de una norma que permita la retransmisión consentida no es un asunto de *lege ferenda* como lo sostiene el fallo, sino que tal inexistencia sólo constata que los organismos de radiodifusión no pueden excluir la recepción y redifusión de su señal por los permisionarios de televisión. Sostiene que señalar que no hay normas de retransmisión consentida implica decir que en el derecho vigente efectivamente no hay un derecho para excluir la redifusión de la señal de los organismos de radiodifusión.

4. En otro punto indica la inexistencia de infracción a supuestos derechos de propiedad intelectual de TVN. De esta forma sostiene que la sentencia erróneamente atribuye la calidad jurídica de obra intelectual a la actividad de programación desarrollada por TVN.

5. Señala que VTR no realiza una fijación, reproducción, retransmisión o comunicación al público de la señal digital que son los únicos derechos que corresponden a TVN en razón del artículo 69 de la LPI. Agrega en este punto que aun cuando el ADPIC complementara el artículo 69 de la LPI, la actividad de VTR no constituye un acto de comunicación pública susceptible de autorización, ya que este acto lo realiza TVN al emitir su señal.

Comentario de los recursos presentados

Al ser el primer juicio ganado por TVN, estos recursos constituyen los primeros presentados por VTR en la impugnación de una sentencia definitiva acerca de la redifusión de una señal de televisión abierta.

Acerca del recurso de casación en la forma, a nuestro juicio estimamos que la sentencia definitiva tiene algunas contradicciones pero que a nuestro modo de ver no constituyen faltas gravitantes que hagan cambiar sustancialmente lo establecido en la misma. Es por esto que creemos que no habría pertinencia de un recurso de casación en la forma al no influir en lo dispositivo del fallo las contradicciones expuestas, principalmente en lo que tiene que ver con la aplicación del artículo 14.3 del ADPIC.

Razonamientos relevantes del tribunal en los cuales se fundamenta su decisión

1. Factor redifusión. La principal agregación argumentativa que la Corte

hace respecto del objeto del juicio constata que la actividad efectuada por VTR implicaba una retransmisión, lo que hace sin mayores precisiones conceptuales. De esta manera expreso en su considerando undécimo:

«Que los antecedentes aparejados en esta instancia refuerzan lo decidido por el juez de la instancia, ya que la demandada retransmitió una señal sin autorización, en circunstancias que con anterioridad y para la ocasión de otros mundiales de fútbol, si había firmado contrato con la demandante, lo que demuestra que aún cuando se trataba de señales diferentes, la primitiva analógica, y la que está ahora en discusión, digital, tecnología de reciente data, con anterioridad entendió que debía acordar con TVN la retransmisión de una señal de aquella; y tanto es así que otras compañías que explotan el mismo giro, si celebraron contratos con TVN, como pudo verificar esta ministro, en la audiencia decretada como medida para mejor resolver de percepción visual de los contratos celebrados con Movistar, de acuerdo a lo detallado en la motivación décima».

Sentencia de segunda instancia

Con fecha 27 de octubre de 2014 la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto y confirma la sentencia de primera instancia.

Comentario del fallo

En un fallo de no más de seis páginas de argumentos, la Corte rechaza tanto los fundamentos de la casación como los de la apelación deducidos. Éste comienza señalando que no proceden las consideraciones expresadas para invalidar la sentencia en virtud de casación en la forma, sino que más bien parece existir disconformidad con lo juzgado por el magistrado de primera instancia.⁴⁶

En cuanto a la apelación, se reproduce la sentencia de alzada agregando una argumentación principal en su considerando undécimo y que transcribimos anteriormente. Es preciso señalar que dada la fecha de la

46. El fallo dice expresamente «que no comparta lo decidido, no implica que el fallo carezca de fundamentación fáctica ni jurídica».

sentencia estimamos que ésta se podría haber complementado directamente con las disposiciones que incorporó la Ley 20.750 hace poco tiempo en nuestro ordenamiento. Con todo, creemos que de una lectura detenida del considerando undécimo se puede percibir, entre líneas, que los sentenciadores se direccionan hacia lo que la nueva normativa establece en relación a la retransmisión consentida y a la búsqueda de acuerdos privados entre los agentes para la utilización de la señal radiodifundida.

CONCLUSIONES

Consideramos que los organismos de radiodifusión son titulares de derechos de autor sobre la obra colectiva denominada «programación», la cual corresponde a aquella disposición creativa de programas de televisión distinta a aquellas obras individualmente consideradas, y que es transportada dentro de la señal radiodifundida a través del espectro radioeléctrico. La existencia de esta obra radica en que los organismos de radiodifusión satisfacen mediante su actividad organizativa el estándar de creatividad mínimo solicitado por nuestro ordenamiento jurídico de propiedad intelectual.

Por su parte, estimamos que la normativa aplicable en Chile atinente a derechos de autor otorga a los organismos de radiodifusión el catálogo de facultades que concede nuestra LPI (comprendidos primordialmente en sus artículos 17 y 19), de manera tal que el acto de comunicación al público no autorizado y ejecutado por los operadores de cable en la redifusión de sus señales concreta una infracción a tales derechos patrimoniales conferidos en virtud de la obra programación, siendo totalmente plausibles las alegaciones de término de uso de la señal redifundida al contener la obra en comento.

Acerca de los derechos conexos otorgados a los concesionarios, no es posible verificar una correlación que permita enmarcar la hipótesis restringida de comunicación al público del artículo 69 de la LPI con la operación de redifusión efectuada por los cableoperadores. Aun cuando la actividad desarrollada por VTR es clasificable como una comunicación al público, y el artículo 14.3 del ADPIC confiere una hipótesis de comunicación al público amplia, no la estimamos como una disposición autoejecutable en nuestro ordenamiento por las razones ya revisadas.

En cuanto al derecho de retransmisión consentida agregado por la

Ley 20.750 podemos contemplar que la actividad de los proveedores de cable se ajusta a la disposición prohibiendo el desarrollo de la redifusión por cable mientras no medie autorización por parte de los organismos radiodifusores de la señal redifundida, que incluso podrá estar sujeta a una retribución. Por lo tanto, es factible constatar que a partir de la promulgación de la ley, una redifusión no autorizada de una señal constituiría una infracción de derechos conexos, específicamente del nuevo inciso tercero del artículo 69 de la LPI. Respecto de esta norma concluimos que su establecimiento será beneficioso en el sentido de dirimir la actual incertidumbre jurídica frente a la redifusión de señales de los organismos de radiodifusión, que habilita negociar una contraprestación con el operador de cable libremente.

Acerca de derechos de autor sobre las obras contenidas en las emisiones o programas de televisión, y que son individualmente consideradas, existe consenso unánime en que la titularidad de aquel contenido difiere caso a caso. En consecuencia, estimamos que un organismo de radiodifusión perfectamente puede ser titular del contenido de sus emisiones radiodifundidas y serle concedido el repertorio de facultades que contempla nuestra legislación aplicable.

En cuanto a la jurisprudencia revisada podemos destacar varios puntos. En principio queda reiterar la crítica hecha en su oportunidad acerca del ligero tratamiento que los jueces, tanto de instancia como de la Corte de Apelaciones, han efectuado para zanjar los conflictos motivados por la redifusión de las señales de los organismos de radiodifusión. Mención aparte merece el dictamen emitido por el 12.º Juzgado Civil de Santiago (rol C-9411-2010), en el cual apreciamos un íntegro examen de cada una de las pretensiones y excepciones presentadas por las partes. Cabe destacar también el fallo revisado de la Corte Suprema en donde trató la redifusión de señales (rol 8477-11), donde dispuso que la actividad desplegada por los operadores de cable no constituye una nueva emisión de la señal abierta; aserción que nosotros no compartimos. Finalmente, en relación a este caso, sólo nos resta decir que al existir un nuevo derecho de retransmisión consentida junto con la modificación del artículo 69 de la LPI podemos plantear que es difícil suponer la existencia a futuro de un fallo como el dictaminado por la Corte Suprema en el entendido de que habría norma legal expresa que regularía la prohibición de emitir por cualquier medio la señal de una canal de televisión abierta.

Con todo, aun cuando exista un fallo de la Corte Suprema, evaluamos su planteamiento de fondo no del todo uniformador por razones tales como la cambiante legislación relativa al tema (tanto a nivel nacional como internacional) y en las múltiples y diferentes particularidades que envuelven los casos debatidos a la luz de la redifusión de señales. Creemos que el pronunciamiento de los tribunales hasta la fecha no ha sido suficiente para concluir cuál es el criterio jurídico mayoritario que se sigue en nuestro país.

REFERENCIAS

- ALESINA, Juan, Federico VIBES, Javier Delupí y Rolando CARBONE (2006). *Derecho del entretenimiento*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo (1998). *Derecho de autor*. Venezuela: Servicio autónomo de la propiedad intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor.
- . (2000) *Propiedad intelectual, derecho intelectual, derecho de autor y derechos conexos*. San José, Costa Rica: Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina «Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva».
- COOPER, Rodrigo (2011). *Derecho de Propiedad Intelectual de los canales de televisión de autorizar o no la difusión de sus señales o programas por un organismo distinto, en particular por empresas distribuidoras de señales de televisión por cable*. Informe en derecho disponible en expediente caratulado TVN con TU VES S.A. del 1.º Juzgado Civil de Santiago, rol C-9178-2010.
- COMITÉ PERMANENTE DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS (1998). *Legislación vigente a nivel internacional, regional y nacional en materia de protección de los derechos de los organismos de radiodifusión*.
- . (2002). *La protección de los organismos de radiodifusión: Términos y conceptos*.
- CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN (2013). *Anuario estadístico. Oferta y consumo de programación TV abierta*.
- . (2011). *VII Encuesta Nacional de Televisión*. Santiago.

- ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos (1997). *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*. Madrid: Aranzadi.
- FICSOR, Mihály (2003). *Guía de los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Ginebra.
- GEDDA, Francisco (2007). *El reto de la TV digital. Tecnologías de la información y comunicación ciudadana*. Santiago: Universitaria.
- HERRERA S., Dina (1999). *Propiedad intelectual, derechos de autor. Ley 17.336 y sus modificaciones*. Santiago: Jurídica.
- HUMMEL, Marlies (1990). *La importancia económica del derecho de autor*. *Boletín del Derecho de Autor* (Unesco), 24 (2).
- JEHORAM, Cohen (1983). *Cable Television: Media and Copyright Law Aspects*. En José Carlos Erdozain López, *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*. Madrid: Aranzadi.
- LIPSYC, Delia (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalia.
- MONSALVE, José Pablo (2008). *Informe en derecho relativo a la demanda por actos contrarios a la libre competencia deducida por Universidad Católica de Chile*. Informe en derecho disponible en expediente caratulado *Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión con VTR Banda Ancha (Chile) S.A.* del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol C-154-08.
- NAVARRO, Enrique (2012). *Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Chile: XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- PEÑA, Carlos (2008). *Relaciones entre una concesionaria de servicios de telecomunicaciones de libre recepción y un permisionario de servicios limitados de telecomunicación*. Informe en derecho disponible en expediente caratulado *Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión con VTR Banda Ancha (Chile) S.A.* del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol C-154-08.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2001). *Propiedad intelectual y contratos*. Santiago: Jurídica.
- SCREEN DIGEST (2010). *Estudio sobre la dimensión socioeconómica del uso no autorizado de señales (II): Acceso no autorizado a contenidos de radiodifusión. Causas y efectos: Panorama mundial*. Londres.
- SIERRA, Lucas (2008). *El estatuto jurídico de la redifusión en Chile*. In-

forme en derecho disponible en expediente caratulado *Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión con VTR Banda Ancha (Chile) S.A.* del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol C-154-08.

O'CALLAGHAN, Xavier (2011). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid: Dykinson.

SOBRE EL AUTOR

CARLO BENUSSI DÍAZ es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El presente artículo es una versión parcial de su memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Su correo electrónico es <c.benussi@gmail.com>. Su dirección postal es Miguel Claro 1457, departamento 704, Providencia, Santiago.

Este trabajo fue recibido el 7 de octubre de 2014 y aprobado el 10 de noviembre de 2014.