

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 27 de octubre de 2016.

No. 689

### **VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "BERSABEL S.A. Y OTRAS con ESTADO. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA. Acción de nulidad" (Ficha No. 507/2014).

### **RESULTANDO:**

I) Que a fs. 57 compareció José María SAEN VALENTE, en representación de las firmas BERSABEL S.A., VISIÓN SATELITAL S.A., AUDOMAR S.A., DOLFYCOR S.A., REIFORD S.A., SPACE ENERGY TECH S.A. y TRACEL S.A., a demandar la nulidad de la Resolución del Consejo de Derechos de Autor, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, de 7 de agosto de 2013, mediante la cual se dispuso:

*“1) NOTIFÍQUESE a ANDEBU; los operadores de televisión adjudicatarios de los Canales 4, 10 y 12; la Red Uruguaya de Televisión S.A.; y los operadores de televisión para abonados Nuevo Siglo, Multiseñal, Cable Visión, TCC, Montecable, Punta Cable, Equital S.A. y Direct TV; la gestión promovida por SUGAI en estas actuaciones”*

*“2) REQUERIR a las Entidades mencionadas en el numeral anterior, la designación de un Árbitro, en el plazo de 10 (diez días hábiles), a contar del siguiente de la notificación (...)”.*

Planteó como agravios la violación al art. 36 de la Ley No. 9.739 y en subsidio la violación a lo dispuesto por el art. 58 de la Ley No. 9.739.

Respecto al primero, manifestó que el acto impugnado violenta lo dispuesto por el art. 36 de la Ley No. 9.739, norma que establece expresamente la competencia de la justicia ordinaria.

Puntualizó que la Sociedad Uruguaya de Actores e Intérpretes, SUGAI, promovió la constitución de un Tribunal Arbitral para que decida sobre el diferendo que plantea que existe con ANDEBU y los operadores de televisión para abonados Nuevo Siglo, Multiseñal, Cable Visión, TCC, Montecable, Punta Cable, Equital S.A. y Direct TV.

Señaló que según la referida entidad de gestión colectiva, la ley 9.739 de 17 de diciembre de 1937, reconocería en su artículo 36 el derecho de los actores intérpretes, bailarines y demás artistas asimilados a ellos a exigir una retribución por la comunicación pública, incluida la retransmisión y puesta a disposición de las obras y demás grabaciones audiovisuales en las cuales se incorporen sus interpretaciones.

Sostuvo que el citado texto legal es claro en cuanto al mecanismo y procedimiento que deberá transitar el interesado para la reclamación del derecho que invoca: juicio sumario seguido ante autoridad judicial competente.

Adujo que al existir una norma clara, específica y concreta que regula el procedimiento para la reclamación del derecho por parte de artistas e intérpretes audiovisuales, deviene claramente inaplicable la solución del Tribunal Arbitral prevista en el art. 58 de la Ley No. 9.739.

Este artículo regula en forma genérica el procedimiento para la fijación del monto de las tarifas a percibir de parte de los titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos en tanto el artículo 36 establece

una regulación específica del procedimiento que debe transitar el intérprete audiovisual para la reclamación de sus derechos.

Concluyó que el art. 58 es una disposición de carácter general que en virtud del principio de especialidad, declina ante disposiciones especiales en la materia, como lo es el art. 36 del mismo cuerpo normativo.

En relación al segundo agravio adujo que el Tribunal Arbitral previsto por dicho artículo tiene competencia únicamente para fijar “el monto” de las tarifas cuando las partes no hubieran alcanzado un acuerdo sobre las mismas.

Insistió en el argumento que en el caso se encuentra en discusión la propia existencia del derecho pretendido por SUGAI, siendo por tanto el único órgano competente para dilucidar la controversia la justicia ordinaria.

Afirmó que el derecho de remuneración equitativa y única que reclama SUGAI no se encuentra consagrado en nuestro derecho para los intérpretes audiovisuales.

El artículo 39, literal D), de la ley 9.739 sólo la establece para los intérpretes de obras fijadas en fonogramas. Ello no respondió a un capricho u omisión del legislador sino que se debió a que el intérprete audiovisual, a diferencia del fonográfico, percibe una retribución que es convenida con el productor audiovisual cuando es contratado, precisamente para participar de dicha obra. En la discusión parlamentaria en oportunidad de las modificaciones introducidas a la ley 9.739 por la ley 17.616 se suscitó un debate sobre el alcance del derecho de los intérpretes, llegándose a la conclusión que los derechos de los intérpretes audiovisuales debían tener un tratamiento distinto del de los intérpretes fonográficos.

En definitiva, la interpretación que pretende darle SUGAI al artículo 36 de la ley 9.739 no resulta de recibo. No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición que consagre a favor de los intérpretes audiovisuales una remuneración adicional distinta a la que se hubiera previsto cuando fueron contratados para participar de la obra audiovisual, percibiendo en dicho acto el correspondiente precio de parte del productor audiovisual por la cesión de los derechos económicos sobre su interpretación.

Sólo cuando se trata de fonogramas publicados con fines comerciales los artistas intérpretes podrán optar por la remuneración equitativa o por la remuneración por su actuación, no siendo ambas acumulativas. En los demás casos se regirán por lo dispuesto en el artículo 36. De otra forma la misma actuación sería remunerada dos veces. Y por dos veces pagaría el usuario, lo cual no luce habilitado por la ley (Cf. consulta agregada por la actora del Profesor Emérito - Catedrático de Derecho Comercial, Siegbert Rippe a fs. 15 infolios)

Por lo que existiendo controversia sobre la existencia del derecho invocado por SUGAI, la cuestión excede completamente la competencia establecida por el art. 58 de la Ley y deberá dilucidarse en la órbita de la justicia ordinaria

En definitiva, solicitó la nulidad del acto impugnado.

II) Que, conferido el correspondiente traslado, compareció a fs. 83 el representante del Ministerio de Educación y Cultura, contestando la demanda.

Afirmó que el acto impugnado es legítimo por cuanto la norma aplicable al caso es el artículo 58 de la ley 9.739. No se advierte la razón

por la cual se deba entender que los artistas intérpretes audiovisuales deban quedar excluidos de la norma del inciso 4° del art. 59, cuando ésta refiere sin distinciones a los “artistas, intérpretes o ejecutantes”.

La norma regula la radiodifusión (televisación) de las interpretaciones y establece que para el caso de falta de acuerdo entre las partes sobre el monto de las tarifas “cualquiera de ellas podrá pedir al Consejo de Derechos de Autor, la constitución de un Tribunal Arbitral dentro de los veinte días siguientes a su comunicación”.

El vínculo entre el artista y la empresa de radiodifusión puede ser directo o por medio de una sociedad de gestión colectiva. Ante un eventual conflicto sobre la tarifa a abonar por la empresa de radiodifusión, el mismo puede ser sometido por cualquiera de las partes a la decisión de un tribunal arbitral.

Respecto a la argumentación que plantea la actora señalando que prima el artículo 36 por sobre el 58, por su especificidad, debe decirse que el derecho existe conforme al artículo 36 y es clara la competencia del Tribunal Arbitral prevista por el artículo 58 para dirimir controversias sobre fijación de tarifas.

Adujo que no existe infracción al artículo 58 de la ley 9.739. La actora cuestiona el derecho de fondo que ejerce en forma colectiva SUGAI.

Pero omitió el cuestionamiento del acto administrativo que concede a dicha sociedad de gestión ese derecho. En la medida que dicho acto no fue recurrido, quedó firme. Consecuentemente ésta se encuentra habilitada para solicitar la convocatoria de un Tribunal Arbitral para la fijación de tarifas para su uso.

En lo que respecta a las conclusiones a las que se arriba en la consulta formulada por la actora, así como en la consulta parlamentaria a la que también refiere la actora, si bien se trata de una interpretación plausible, poseen un carácter restrictivo respecto de la amplitud con que el artículo 36 de la ley 9.739 consagra el derecho de remuneración de las interpretaciones artísticas. Y nada autoriza a conceder dicho carácter restrictivo a esa norma que ampara con carácter amplio el derecho de los artistas.

La lectura del artículo 36 de la ley 9.739 deja en claro que el derecho de remuneración existe no sólo en el caso de interpretaciones que no hayan sido previamente fijadas sino también para aquellas que puedan haber sido fijadas. El derecho del artista a una remuneración por su interpretación radiodifundida por televisión, cable u otros medios está consagrado en varias legislaciones y su razón de ser radica en que hoy en día la televisión satelital o por cable y especialmente Internet permite un indefinido uso de las obras audiovisuales, facilitando que todos esos medios obtengan un valor por su utilización (fs. 84 a 85 vto. infolios).

En definitiva, solicitó la confirmación del acto impugnado.

III) Que abierto el juicio a prueba (fs. 48), las partes no produjeron prueba alguna.

IV) Que alegó la parte actora (fs. 97-119), no haciéndolo la demandada por lo que fue acusada su correspondiente rebeldía (fs. 121-123).

V) Conferida vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, aconsejó por Dictamen No. 586/2015, la anulación del acto procesado.

VI) Se dispuso el pase a estudio y se citó a las partes para sentencia, la que se acordó en legal y oportuna forma.

**CONSIDERANDO:**

I) Que desde el punto de vista formal, se ha cumplido adecuadamente con los presupuestos respectivos para que pueda ingresarse al análisis de mérito del asunto (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y arts. 4 y 9 Ley 15.869).

II) Se demanda la nulidad de la Resolución del Consejo de Derechos de Autor, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, de 7 de agosto de 2013, mediante la cual se dispuso:

*“1) NOTIFÍQUESE a ANDEBU; los operadores de televisión adjudicatarios de los Canales 4, 10 y 12; la Red Uruguaya de Televisión S.A.; y los operadores de televisión para abonados Nuevo Siglo, Multiseñal, Cable Visión, TCC, Montecable, Punta Cable, Equital S.A. y Direct TV; la gestión promovida por SUGAI en estas actuaciones”*

*“2) REQUERIR a las Entidades mencionadas en el numeral anterior, la designación de un Árbitro, en el plazo de 10 (diez días hábiles), a contar del siguiente de la notificación (...)”*

III) Las alegaciones de las partes constan ampliamente explicitadas en el capítulo de RESULTANDOS al que corresponde remitirse brevitatis causae. Sintéticamente la parte actora afirma que el acto impugnado violenta lo dispuesto por el art. 36 de la Ley 9.739, el que establece la competencia de la justicia ordinaria y en subsidio que infringe el art. 58 citado.

IV) Que en cuanto a la cuestión de fondo sometida a decisión, el Tribunal compartiendo en líneas generales lo dictaminado por

el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se pronunciará por la anulación del acto impugnado.

Resulta del estudio de los antecedentes administrativos agregados que SUGAI gestionó en el año 2011 ante ANDEBU y los cable operadores las negociaciones tendientes a la fijación de las condiciones que, de mutuo acuerdo, permitan hacer efectivo el derecho, a percibir una retribución por la explotación pública de las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por SUGAI, conforme lo dispuesto en los arts. 36 y 58 de la Ley 9.739.

Adujo que esta remuneración legalmente establecida y adquirida se deriva de aquellos actos de difusión o retransmisión de interpretaciones o ejecuciones artísticas, mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien, grabadas o impresas sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual, que de forma habitual y continuada se realiza por parte de las diferentes empresas.

Invocó en su apoyo el art. 58 de la Ley No. 9.739, y dijo que como asociación representativa de los artistas SUGAI es la única legitimada para negociar los aranceles, tarifas o las condiciones económicas por la retransmisión (AA fs. 293-331, Pieza II).

Estas gestiones que se desarrollaron durante el año 2012, no prosperaron y es así que se presenta SUGAI ante el Ministerio de Educación y Cultura el 30 de abril de 2013 y solicitó al Consejo de Derechos de Autor la constitución del Tribunal Arbitral conforme lo previsto en el art. 58 de la Ley No. 9.739 (AA fs. 253, pieza I).

Invocó en su apoyo la norma contenida en el art. 58 de la Ley No. 9.739 en la redacción dada por el art. 20 de la Ley 17.616 y señaló

textualmente: *“Viene a solicitar la constitución de un Tribunal Arbitral a efectos de dirimir la controversia planteada entre SUGAI y ANDEBU en representación de las empresas de televisión abierta y los Operadores de Cable, respecto al monto de las tarifas a abonar en concepto de derechos de remuneración de los actores e intérpretes o cualesquiera artistas asimilados a ellos y que fueran oportunamente comunicados”*.

Y concluyó peticionando: *“Solicitamos al Consejo de Derechos de Autor la constitución del Tribunal Arbitral conforme lo previsto en el art. 58 de la Ley No. 9.739”*

A fs. 255 el Asesor del Ministerio de Educación y Cultura, se dirige al Consejo de Derechos de Autor y señala que SUGAI debería acreditar las gestiones escritas hechas ante su contraparte, por las tarifas cuyo cobro pretende. Y se le confiere vista a SUGAI.

El 2 de julio de 2013, SUGAI evacua la vista (AA fs. fs. 284-290).

Finalmente, se dicta el acto impugnado en autos.

V) En lo inicial, y aun cuando no fue objeto de controversia entre las partes, el Tribunal entiende necesario precisar que no obstante tratarse el acto encausado de una suerte de intimación o requerimiento, al llevar implícita una toma de posición del organismo sobre el tema de fondo, es procesable ante esta jurisdicción, en tanto esa conducta conforma un status jurídico pasible de lesionar derechos o intereses calificados.

En efecto, la notificación a ANDEBU; los operadores de TV abierta y cable operadores del país de la gestión promovida por SUGAI y el requerimiento a las entidades mencionadas a la designación de un Árbitro en el plazo de 10 días hábiles a efectos de dirimir las diferencias entre las

partes respecto a la retribución a percibir por los intérpretes de los medios audiovisuales; puede ser susceptible de ubicar a los demandantes en una situación jurídica lesiva a sus derechos e intereses (Cfme. Sentencias Nos. 35/1996, 633/2000, 648/2007, 93/2009, 155/2012 y 571/2013, entre otras).

VI) En cuanto a la cuestión de fondo sometida a decisión, a juicio de este Tribunal, la causal de nulidad invocada respecto a la violación a las disposiciones contenidas en el art. 36 de la Ley No. 9.739, es de recibo.

La disposición en cuestión estatuye: *“el intérprete de una obra literaria o musical tiene el derecho a exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por autoridad judicial competente”*.

La norma es clara en relación a cuál es el procedimiento que deberá transitarse para reclamar el derecho que invocan los artistas e intérpretes.

En el caso y conforme se releva de los antecedentes administrativos, SUGAI desarrolló gestiones extrajudiciales reclamando a los cable-operadores y a ANDEBU, el derecho a percibir una retribución. Estas gestiones que resultaron infructuosas, determinó que se presentara ante el Ministerio de Educación y Cultura y solicitara la constitución del Tribunal Arbitral que devino en el dictado del acto impugnado en autos.

Si bien SUGAI cuando solicitó su reconocimiento como entidad de gestión ante el Consejo de Derecho de Autor, invocó el art. 36 de la Ley no. 9.739, al momento de plantear la petición, lo hizo en el art. 58.

El art. 58 de la Ley No. 9.739 regula el procedimiento para la fijación del monto de las tarifas a percibir de parte de los titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos en general por la utilización de las obras. Esta norma prevé que se dirima por la vía arbitral un diferendo en relación a una tarifa preexistente que presupone la existencia de un vínculo contractual.

La norma que regula expresamente el procedimiento para la reclamación del derecho de los artistas e intérpretes está contenida en el art. 36. Se está discutiendo entre SUGAI y las diferentes empresas, si ésta tiene derecho al cobro reclamado y no cuánto sería la retribución.

Frente a un texto claro y específico, no puede darse primacía a una norma que regula en forma genérica el procedimiento para la fijación del monto de las tarifas a percibir.

El acto impugnado configura una clara violación a la regla de Derecho, contrariando las disposiciones contenidas en el art. 36 de la Ley No. 9.739 norma que consagra de manera expresa y específica el mecanismo que se deberá transitar para reclamar el derecho por la retrasmisión o difusión de sus interpretaciones en la justicia ordinaria.

Señala CAJARVILLE: *“Se configura violación a una regla de derecho cuando cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”*(CAJARVILLE, Juan Pablo, “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, pág. 80).

El Tribunal Arbitral sería competente para resolver acerca del “monto” de la tarifa a abonar, y ese debería ser el objeto del arbitraje. Y en

esta instancia, se estaría en una instancia anterior, si corresponde o no el pago del arancel reclamado por SUGAI y esto debería reclamarse ante la Justicia Ordinaria conforme el art. 36 de la Ley No. 9.739.

Son normas de igual jerarquía, es decir, no hay conflicto jerárquico.

Son dos disposiciones de igual rango que tienen un contenido contradictorio. Por lo tanto, se debería aplicar la norma que regula específicamente la situación a la que se pretende dar solución.

Y en el caso, lo que está en discusión es la legitimidad del derecho invocado por SUGAI y no el monto de las tarifas ya que no hubo una tarifa, tan solo SUGAI agregó en vía administrativa un “Informe sobre aranceles correspondientes a la retribución de los intérpretes representados por SUGAI” de agosto de 2012, suscrito por su Presidente y Secretario General.

En definitiva, la Administración al dictar el acto impugnado y requerir la designación de un Árbitro conforme las previsiones contenidas en el art. 58 de la Ley No. 9.393, infringió la norma contenida en el art. 36 ejusdem, que establece que el diferendo se plantee ante la Justicia Ordinaria con un pronunciamiento específico.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal

**FALLA:**

*Ampárase la demanda y, en su mérito, anúlase el acto administrativo impugnado. Sin especial condena procesal.*

*A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).*

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.*

Dr. Echeveste, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Tobía, Dra. Castro, Dr. Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).