

Santiago, seis de abril de dos mil veinte.

VISTO:

En estos autos Rol 8177-2018, del 7° Juzgado Civil de Santiago, comparece don Jesús Martínez Maroto, en representación de Entidad de Gestión colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile, EGEDA Chile, quien deduce demanda en juicio sumario de cobro de remuneración o tarifa por contravención a los derechos de autor y subsidiaria de indemnización de perjuicios en contra de VTR Banda Ancha Chile, solicitando se declare : 1.- Que la demandada ha contravenido los artículos 18, 19 y 21 de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual al realizar actos de retransmisión y comunicación pública sin pagar los derechos que corresponden a EGEDA; 2.- Se condene a la demandada a pagar, a título de remuneración o, en subsidio, como indemnización de perjuicios, la cantidad de 1.370.981, 5 UF por conceptos devengados desde el mes de diciembre de 2008, hasta el mes de noviembre de 2013, más intereses correspondiente a operaciones reajustables a contar de la fecha en que debió hacerse el pago y hasta su pago efectivo.; 3.- Se condene a la demandada a pagar a título de remuneración devengada o, en subsidio como indemnización de perjuicios, la tarifa mensual por cantidad de abonados que se devengue desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia, reservándose el derechos a discutir su especie y monto para la etapa de ejecución del fallo y, 4.- Que se condene a la demandada al pago del máximo de la multa establecida en el artículo 78 de la Ley N° 17.336 ascendente a 1000 UTM por cada infracción incurrida, con costas.

Fundamentando su acción, señala que su representada es una entidad de gestión colectiva de derechos constituida y autorizada de conformidad a lo previsto en el título V de la Ley N° 17.336 y que ha sido autorizada para desarrollar la gestión colectiva de derechos de autor que corresponden a los productores audiovisuales, representando a un conjunto de productores tanto nacionales como extranjeros.

Señala que la demandada, es una operadora de televisión por cable perteneciente al grupo Liberty Global y CorpGroup, que actualmente posee más de 150 canales y que desde antes del 2007 ha desarrollado actividades de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales contenidas en más de una decena de señales, según se acreditará, que tiene incorporadas dentro del conjunto de canales que explota comercialmente y respecto de las cuales no cuenta con autorización, de los titulares de derechos de autor de las obras y grabaciones, no tiene autorización de los productores y demás titulares del derecho de autorizar la



retransmisión de dichas obras, ni de su representada en su calidad de única entidad de gestión colectiva autorizada para gestionar dichos derechos en nuestro país.

Sostiene que la demandada cuenta con un amplio sistema de elementos de captación de señales de televisión, que revive la señal de varios centenares de emisiones nacionales e internacionales, de las que selecciona un número limitado de ellas y distribuye por cable a sus abonados, poniendo a su disposición en sus domicilios dichas señales, estimando que con dicho *modus operandi* se manifiesta que la función de la demandada no corresponde a la de un mero distribuidor de señales, ya que interviene en la selección y decide cuáles se harán llegar a los abonados y cuáles no, a objeto de establecer una red de televisión por cable atractiva y de fácil comercialización.

Invoca como fundamento de su demanda el artículo 19 de la Ley N° 17.336 explicando que la autorización de uso de una determinada obra constituye la esencia del derecho de autor y por lo mismo nadie puede usar una obra sin obtener previamente dicha autorización, salvo excepciones.

La demandada contestó la demanda, solicitando su íntegro rechazo, y subsidiariamente para el caso que sea acogida solicita rebaja prudencial del monto de los perjuicios demandados.

Refiere que su representada no efectúa actividades de comunicación pública, sin autorización, distinguiendo entre señales de libre recepción o televisión abierta y de televisión de pago. En cuanto a la televisión abierta señala que su representada realiza una actividad de radiodifusión exclusivamente dentro del área de concesión de dichas señales, por lo que no realiza una explotación económica distinta de la efectuada por las concesionarias de radiodifusión, que son quienes realmente emiten la señal produciendo la comunicación pública de los contenidos insertos en tales señales. VTR facilita a los suscriptores los medios para acceder a las mismas señales que pueden recibir de la antena tradicional, ya que no lleva contenidos a un público distinto del originalmente previsto, el que tiene derecho a recibirlos en forma gratuita, universal y no discriminatoria, por lo que su actividad no se diferencia de la realizada por las señales de televisión abierta.

Tras un análisis de las pretensiones del actor, controvierte la infracción que se le imputa indicando que no existe acto ilícito o infracción a las normas de propiedad intelectual, añadiendo que su representada no desarrolla actividades de retransmisión de obras audiovisuales limitándose a refundir las señales de televisión abierta, cuyos respectivos emisores ya han negociado económicamente con los



distintos titulares de derecho de autor, para el uso y explotación de las obras insertas en tales señales, sin que exista una nueva comunicación pública que amerite o haga procedente recibir una nueva remuneración por dicha actividad.

Indica que no existe una fuente contractual ni legal que obligue a su representada a contratar con la actora, adherir a sus remuneraciones ni pagarle las tarifas que pretende, calificándolas de infundadas.

Alega asimismo la falta de objeto de la obligación de pago, por cuanto en la demanda no se especifica a que titulares y respecto de que obras EGEDA ejerce la administración de los derechos de autor, alegando la falta de legitimación activa de la demandante ya que no consta quienes son los miembros o afiliados de EGEDA.

Sostiene que de accederse a la pretensión de la actora se obtendrá un nuevo pago como contra prestación a un acto de comunicación pública que ya fue oportunamente pagado por su representada, por un hecho que no implica comunicación pública y no admite nuevo pago.

Por último, el artículo 5º referido exige para su aplicación, que la emisión de transmisión de un organismo de radiodifusión se haga por otro. La demandada no es un organismo de radiodifusión, de acuerdo a la definición que de esta clase de organismo hace el artículo 3º.

Por sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 883 y siguientes, luego de rechazar la excepción dilatoria opuesta y las tachas deducidas por la demandada, la señora juez rechazó en todas sus partes la demanda deducida en forma principal y subsidiaria.

La demandante S.A. dedujo recurso de casación en la forma y de apelación en relación a dicho fallo.

La Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de dieciocho de enero de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 1083 rechazó el recurso de casación y confirmó el referido fallo.

En contra de esta última determinación, la demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que funda su recurso la recurrente en la causal contenida en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal, solicitando la invalidación de la sentencia de segundo grado,



por haber incurrido en la omisión de consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento, y que luego se proceda a dictar la competente sentencia de reemplazo, que revocando la sentencia de primera instancia acoja la demanda deducida.

Señala que en el fundamento sexto del fallo recurrido se modifica el de primer grado, reemplazando la palabra “retransmite” y “retransmisión” por “redifunde” y “redifusión”, que se contiene en los considerandos cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

Indica el recurrente que la esencia de la controversia gira en torno a resolver si el hecho que VTR capte las señales y contenidos de la televisión abierta que incluyen obras del repertorio de EGEDA, las incluya en sus redes y las ponga a disposición de sus abonados constituye o no un acto de comunicación en modalidad de retransmisión y por ende si ésta afecta a las autorizaciones y pagos respectivos, o en su caso como lo argumenta la demandada, solo sería constitutiva de redifusión destinada a solucionar un problema de incompatibilidad técnica, que consiste en que de no incorporarse estas señales y contenidos en sus propias frecuencias, los abonados de VTR tendrían que desconectarse del cable para poder ver TV abierta, lo que a entender de VTR, no constituiría un acto de comunicación pública ni, por ende, una nueva explotación económica de los contenidos de las obras, sino una mera facilitación a sus abonados para acceder desde el cable a dichos contenidos. Agrega el recurrente que el concepto de redifusión no está definido en la ley, como lo están los de comunicación pública y de retransmisión, razón por la cual la sentencia necesariamente debía explicar dicho concepto, sobre todo cuando en base a este último rechaza la demanda.

SEGUNDO: Que cabe consignar en relación a la causal de nulidad invocada que el defecto que la ley considera como vicio de casación, es la ausencia de motivación.

TERCERO: Que contrariamente a lo sostenido por el recurrente, de la sola lectura de la sentencia, especialmente de los considerandos 37, 38, 41 y 42 de la sentencia de primera instancia que el fallo recurrido hizo suyos y, el considerando 6 de este último, aparece que no carece de las motivaciones que indica el recurrente, puesto que luego de descartar que la empresa demandada realice una actividad que corresponda calificar como transmisión o retransmisión, conceptos definidos legalmente en el artículo 5 de la ley N° 17.336, concluye que en realidad se trata de una redifusión, de modo que el empleo de éste último concepto tiene la motivación



que la ley exige a la sentencia, razones que conducen al rechazo de la causal deducida

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

CUARTO: Que la recurrente expresa que la sentencia de segundo grado, que hace suya la de primera pero modifica los considerandos 41 y 42 especialmente en cuanto cambia la expresión “retransmisión” por “redifusión” ha sido pronunciada con los siguientes errores de derecho:

1.- Haber aplicado falsamente el artículo 5 letra v) en relación al artículo 71 letra n), infringido este último por falta de aplicación; el 11 bis del Convenio de Berna por falta de aplicación; artículo 5 letra ñ) en relación al 69 por falta aplicación, todos de la Ley de Propiedad Intelectual, en relación con los artículos 19 y 20 del Código Civil por falta de aplicación.

Indica que ello ha ocurrido por cuanto no obstante haberse reconocido como hecho inamoviblemente asentado, la actividad material que realiza VTR en orden a captar señales y contenidos de la televisión abierta, que incluyen obras del repertorio EGEDA, incorporarlas a sus frecuencias y difundirlas a sus clientes y abonados los sentenciadores, califican dichas actuaciones no como actos de comunicación pública en modalidad de transmisión, sino que como una mera “redifusión” a cuyo respecto la demandada no requeriría autorización.

De haberse aplicado correctamente las disposiciones transgredidas, los sentenciadores del grado habrían debido razonar y concluir que la actividad material que realiza VTR se corresponde con actos de comunicación pública, particularmente de retransmisión, por lo que se satisfacen plenamente los presupuestos normativos que generan el derecho para reclamar por la utilización de las obras audiovisuales del repertorio de EGEDA sin autorización previa, por lo que tiene el derecho a impetrar el cobro que genera tal infracción.

Luego de reproducir las normas que cita como infringidas, y parte del considerando 41 del fallo de primer grado, señala que la actividad material que realiza VTR y que los sentenciadores erróneamente califican bajo el concepto (no explicado) de “radiodifusión”, satisface los requisitos de un acto de comunicación pública atribuible a la demandada, por lo que al razonar y concluir que no se estaría en presencia de un acto de comunicación pública se infringe lo dispuesto en los artículos 5 letra v) de la Ley de Propiedad Intelectual, en relación al artículo 71 letra n) del mismo cuerpo legal.



A continuación la parte recurrente luego de reproducir el artículo 5 letra ñ) de la Ley de Propiedad Intelectual y artículo 11 bis del Convenio de Berna, señala que de acuerdo a los artículos 19 y 20 del Código Civil ha existido error en la aplicación de la primera norma citada, ya que los sentenciadores necesariamente deberían haber concluido que VTR si puede retransmitir y que, por ende la actividad material que realiza debe calificarse jurídicamente bajo el concepto de retransmisión que establece la Ley de Propiedad Intelectual.

2.- Aplica falsamente los artículos 18, 19 y 21 en relación con el artículo 79 letra a) de la Ley de Propiedad Intelectual.

En efecto de haber sido aplicadas conforme a derecho estas normas, que establecen que solo el titular del derecho de autor, o quienes estén expresamente autorizados, pueden utilizar la obra en alguna de las formas establecidas en la ley, habrían necesariamente conducido a los sentenciadores del grado a determinar que la utilización de las obras que realiza VTR sin autorización de EGEDA comporta una vulneración a la propiedad intelectual de los autores de los derechos que gestiona la demandante y, por lo tanto, implica que aquella comete una infracción por el uso no autorizado de las obras audiovisuales del repertorio de EGEDA.

En el caso de autos, el tribunal aplicó falsamente las normas referidas que transcribe, en la medida que desconoció la existencia de una explotación comercial por parte de VTR de las obras audiovisuales que representa EGEDA, y del derecho que le asiste a ésta para hacer efectiva la responsabilidad del infractor, no obstante reconoce como derecho inamovible que la demandada incorpora señales de libre recepción que incluyen obras del repertorio de su representada. En efecto, se trata de un acto de utilización que queda comprendido dentro de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual confiere exclusivamente al titular de la obra, pese a lo cual la demandada no contaba con la autorización debida, por lo que necesariamente se configuró una infracción contra la propiedad intelectual de las obras audiovisuales del repertorio EGEDA y así debieron declararlo los sentenciadores de la instancia.

3.- Vulnera las normas reguladoras de la prueba, en particular el artículo 1700 y 1706 del Código Civil, ambos por falta de aplicación, en relación al artículo 5 letra v) de la Ley de Propiedad Intelectual.

Ello atendido a que no valora conforme a la ley los documentos allegados al proceso en segunda instancia que demuestran que la utilización de las obras del repertorio de EGEDA que realiza VTR a través de sus plataformas y frecuencias, se efectúa por ésta agregando una serie de aplicaciones en tiempo real que no están



disponibles para el usuario, de la señal de libre recepción, lo que da cuenta de una alteración de dichos contenidos.

Luego de reproducir en parte lo consignado en el fundamento 41 del fallo, donde se consigna que la demandada no modifica la señal emitida por los canales de televisión, expresa que ello no es efectivo y, que de haberse valorado por la judicatura de fondo las certificaciones notariales acompañadas en segunda instancia, conforme a la ley habrían debido concluir y fijar como hecho inamovible que VTR produce una alteración. Entonces ya no se trata de una mera retransmisión del programa original, sino de una comunicación por cable nueva, esto es, se trata de un programa creado por el propio organismo de televisión por cable, sobre la base de un programa de un tercero. En otras palabras se efectúa una alteración del contenido retransmitido, que constituye una nueva explotación que queda incluida en la definición de acto de comunicación pública de La Ley de Propiedad Intelectual.

QUINTO: Que para la acertada resolución del recurso, cabe consignar los hechos que tuvo por acreditado la judicatura de fondo, con la prueba aportada al juicio, como se lee en el fundamento trigésimo séptimo del fallo de primer grado que hizo suyo la sentencia de segunda instancia:

“1.- La demandante, representa los derechos audiovisuales de los productores de obras en el catálogo exhibido por DIBAM.

2.- La demandada incorpora entre los canales que ha puesto a disposición de sus suscriptores, los canales nacionales Canal 13, Chilevisión, La Red, Mega y TVN.

3.- En la programación de dichos canales se han incorporado las obras comprendidas en el repertorio de obras audiovisuales que representa la demandante.

4.- La demandada ha contratado directamente con los productores audiovisuales de algunas obras, y canales que transmite, según consta de los contratos custodiados bajo el N° 3459-2015”.

SEXTO: Que los sentenciadores de fondo previo a analizar las probanzas rendidas destinadas a resolver la controversia, en cuanto a la utilización por la demandada de obras comprendidas en el repertorio de EGEDA mediante señales de transmisión, atendido lo afirmado por la actora a fojas 262 en cuanto a que sólo analizaría las obras y señales emitidas por canales abiertos chilenos, circunscribieron la demanda al ámbito de la supuesta retransmisión que efectuaría



VTR de señales de televisión abierta, descartando entonces el análisis de las señales de televisión de pago.

SÉPTIMO: Que los sentenciadores de fondo, luego de valorar la prueba rendida, en especial el informe pericial de fojas 712 y siguientes concluyen que VTR redifunde las señales de transmisión abierta, esto es los canales de libre recepción nacional, en los que a su vez se reincorporan las obras contenidas en el repertorio administrado y gestionado por la demandante, “advirtiéndose que quien realiza el acto de comunicación pública y la utilización de obras audiovisuales que integran el catálogo de EGEDA, no es la demandada, sino el respectivo canal de televisión, quien en su calidad de organismo de radiodifusión, transmite programas al público mediante frecuencias del espectro radioeléctrico que ha licitado. En consecuencia, la actividad de comunicación pública en virtud de la que se devengan los derechos cuyo cobro pretende la actora, es ejecutada por los respectivos canales de televisión y no por la demandada, quien no debe responder por las emisiones de un tercero, correspondiendo a los referidos canales de televisión obtener las autorizaciones respectivas de las obras que pretende exhibir”.

En el mismo fundamento los jueces de fondo establecen que no fue demostrado que la demandada modificase, seleccionase o alterase la señal emitida por los canales de televisión, concluyendo que el mero acto de redifusión no permite su adecuación a los tipos infraccionales previstos en los artículos 18, 19 y 21 de la Ley de Propiedad Intelectual.

OCTAVO: Que habiéndose planteado como tercera causal de casación la vulneración de las normas reguladoras de la prueba, por razones de orden lógico habrá de analizarse ésta en primer término, atendido que mediante ella se pretende modificar los hechos establecidos en el fallo.

NOVENO: Que la parte recurrente indica en su recurso que en especial se han vulnerado los artículos 1700 y 1706 del Código Civil, ambos por falta de aplicación, ello en relación al artículo 5 v) de la Ley de Propiedad Intelectual, en atención a que como ya se consignó en el fundamento cuarto de este fallo la sentencia recurrida no valora en conformidad a la ley los documentos agregados al proceso en segunda instancia, correspondientes a actas de certificación notarial, añadiendo que de haber aplicado las normas vulneradas se habría debido concluir que las aplicaciones que agrega VTR y que pone a disposición de sus abonados implican necesariamente una alteración de contenidos que con llevan una explotación de las obras audiovisuales del repertorio de EGEDA, lo que constituye



un acto de comunicación pública que requiere autorización de su titular o su representante.

DÉCIMO: Que como se aprecia del recurso en éste no se indica, individualizando cada uno de los documentos que fueron acompañados y que a su juicio no fueron debidamente valorados, y tampoco se señala como en cada caso, se habría omitido aplicar las normas que estima infringidas, a fin de explicar de que manera se produjo la vulneración que cree ver el recurrente, razones que conducen necesariamente a su rechazo por esta causal, porque tratándose de un recurso de derecho estricto no corresponde a esta Corte subsidiar dicha omisión.

UNDÉCIMO: Que por otra parte el recurso en realidad impugna la valoración efectuada por los jueces del fondo a los documentos allegados al proceso en segunda instancia, puesto que no es otra cosa la afirmación del fundamento octavo de la sentencia impugnada cuando señala que esa prueba no logra desvirtuar los fundamentos tenidos en consideración por la sentenciadora *a quo* para resolver en la forma en que lo hizo, ni lo reflexionado en el fallo que hoy es materia del recurso que ratifica lo decidido, siendo del caso advertir que no puede haber infracción al artículo 1700 del Código Civil, puesto que éste se refiere al valor probatorio de plena fe de los instrumentos públicos, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los interesados, no constando en ellos declaración alguna de la demandada y, por otra parte el artículo 1706 del mismo cuerpo legal se refiere al instrumento público o privado que hace fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, no dándose en la especie la situación que contempla la norma, por cuanto se trata de instrumentos en que constan los atestados de un tercero y no de las partes del juicio .

DUODÉCIMO: Que como primer grupo de infracción se ha denunciado la aplicación falsa del artículo 5 letra v) en relación al artículo 71 letra n) este último por no aplicación, todos de La Ley sobre Propiedad Intelectual y 11 bis del Convenio de Berna por falta de aplicación, 5 letra ñ) en vinculación al 69 por falsa aplicación, todos de la Ley de Propiedad Intelectual, en relación con los artículos 19 y 20 del Código Civil por falta de aplicación.

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 5 letra ñ) de la ley referida define que se entiende por 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”.

A su vez en la letra l) del mismo artículo se define al órgano de radiodifusión como: “la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público”, y por su parte, en la letra n) se define el término emisión o transmisión como: “la difusión por medio de ondas radioeléctricas, de sonido o de sonidos sincronizados con imágenes”.

Por otro lado, el artículo 11 bis del Convenio de Berna establece derechos de radiodifusión y derechos conexos, entre otros para la radiodifusión y otras comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o, cualquier otro instrumento análogo a la obra radiodifundida.

El artículo 5 letra v) de la Ley de Propiedad Intelectual define la Comunicación pública 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”.

DÉCIMO CUARTO: Que del análisis de las normas, la judicatura de fondo señala que VTR no es un organismo de radiodifusión en los términos que lo indican esas disposiciones y, con el mérito de la prueba rendida en especial el informe pericial rolante a fojas 712 analizando el despliegue que realiza la demandada en relación a las señales abiertas de televisión, el fallo concluye que no existe una nueva emisión de ellas, sino que únicamente una redifusión simultánea a la emisión a sus clientes ya que su gestión consiste materialmente en captar las ondas desde el espacio aéreo para redifundirlas a través de sus redes, con la finalidad de que puedan llegar en forma simultánea y sin alteración alguna a sus clientes, quienes de cualquier forma, al encontrarse situados dentro del área de concesión de las señales abiertas gozan del derecho a recibirlas de forma gratuita.

DÉCIMO QUINTO: Que asimismo con dicha prueba rendida los jueces de fondo concluyen que quien realiza el acto de comunicación pública y la utilización de las obras audiovisuales que integran el catálogo de EGEDA es el respectivo canal de televisión, quién en su calidad de organismo de radiodifusión, transmite



programas al público mediante las frecuencias del espectro radioeléctrico que ha licitado.

DÉCIMO SEXTO: Que las conclusiones a que arriba el fallo coinciden con lo decidido por esta Corte Suprema (sentencia rol 8477-11 de 3 de junio de 2013) a la cual se hace referencia en el fallo materia del recurso: “ que la actividad realizada por los canales de cable no se puede catalogar como retransmisión, pues se trata de una redifusión simultánea, íntegra e inalterable que se hace de la señal de Televisión Nacional...la señal se recoge sin alteración alguna por un medio técnico que es el cable, no se realiza una nueva emisión de la señal, puesto que aquella que emite la concesionaria y la que reciben los usuarios es exactamente la misma, que corresponde a la puesta en el aire para el acceso libre y universal de todos los habitantes del territorio nacional”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el profesor Lucas Sierra ha señalado que por radiodifusión 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”, El estatuto jurídico de la redifusión en Chile .Informe en derecho (2008),añadiendo que hay radiodifusión 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.

DÉCIMO OCTAVO: Que estando establecido en el fallo que las señales abiertas redifundidas por VTR, no se dirigen a un público distinto del que originalmente es su destinatario, no es posible concluir que se esté frente a un acto de comunicación pública diferente al realizado por el propio canal, estación televisiva abierta, que es quien lleva a cabo la comunicación pública de las obras que integran el catálogo de la actora, razón por la cual no han podido infringirse las letras ñ) y v) contenidas en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual.

DÉCIMO NOVENO: Que en relación a la falsa aplicación del artículo 69 de la Ley sobre Propiedad Intelectual, que se denuncia en el recurso cabe señalar que no ha podido existir infracción al inciso 1° de esa disposición la cual faculta a los organismos de radiodifusión o televisión(que son aquellos que emiten sus señales a través del espectro radioeléctrico) para autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas, por cuanto como ya ha quedado establecido VTR , quien emite señales por medios alámbricos o hilos, redifunde la señal del organismo de radiodifusión en forma simultánea, inalterada e íntegra por



medio del cable que llega a cada uno de los suscriptores, sin que incorporen en un soporte físico la emisión del organismo de difusión.

Tampoco puede infringirse, el inciso segundo de esa norma que dice relación con el derecho a cobrar retribución a aquellas empresas que retransmitan emisiones de los organismos de radiodifusión al público en locales a los que este tenga libre acceso, por cuanto los operadores de cable no exceden el área de cobertura de la respectiva concesión conferida, y en definitiva el acto de comunicación al público lo realiza el organismo de radiodifusión cuando emite su señal.

A partir del 29 mayo de 2014, con la dictación de la Ley N° 20.750 se introdujo un inciso tercero a dicha norma consistente en el otorgamiento de un derecho, de autorización de la retransmisión consentida de las señales de organismos de radiodifusión para operadores de televisión de pago. Sin embargo esa norma es posterior al inicio del presente juicio (16 de junio de 2013) de manera tal que si bien desde la promulgación de la ley, una radiodifusión no autorizada de una señal podría constituir una infracción a los derechos conexos, tal norma no ha podido ser aplicada para decidir la controversia de autos, sin afectar la irretroactividad de ley, sin que aquella ley modificatoria contemple una norma transitoria que permita aplicarla al caso de autos, sin que el alcance que efectúan los sentenciadores de fondo sobre la materia pueda tener alguna influencia en lo dispositivo del presente fallo .

VIGESIMO: Que en relación a los artículos 71 letra n) de la Ley N° 17.366 y 11 bis del Convenio de Berna, cabe señalar que desde que se ha dado por establecido en el fallo, que la demandada no realiza un acto de retransmisión ni una comunicación pública no ha podido infringirse la primera de las normas citadas por cuanto ella parte de la base que se está frente a la “ejecución pública de una obra”, en los lugares que indica cuyo no es el caso porque no se está en presencia de un acto de esa naturaleza como ha quedado asentado en este fallo, y la segunda toda vez que si bien dicha norma contempla o establece, derechos a los autores de obras literarias por la radiodifusión de sus obras, o la comunicación pública de ellas por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, lo cierto es que en su N°2 indica que corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el número anterior.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que como segundo capítulo de su recurso se ha denunciado una falsa aplicación de los artículos 18, 19 y 21 en relación al 79 letra



a) de la Ley de Propiedad Intelectual, normas que transcribe, las cuales respectivamente establecen los derechos que le asisten a los titulares del derecho de autor, la prohibición de utilizar obras del dominio privado sin contar con la autorización de su autor, y la legitimación de parte de quienes tienen el derecho de autor sobre sus obras para obtener el pago, en los términos que se señalan en dicha ley.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que conforme a los hechos que han sido establecidos en este fallo, no han podido infringirse las normas indicadas por cuanto no se ha acreditado que haya existido una transmisión por parte de la demandada de obras protegidas, lo que incluso al parecer así lo ha entendido la demandada, quien presentó requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo precitado a fin que se declarara inaplicable con el objeto que esta Corte Suprema no pueda fundar su decisión en esta norma, esto es “no podrá señalar que lo que realiza VTR es retransmisión, porque este último no es un organismo de radiodifusión”.

VIGESIMO TERCERO: Que los razonamientos traídos a colación en los considerandos que anteceden resultan suficientes para demostrar, sin lugar a dudas, que la sentencia atacada mediante el recurso formulado por el demandante, dio correcta interpretación y aplicación a las normas legales que resultaban atinentes para dirimir la controversia sobre la que versaba el proceso; por lo que el recurso no puede prosperar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 767, y 768 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y fondo deducidos respectivamente en lo principal y primer otrosí de fojas 1092, por la demandante EGEDA en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha dieciocho de enero de dos mil dieciocho, escrita de fojas 1083 a 1090.

Acordada con el **voto en contra** del **Ministro Sr. Blanco**, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante, en atención a las siguientes razones justificativas:

1°.- Que el debate jurídico de estos autos consiste en determinar si la demandada, a partir de los hechos que se tuvieron por acreditados en la presente causa, realiza una retransmisión de las obras audiovisuales del repertorio de la actora, y de consiguiente, un acto de comunicación pública, al tenor de lo dispuesto en las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual.



2°.- Que el artículo 5 letra ñ) de la ley referida define el concepto de 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”*.

Por su parte letra v) del referido articulado de la Ley de Propiedad Intelectual define la Comunicación pública 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”*.

A juicio del disidente, este concepto de comunicación pública debe entenderse en un sentido amplio, no solo por la expresión *“...por otro...”* que utiliza la letra ñ) del artículo citado, sino que además porque es dicha hermenéutica la que permite concretar el objetivo de la legislación especial de lograr un suficiente nivel de protección en favor de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada cada vez que un tercero utiliza su obra.

3°.- Que tal como se señaló en la motivación quinta de esta sentencia, se tuvo por acreditado que la demandada incorpora entre los canales que ha puesto a disposición de sus suscriptores, los canales nacionales Canal 13, Chilevisión, La Red, Mega y TVN. Es decir, fue un hecho establecido que la empresa VTR capta la señal que emiten los canales desde el espacio radioeléctrico (que es un bien nacional de uso público), tomando los contenidos incluidos en dichas señales y los incorpora en sus frecuencias propias, asignándoles un determinado número y banda por donde es posible sintonizar dichas señales contenidos, trasmitiéndolas a sus usuarios, esto es, aquellos cliente que pagan mensualmente un suma de dinero determinada sobre la base del contrato de suscripción.

Asimismo, se tuvo por acreditado que en la programación de dichos canales se han incorporado las obras comprendidas en el repertorio de obras audiovisuales que representa la demandante y que VTR no cuenta con una autorización ni ha pagado los derechos por el uso de la propiedad intelectual del contenido de la señal de los referidos canales de televisión abierta.

4°.- Que atendido los presupuestos fácticos que se han acreditado, y analizada las normas jurídicas mencionadas, a juicio del divergente, es necesario concluir que la demandada realiza un acto de comunicación pública, en la



modalidad retransmisión, pues capta la señal de los canales de televisión abierta y la pone a disposición de sus suscriptores, bajo una modalidad de frecuencia y tecnología de acceso exclusivo, cobrando por dicho servicio una mensualidad determinada, e incorporando dichas señales dentro de su pack televisivo. Lo anterior, constituye una actividad de explotación económica de la imagen y señal, con fines lucrativos, pues la empresa cable operadora toma la señales de los canales de televisión abierta, en forma gratuita, y los incorpora en una frecuencia televisiva que se vende por paquete a sus abonados, obteniendo réditos económicos y sin contar con la autorización de EGEDA ni pagar los derechos por el uso de la propiedad intelectual que protege a la difusión de dichas obras audiovisuales.

Por lo demás, la empresa demandada ofrece a sus clientes la posibilidad de contratar un servicio de d-box, aparato electrónico que, sujeto a la disponibilidad técnica y operativa en zonas habilitadas, posibilita que los suscriptores puedan volver a ver las veces que deseen el contenido audiovisual que ya fue emitido primitivamente, sistema que en la actualidad se encuentra en pleno funcionamiento y muy extendido en el país.

5°.- Que no es óbice para concluir que la demandada ejecuta actos de retransmisión el hecho de que VTR no sea un organismo de radiodifusión, en los términos referidos en la letra l) del artículo 5 de la Ley N° 17.336, esto es "*la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público*", pues, atendido lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio de Berna en relación con los artículos 5 letra ñ) y 69 del mismo cuerpo legal, los actos de comunicación pública pueden ser realizados por cualquiera organismo o particular que disponga de los medios técnicos para la emisión de una transmisión.

En efecto, el supuesto que consagra la Ley de Propiedad Intelectual, es el de una forma de transmisión que está relacionada con un segundo uso de las señales o programas, los cuales, a través de un dispositivo conductor, son distribuidas de una manera diferente a la de la primera transmisión, que es lo que precisamente realiza la demandada a partir de la actividad descrita en el acápite anterior.

Así, por lo demás, ha sido entendido en el derecho comparado y su jurisprudencia, en la que en diversos juicios sostenidos entre entidades de gestión colectiva de derechos de autor y empresas cable operadoras, por la emisión de señales de televisión abierta, se ha fallado en favor de los primeros, entendiéndose



que estas últimas efectúan actos de comunicación pública, cada vez que retransmiten la referida señal (Sentencia “Egeda con Cabletelco S.A.S.”, de 6 de diciembre de 2017, en autos N° 1-2016-54464, Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor; Sentencia “EGEDA con Cable Plus S.A.”, de 4 de abril de 2012, en autos 184-IP-2011, del Tribunal de la Comunidad Andina de Ecuador, entre otros).

6°.- Que, en atención a lo razonado, habiéndose acreditado que la actividad material que realiza la empresa VTR, reconocida en la sentencia de mérito, corresponde a un acto de comunicación pública, en la modalidad de retransmisión, la que ejecuta sin contar con la autorización de la demandante y sin pagar los respectivos derechos del autor, al no haberse calificado jurídicamente de esa manera por la judicatura del fondo, se incurrió en infracción a lo dispuesto en el artículo 5 letras ñ) y v), en relación con el artículo 18, 19, 21 y 69, todos de la Ley de Propiedad Intelectual, razón por la que, a juicio del suscrito, el recurso de nulidad formal debió acogerse, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo que dé lugar a la demanda intentada.

7°.- Que, por último, el autor de este voto particular estima que no es posible entender que la pretensión de cobro de tarifas e indemnizaciones de la demandante constituya un doble pago, pues, a pesar de que los canales de televisión abierta hayan solucionado los derechos de autor de cada una de las obras que transmiten por sus respectivas señales, lo cierto es que VTR, como empresa que realiza una retransmisión de éstas a partir de una actividad lucrativa, obtiene ganancias al vender dichas señales a sus abonados dentro del pack televisivo que comercializa, máxime si el negocio de las empresas cable operadoras se construye sobre la base de la televisión abierta, por lo que cada vez que se retransmite una obra del repertorio de EGEDA, la demandante tiene el derecho a impetrar el cobro que genera tal actividad, al tenor de los derechos protegidos por los artículos 1, 2, 3 y 69 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Redacción de la ministra señora María Angélica Repetto García y el voto en contra de su autor.

Regístrese y devuélvase, con sus tomos agregados y documentos.

Rol N° 8.177-2018.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Ricardo Blanco H., Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y los abogados integrantes señores Álvaro Quintanilla P., y



Jorge Lagos G. No firma la Ministra señora Repetto y el abogado integrante señor Quintanilla, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica la primera y por estar ausente el segundo. Santiago, seis de abril de dos mil veinte.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a seis de abril de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

