

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 8 de mayo de 2018.

No. 128

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados “GRUPO OZ S.R.L. Y OTRA con PODER EJECUTIVO”. Acción de Nulidad” (Ficha No. 363/2014).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 28/05/2014, a fs. 100, compareció la parte actora, integrada por GRUPO OZ S.R.L. y BLA S.R.L., entablado demanda de nulidad contra la Resolución N° 659/2013 dictada por el Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Industria, Energía y Minería con fecha 23 de octubre de 2013, por la cual se resolvió autorizar a las firmas CONSORCIO GIRO, SAOMIL S.A., MONTE CARLO T.V. S.A., SOCIEDAD TELEVISORA LARRAÑAGA S.A. y SOCIEDAD ANÓNIMA EMISORA DE TELEVISIÓN Y ANEXOS S.A a prestar el servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre en el área metropolitana definida en el numeral 2) del Pliego (numerales 1°, 3°, 5°, 7° y 9° del acto impugnado); y conceder a cada una de dichas firmas el derecho de uso de un canal radioeléctrico de 6 MHz de ancho de banda, asignando a tal fin, en carácter exclusivo, los canales identificados como 38, 39, 29, 28 y 31 respectivamente, en el área metropolitana ampliada, a los solos efectos de la prestación del servicio autorizado, por el plazo de quince años (numerales 2°, 4°, 6°, 8° y 10° del acto encausado).

Corresponde precisar que al tenor de los agravios deducidos por la

parte actora, el objeto de la impugnación se limita a la autorización para prestar servicio concedida a CONSORCIO GIRO.

Indicaron los comparecientes que se presentaron al llamado para obtener autorización destinada a la prestación de servicios de radiodifusión de TV digital comercial con estación trasmisora principal en el departamento de Montevideo (convocado y regulado por Decretos Nos. 153/012, 437/012, 28/013 y 144/013), como un consorcio en formación denominado “Consortio POP TV”.

Señalaron que, durante el procedimiento, se verificó la vulneración de diversas normas y garantías, lo cual inficiona de nulidad al acto encausado.

Afirmaron que la Administración violó el principio constitucional de igualdad, violentando de manera manifiesta las normas del llamado a efectos de favorecer a uno de los interesados. Asimismo, el Poder Ejecutivo actuó con desviación de poder, y a efectos de lograr sus fines espurios es que violentó numerosos principios y normas jurídicas. Consorcio Giro “en formación” (en adelante “Consortio Giro” o “Giro”) ha incumplido de manera constante y flagrante los Pliegos del llamado y la Administración le ha otorgado ventajas ilegales a este interesado, produciendo diferencias en asuntos sustanciales entre los oferentes. Asimismo, el puntaje otorgado por la Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI), se encuentra viciado por dos motivos: a) varios de sus integrantes tenían intereses directos en la adjudicación a Consorcio Giro, existiendo un probado conflicto de intereses; b) la CHAI aceptó la presentación extemporánea de información puntuable a Consorcio Giro, ocasionando diferencias sustanciales entre los oferentes, al permitirle presentar tal información

conociendo el resto de las ofertas. A su vez, Consorcio Giro presentó una fianza inhábil ante el silencio de la Administración, que tuvo la claridad de expresar a todos los interesados cuáles eran las características que debían tener los avales o fianzas, pero mantuvo un grosero silencio ante el incumplimiento de Giro.

Analizaron puntualmente cada uno de sus agravios, expresando en primer lugar que se verificó en el caso la violación al principio de igualdad de los oferentes, por cuanto, por un lado, el interesado Consorcio GIRO incurrió en una serie de incumplimientos de aspectos formales absolutamente generalizados, y por otro, se permitió a dicho oferente modificar su oferta de manera sustancial al presentar información no contenida en su propuesta original. De este modo, Consorcio GIRO obtuvo ventajas sustanciales frente a los demás oferentes, provocando una profunda y clara violación al principio de igualdad de los oferentes.

Indicaron que, en el acto de apertura, la Administración no corroboró el contenido de las propuestas, limitándose a verificar el número de fojas, apartándose de las prácticas existentes en todo proceso competitivo, obviándose así un principio de transparencia elemental, en el cual todos los oferentes pueden realizar el contralor del resto de los oferentes en el acto de apertura. En la especie, la Administración negó dicha posibilidad, y solo varias semanas después dio vista de una copia en CD de lo supuestamente presentado en la Parte 1, pese a que la propia Administración confirma que lo presentado en CD difiere de la presentación física en el caso de Consorcio Giro. O sea, al momento de la apertura, la Administración impidió el control de las ofertas presentadas por parte de los interesados. Si el procedimiento se hubiera realizado en forma, hubiera quedado de

manifiesto en el momento de la apertura que uno de los oferentes no había presentado un enorme cúmulo de requisitos solicitados por los Pliegos.

Refirieron a continuación a los incumplimientos de Consorcio GIRO respecto a las exigencias del Pliego del llamado, indicando que tales incumplimientos no fueron aislados, como para entender que resultaron meras formalidades. La acumulación de incumplimientos produce, naturalmente, una sola consecuencia: la descalificación del proceso por no cumplir con lo establecido en los Pliegos. Si bien es claro que debe analizarse la situación a la luz del principio de flexibilidad e informalismo, en el caso el cúmulo de incumplimientos no puede ser aceptado por la Administración, ya que demuestra la incapacidad manifiesta del interesado para preparar una oferta, y la contundente violación del principio de igualdad. Todos los incumplimientos se encuentran debidamente comprobados por la URSEC en su Resolución N° 092/2013 y en el acta de la Comisión de Apertura de la URSEC.

Detallaron pormenorizadamente cada uno de dichos incumplimientos, concluyendo al respecto que se trata de un cúmulo de irregularidades que en su conjunto provocan el incumplimiento flagrante de los Pliegos. Permitir que un oferente continúe en un procedimiento competitivo y aún sea adjudicatario cuando ha incumplido de manera manifiesta con casi todas las formalidades, constituye sin dudas una clara violación al principio de igualdad de los oferentes, más aún cuando el resto de los proponentes cumplieron con los pliegos a cabalidad.

Señalaron que llama la atención cómo la Administración se fundamentó en el numeral 13) del Pliego para permitir la presentación tardía de diversos documentos e información no presentada

originariamente. Los Pliegos son claros e inequívocos respecto a que la URSEC y la CHAI pueden pedir aclaraciones sobre información o documentos presentados, pero en este caso toda la documentación e información solicitada refirió a elementos no presentados.

Sostuvieron que la Garantía de Mantenimiento de Interés presentada por Consorcio GIRO fue extemporánea e inhábil. Por un lado, Consorcio GIRO no cumplió con la acreditación de la Garantía de Mantenimiento de Interés en tiempo y forma, apartándose de los requisitos solicitados en los Pliegos; el acto de presentación de las ofertas se produjo el 15 de julio de 2013 y esta irregularidad fue detectada y notificada por la URSEC a Consorcio GIRO el 8 de agosto de 2013, según surge de la Resolución N° 092/2013 de la URSEC; el 15 de agosto de 2013, o sea 30 días más tarde, Consorcio GIRO presentó una garantía adicional. Por otro lado, la garantía presentada extemporáneamente es inhábil, ya que no cumple con los puntos d) y e) del Anexo III del Pliego, que establecen dos características que deben poseer los avales que se presenten para constituir la Garantía de Mantenimiento de Interés: i) que el importe garantizado será entregado a URSEC sin necesidad de ningún trámite judicial, y ii) que se emite el documento en carácter de fiador liso y llano pagador con renuncia a los beneficios de división y excusión; los dos documentos de garantía emitidos por el BSE y presentados por Consorcio GIRO no cumplen con las características dispuestas en los Pliegos; la URSEC, de manera absolutamente irregular, permitió la presentación de una fianza que incumple de manera flagrante con el Anexo III de los Pliegos.

Agregaron al respecto que la propia URSEC había comunicado mediante consulta escrita y personalmente en diversas oportunidades que la

fianza emitida por el BSE no era suficiente, motivo por el cual todos los interesados presentaron avales o fianzas de instituciones privadas; sin embargo, a Consorcio Giro se le aceptó la fianza del BSE, lo que supone una flagrante violación al principio de igualdad de los oferentes.

Por otro lado, anotaron la existencia de un conflicto de intereses respecto a los integrantes de la Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI). Los representantes de la Universidad de la República y de las Universidades Privadas tenían intereses directos en que Consorcio GIRO resultase adjudicatario. Uno de los integrantes de la CHAI es Gabriel KAPLÚN, quien intervino en representación de la Universidad de la República. KAPLÚN es Director de la Licenciatura en Ciencias de la Comunicación de la UDELAR y por ello tenía interés directo en que la propuesta de Consorcio GIRO fuese adjudicada. Así es que el 27 de setiembre de 2012 suscribe la Resolución N° 524/2012 de la Comisión Directiva de la Licenciatura de la Comunicación, en la cual plasma su interés directo e involucramiento con la propuesta de Consorcio GIRO. El proyecto de Consorcio GIRO establecía que una de las señales adjudicadas será utilizada como señal experimental para los estudiantes universitarios de Ciencias de la Comunicación. La institución que representa KAPLÚN sería una de las grandes beneficiadas en caso de resultar adjudicataria Consorcio Giro, al igual que las universidades privadas. Ante esta circunstancia, los representantes de las Universidades no debieron participar en la evaluación de ninguno de los proyectos, pues uno de ellos incluía y beneficiaba directamente a las instituciones que representaban. Este hecho impidió realizar una evaluación objetiva de las propuestas. Los

representantes debieron excusarse y quedar al margen del procedimiento, por el conflicto de intereses que les afectaba.

Refirieron luego a la presentación y posterior modificación de información puntuable extemporáneamente. La CHAI debía puntuar las diferentes propuestas según la información solicitada en los pliegos. Consorcio GIRO no presentó toda la información requerida por los pliegos, de manera que era imposible para la CHAI realizar la puntuación. Acto seguido, la CHAI habilitó la presentación tardía de información puntuable. De esta manera, Consorcio GIRO presenta la información, conociendo de antemano las ofertas de los demás interesados. Además, la CHAI también permitió a Consorcio GIRO modificar información puntuable. Como consecuencia de esta ventaja sustancial, Consorcio GIRO obtuvo el máximo puntaje en los tres rubros que presentó información con conocimiento del resto de las ofertas: Programación Innovadora Nacional, Accesibilidad y Pauta Publicitaria.

Analizaron concretamente las deficiencias que tenía la propuesta original de Consorcio GIRO en cada uno de esos rubros, y la irregularidad consistente en que la CHAI haya aceptado la presentación extemporánea de información sobre tales puntos, teniendo además pleno conocimiento del resto de las propuestas, lo que les permitió obtener gran diferencia de puntaje en estos rubros, lo que en definitiva fue determinante en el resultado del llamado. A su vez, la información presentada en forma tardía respecto del rubro Accesibilidad contiene contradicciones respecto de la presentada originalmente.

Por otro lado, dijeron que la propuesta de Empleos Directos presentada por Consorcio GIRO es manifiestamente ilegal, pues supera

ampliamente el máximo legal que se les permite a las cooperativas (art. 100 de la Ley 18.407). Por ende, la oferente no podrá proporcionar los empleos directos que manifiesta, ya que si los socios cooperativistas son 49, podrán crear unos 10 empleos directos, y no 246 como plantean en su propuesta.

Afirmaron que, conforme lo señalado, la CHAI permitió por acción y omisión ventajas sustanciales para el oferente Consorcio GIRO, violándose así el principio de igualdad de los oferentes de manera grave.

Expresaron que las irregularidades ocurridas en la sustanciación del expediente, tanto en la URSEC como las ocurridas de manera contumaz por la CHAI, deberán ser objeto de análisis minucioso por parte de las autoridades, ya que tal cúmulo de irregularidades, acciones y omisiones, pueden estar directamente vinculadas con el segundo elemento que vicia el acto administrativo recurrido, la desviación de poder.

A este respecto, señalaron que el cúmulo de irregularidades, acciones y omisiones previamente referidas en favor de un oferente, solo puede tener una única motivación: Consorcio GIRO debía obtener el permiso, sin tener en cuenta el proceso, la legalidad o los pliegos dictados por la propia Administración. Existió una decisión motivada por cuestiones ajenas al proceso, que condicionaron a actuar de manera ilegítima a la Administración.

Apuntaron que el fuerte indicio de desviación de poder se vio en una serie de extremos, que pasaron a detallar.

En primer término, denunciaron la irregular intervención de funcionarios públicos. Los Representantes de Consorcio POP TV (Pablo ARRIOLA y Julio WOLMAN) fueron citados desde Presidencia de la República a efectos de mantener una reunión con los jefes Gabriel

FRUGONI (Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto) y Pedro BUONOMO (Asesor del Presidente de la República). La motivación de estos jerarcas fue manifestarles a los representantes de POP TV que estaban buscando una salida para que Consorcio GIRO tuviera al menos una señal, y en ese sentido propusieron que el canal fuese compartido; en definitiva, solicitaron a Consorcio POP TV que iniciase conversaciones con Consorcio GIRO y que, una vez resueltas, las empresas propusieran al Poder Ejecutivo la modalidad de funcionamiento. O sea, se le instó a la actora a llegar a un arreglo con Consorcio GIRO y luego comunicar éste al Poder Ejecutivo. Asimismo, se les comunicó que Consorcio GIRO de antemano conocía la situación y que habían adelantado su aceptación, y que el Presidente de la República tenía pleno conocimiento de la situación.

En segundo lugar, refirieron las manifestaciones y afirmaciones de jerarcas públicos. De manera diversa, diferentes jerarcas de gobierno y figuras políticas confirman la existencia de un procedimiento irregular así como manifestaciones espurias del acto administrativo. La Administración eligió a Consorcio GIRO por elementos ajenos al proceso y a la norma debida, de espaldas a los principios de transparencia y de interés general, motivada por una compleja relación política, ideológica y de poder de diversos actores políticos y de gobierno.

En tercer lugar, añadieron que otro elemento que demostró la desviación de poder fueron los livianos e inverosímiles argumentos que utilizó la Administración para modificar la decisión inicial de conceder las frecuencias a Consorcio POP TV, otorgándole la adjudicación a Consorcio GIRO en base a elementos que resultan erróneos e irrelevantes. Así, el punto X) de la Resolución N° 659/013 expresa que *“un elemento que*

confirma la capacidad financiera de Consorcio Giro (en formación) es el relativo a la capitalización mediante aporte de los socios cooperativistas, cuya suma de patrimonios asciende a \$ 22.000.000". Este argumento no resiste el más mínimo análisis, puesto que el patrimonio de los cooperativistas no es un hecho nuevo, sino que consta en el expediente desde un primer momento, la propia Administración ya había descartado este hecho y no lo había tomado en cuenta, por lo que no es un elemento nuevo que pudiera modificar el criterio de la Administración. Además, hay un error de cálculo, los Estados de Situación Patrimonial, pues a los 22 millones de activos de los socios debe restársele el pasivo, con lo que el patrimonio disminuye a 18 millones.

Agregaron que la Administración entiende este elemento como fundamental porque existe la posibilidad de capitalización hasta 22 millones de pesos, monto que no es tal. Dicha interpretación es temeraria, falaz y un fuerte indicio de la desviación de poder existente en el acto administrativo, por dos motivos: a) los cooperativistas no se obligan jurídicamente a realizar capitalización alguna; y b) los patrimonios son esencialmente bienes inmuebles o vehículos, y no depósitos de libre disponibilidad.

Por último, apuntaron que la Administración también funda su cambio de opinión en la posibilidad de emitir participaciones subordinadas (punto XI de la resolución). Este elemento es tan teórico y abstracto como argumentar que es posible solicitar un préstamo o recibir una inversión. Que exista la posibilidad jurídica de emitir participaciones subordinadas no significa nada por sí mismo.

En definitiva, solicitó la anulación del acto impugnado.

II) Que con fecha 15/8/2014, a fs. 133, compareció la representante de la Administración, contestando la demanda incoada.

Luego de relatar los antecedentes del acto atacado, expresó que la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) intervino de conformidad con lo dispuesto en el apartado VIII “De la evaluación por URSEC”, numeral 19 del Pliego de Bases y Condiciones Generales. Por su parte, la Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI) creada por el art. 18 del Decreto N° 374/008 informó conforme a lo dispuesto en el apartado IX “De la evaluación por la CHAI”, numeral 20 del Pliego. Se desprende claramente de las disposiciones del Pliego que si bien era preceptiva la intervención de dichos órganos, su pronunciamiento no tiene carácter vinculante, por lo que no puede sostenerse el agravio de la actora relativo al apartamiento del Poder Ejecutivo, al momento de dictar un acto resolutivo, respecto de lo oportunamente dictado por la URSEC y la CHAI.

Destacó que el Grupo de Trabajo creado en el ámbito de la URSEC para proceder al análisis de las propuestas evaluó la oferta de Consorcio GIRO en los términos que desarrolló a continuación. En el informe, se formuló la siguiente aclaración: *“Finalmente es pertinente señalar que fue necesario recabar aclaraciones a diversos proponentes (Federico FASANO MERTENS, MONTE CARLO TV S.A., SARMELECO S.A., SOCIEDAD TELEVISORA LARRAÑAGA S.A., SAETA Y CONSORCIO GIRO), en el marco de lo establecido en el numeral 13) del Pliego. En los expedientes respectivos se han incorporado tanto los requerimientos como las respuestas recibidas.”* El apartado V del Pliego “Contenido de las propuestas”, en su numeral 13 establece: *“Para el caso que URSEC o CHAI requieran aclaraciones sobre determinada*

información/documentación presentada, el proponente dispone, para cursar respuesta, de un plazo prorrogable de 5 (cinco) días hábiles a contar desde el siguiente al de la respectiva notificación, bajo apercibimiento de disponerse el rechazo de la solicitud (...)". De ello puede concluirse que, de la evaluación realizada por la URSEC respecto de la propuesta de Consorcio GIRO, no surgen omisiones o faltantes de significación, resultando errónea la alusión del actor al "cúmulo de incumplimientos", y que las aclaraciones solicitadas lo fueron al amparo de los términos del Pliego, que el impugnante dice conocer, y tales aclaraciones le fueron solicitadas no solo a Consorcio GIRO, sino también a otros oferentes.

Manifestó que la CHAI evaluó los proyectos comunicacionales de conformidad con lo establecido en la disposición del Pliego precedentemente transcrita. De su análisis resultó el siguiente orden de mayor a menor puntaje: Consorcio GIRO (en formación), SAOMIL S.A., CONSORCIO POP TV (en formación), Sr. Federico FASANO MERTENS, COMPAÑÍA URUGUAYA DE PUBLICIDAD S.A., SARMELCO S.A. (canal exclusivo) y SARMELCO S.A. (canal compartido). La parte actora soslaya los resultados de la evaluación, atribuyendo a la Administración intereses espurios, pretendiendo hacer creer a la Sede que la prestación del servicio le fue autorizada a una propuesta precaria, insuficiente o de mala calidad, cuando en realidad era la mejor calificada en lo que a proyecto comunicacional respecta. En efecto, respecto de las fortalezas de Consorcio GIRO, la Comisión expresó: que la grilla de la señal principal es variada, con propuesta innovadora y diversa; que hay alta inversión en programación; que hay alta relación costo por

hora de programación nacional y por hora de programación innovadora; que hay alta previsión de capital trabajo; y que hay expectativa de llegar al punto de equilibrio operativo en el quinto año. Por su parte, encontró las siguientes debilidades: que tiene una alta necesidad de capital de trabajo; que su proyecto menciona un conjunto de fuentes de financiación posibles, pero no brinda información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total; que la plantilla de trabajadores es muy elevada; y que si bien la idea de una señal experimental resulta interesante, se entiende que sería más adecuado un espacio dentro de una señal que una señal completa.

Indicó luego que la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual (DINATEL), sobre la propuesta de Consorcio GIRO, realizó las siguientes apreciaciones: *“Es una propuesta innovadora, muy bien presentada, con un equipo de profesionales destacados, gestionada en formato cooperativa, lo que significa algo totalmente nuevo en el sector. (...) Es una propuesta con un modelo de negocio innovador y arriesgado. Propone salirse del esquema tradicional de ingresos únicamente por venta de publicidad, lo que le permite tener una aspiración a una cuota del mercado publicitario relativamente conservadora, pero plantea la incertidumbre sobre el éxito de las demás fuentes de ingreso (...) y por tanto también sobre su sustentabilidad, elemento este asociado a otro aspecto relevante como el financiamiento. Al carecer de capacidad económica propia, como le observa el informe de la URSEC, y descartar el crédito bancario, en tanto no lo incluyen dentro de las posibilidades que manejan, deben recurrir a otras fuentes de financiamiento externo. El financiamiento propuesto parece basarse principalmente en el Fondo para el Desarrollo (FONDES), aunque incluye*

otros instrumentos como la capitalización de las cooperativas por acciones y un fondo internacional de apoyo a medios independientes. Cabe señalar que de acuerdo al decreto 153/012 (...) la capitalización de las cooperativas por acciones no es un mecanismo viable en la etapa inicial. (...) En resumen: es una propuesta innovadora, auto-gestionada en forma de cooperativa, con un plan de negocios innovador y arriesgado, cuya debilidad es la necesidad excluyente de acceso a mecanismos de financiamiento “no tradicionales” sin los cuales no podrán poner al aire la programación”.

En relación a la transparencia del procedimiento, señaló que no es de recibo alegar violación de los principios del debido proceso, debido a que todos los participantes accedieron a los informes producidos y tuvieron la oportunidad de efectuar los descargos que entendieron correspondientes.

Anotó que, ante la vista conferida de los informes previamente reseñados, Consorcio GIRO formuló sus descargos, aclarando que la interpretación de que su proyecto se basaba principalmente en el apoyo del FONDES es errónea. Manifestó allí que su propuesta no excluyó las fuentes de financiamiento tradicionales, reafirmando que las herramientas de financiamiento presentadas oportunamente son válidas y adecuadas para viabilizar el emprendimiento que proponen.

Relató que en el dictamen de la Asesoría Jurídica del MIEM, obrante en el expediente, se entendió que un elemento que confirmaba la capacidad financiera de Consorcio GIRO era el relativo a la capitalización mediante aportes de los socios cooperativos, cuya suma de patrimonios asciende a \$22.000.000, extremo por demás relevante. El respaldo de tal conclusión surge del art. 61 de la Ley 18.407, regulatoria de la constitución,

organización y funcionamiento de las cooperativas y del sector cooperativo, que define a los fondos patrimoniales especiales como *“...aquellos recursos que se integran a través de aportes específicos de los socios, dispuestos por la Asamblea General y que tienen como finalidad el fortalecimiento del patrimonio”*.

Sostuvo que dicho dictamen es claro al distinguir que, si bien a la luz de las disposiciones del Decreto N° 153/012, no es posible modificar la titularidad del servicio dentro de los primeros cinco años de autorizado, lo cual torna a la capitalización de las cooperativas por acciones en un mecanismo inviable en la etapa inicial, no puede desconocerse el propósito de emitir participaciones subordinadas, mecanismo que no vulneraría la disposición referida, en cuanto las participaciones subordinadas no modifican la integración de la cooperativa, tal cual resulta de la Ley 18.407. En tal sentido, resultan inadmisibles las afirmaciones de la actora en cuanto a que un asesor jurídico examinó aspectos que excedían lo jurídico, cuando lo concluido en cuanto a la capacidad financiera del oferente resulta de la interpretación de un artículo de una ley.

Agregó que en ese mismo dictamen se valoró como positivo el documento del Corredor de Bolsa Ángel URRABURU, y se destacó la nota del Gabinete de Inversión español “Interactual Project Lab”, que confirmó el interés que tendría este posible inversor extranjero en “capitalizar parcialmente” al Consorcio a través “de las herramientas financieras mencionadas” por GIRO en su propuesta.

Añadió que otro elemento que fue valorado por la Asesoría Jurídica del MIEM fue el que resulta del numeral décimo cuarto del Proyecto de Consorcio GIRO en cuanto a que los bienes y derechos del Consorcio y los

Entes Consorciados garantizan el pago de las obligaciones que contraiga, así como el numeral décimo quinto que dispone la solidaridad de todos los integrantes del Consorcio y la indivisibilidad de las obligaciones contraídas o a contraerse.

Indicó que el dictamen concluyó que Consorcio GIRO logró aclarar suficientemente las dudas suscitadas en relación a su capacidad económica, por lo que sugirió apartarse de los dictámenes previos y autorizar el servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre, y conceder el uso de los canales radioeléctricos 38 y 39 a los interesados Consorcio GIRO y SAOMIL S.A.

Por último, expresó que en la especie no existió desviación de poder, desde que cada uno de los intervinientes actuó en cumplimiento de sus potestades y en el estricto ámbito de sus competencias, ciñéndose a las disposiciones del Pliego, no al margen de los fines específicos impuestos por el ordenamiento jurídico, sino en el marco de los mismos. Resultan improcedentes las referencias a “manifestaciones y afirmaciones de jerarcas públicos”, incluido el Sr. Presidente de la República, cuando de lo actuado y los fundamentos de la resolución que se cuestiona surgen los elementos fundantes de la decisión adoptada, ninguno ajeno a la legitimidad.

En definitiva, solicitó que se confiara traslado de la demanda a Consorcio GIRO (en formación) y a SAOMIL S.A., y que finalmente se rechace la demanda incoada.

III) Que con fecha 1/10/2014, a fs. 160, compareció Consorcio GIRO en calidad de tercero coadyuvante.

Manifestó que resulta insostenible la alegada desviación de poder, dado que se contradice con la lógica sostener que el Poder Ejecutivo se hubiese internado en un complejo e innecesario procedimiento para finalizar adjudicando la licitación a su arbitrio. El Poder Ejecutivo podía haber adjudicado en forma directa, y nadie hubiera podido impugnar su decisión como contraria a Derecho.

Señaló que ninguna norma le imponía al Poder Ejecutivo en ejercicio de sus potestades, transitar el camino de la licitación. Pero éste se embarcó en este procedimiento licitatorio, que lleva tiempo y dinero, para lograr llevar a cabo un proceso de adjudicación con transparencia, evaluación objetiva de propuestas y garantías para los interesados; esto, a su vez, requirió flexibilidad para que todas las partes ajustaran sobre la marcha su actuación a partir de las bases establecidas.

Puntualizó que no es correcto lo que dice la actora, respecto a que Consorcio GIRO haya presentado modificaciones de su propuesta en rubros puntuables por la CHAI en forma extemporánea y cuando ya conocía la propuesta de los demás interesados. Lo que ocurrió es que la CHAI solicitó aclaraciones a Consorcio GIRO y a varios otros interesados. Estas aclaraciones requeridas, excedían los requisitos iniciales de bases del llamado y se realizaron debido a que Consorcio GIRO incluyó elementos ausentes en otras.

Dijo que la aclaración de Consorcio GIRO respecto a la accesibilidad no contradice la propuesta inicial.

En cuanto a la evaluación económico financiera, sostuvo que la cuestión es que, por tratarse de un consorcio de cooperativas, el modo previsto de dar viabilidad a la propuesta resulta necesariamente diferente

que el de una empresa basada en el capital de sus propietarios. Lo que importó en este caso fue la capacidad para atraer la inversión, y eso depende de tres factores que el proyecto de Consorcio GIRO cumple: la calidad de la propuesta comunicacional, la prudencia de las previsiones contenidas en los negocios, y que el negocio presentado ofrece una rentabilidad atractiva.

Agregó que no es pertinente que la actora, de manera antojadiza, acompañase a su escrito de proposición un anexo en el cual expresa su propia estimación de los puntajes que la CHAI debería haber concedido al proyecto, así como una cantidad de publicaciones de prensa que recogen opiniones de figuras públicas y de fuentes no identificadas, y con opiniones que corren por cuenta de redactores anónimos.

Por último, recalcó que Consorcio GIRO cumplió con todos los requisitos y exigencias del llamado, y el Poder Ejecutivo con todos y cada uno de los requisitos legales que delimitan su actuación.

Concluyó que no existió desviación de poder alguna, ni violación al principio de igualdad, en tanto todos los oferentes participaron en igualdad de condiciones y en la más estricta libertad de competencia en el llamado, resultando adjudicatarios quienes mejor cumplían con los requisitos y finalidades del llamado.

En suma, solicitó el rechazo de la demanda incoada.

IV) Que con fecha 17/10/2014, a fs. 185, compareció como tercero coadyuvante del Poder Ejecutivo, la firma SAOMIL S.A..

Manifestó que la autorización y concesión del uso del canal a SAOMIL se encuentra firme, en tanto no existió agravio sobre dicha resolución por parte de la actora.

Señaló que el TCA puede anular parcialmente el acto impugnado en tanto su objeto es plenamente divisible o fraccionable, desde que está integrado por un cúmulo de autorizaciones de uso y concesiones de diversos canales radioeléctricos a favor de los distintos oferentes.

Dijo que es evidente, por tanto, que ante la eventualidad de que el TCA entendiera de recibo los agravios expresados por la accionante, su resolución deberá ser parcialmente anulatoria, únicamente respecto de la concesión a favor de Consorcio GIRO.

V) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 289.

VI) La actora no presentó su alegato, siendo correctamente acusada de rebeldía a fs. 303. La demandada alegó de bien probado a fs. 312 y la tercerista CONSORCIO GIRO lo hizo a fs. 315 y ss., mientras que la tercerista SAOMIL S.A. no formuló su alegato, siendo correctamente acusada de rebeldía a fs. 336.

VII) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien produjo el Dictamen N° 310/2017, a fs. 339, aconsejando amparar la demanda de autos y anular consiguientemente el acto procesado.

VIII) Se llamó para sentencia y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron su dictado en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de nulidad.

II) En obrados, se demandó la nulidad de la Resolución N° 659/2013 dictada por el Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Industria, Energía y Minería con fecha 23 de octubre de 2013, por la cual se resolvió autorizar a las firmas CONSORCIO GIRO, SAOMIL S.A., MONTE CARLO TV. S.A., SOCIEDAD TELEVISORA LARRAÑAGA S.A. y SOCIEDAD ANÓNIMA EMISORA DE TELEVISIÓN Y ANEXOS S.A a prestar el servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre en el área metropolitana definida en el numeral 2) del Pliego (numerales 1°, 3°, 5°, 7° y 9° del acto impugnado); y conceder a cada una de dichas firmas el derecho de uso de un canal radioeléctrico de 6 MHz de ancho de banda, asignando a tal fin, en carácter exclusivo, los canales identificados como 38, 39, 29, 28 y 31 respectivamente, en el área metropolitana ampliada, a los solos efectos de la prestación del servicio autorizado, por el plazo de quince años (numerales 2°, 4°, 6°, 8° y 10° del acto encausado) (fs. 3103 A.A.).

Corresponde precisar que, al tenor de los agravios deducidos por la parte actora, **el objeto de la impugnación se limita a la autorización para prestar el servicio y a la concesión del derecho de uso de un canal radioeléctrico a CONSORCIO GIRO (numerales 1° y 2° del acto impugnado).**

Contra el acto impugnado, notificado a la accionante con fecha 28 de octubre de 2013 (fs. 3119 A.A.), interpuso ésta el correspondiente recurso de revocación el día 6 de noviembre de 2013 (fs. 3535 A.A.).

Se produjo la denegatoria ficta con fecha 7 de abril de 2014, al vencer el plazo de ciento cincuenta días sin resolución expresa del recurso.

Finalmente, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo útil, el día 29 de mayo de 2014 (nota de cargo a fs. 127 de autos).

III) Por Dictamen N° 310/2017, a fs. 339, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó el acogimiento de la demanda incoada.

IV) El Tribunal, en decisión adoptada por unanimidad, compartirá lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo y procederá a acoger el planteo anulatorio impetrado, en mérito a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

V) Antecedentes.

Conforme surge de los antecedentes administrativos agregados al proceso, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) convocó a un llamado a interesados para obtener autorización destinada a brindar el Servicio de Radiodifusión de Televisión digital comercial con estación principal ubicada en el departamento de Montevideo, para lo cual redactó el Pliego de Bases y Condiciones que obra de fs. 2 a 19 A.A., el que fuera aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo N° 437/012. La fecha límite de presentación de ofertas era el 25 de febrero de 2013, pero luego ello fue postergado por sucesivos decretos hasta el 15 de julio de 2013 (Decretos Nos. 28/013, 144/013 y 192/013).

Corresponde anotar que en el numeral 24 del Pliego se dispuso la reserva de canales radioeléctricos para ser asignados en forma exclusiva a los actuales prestadores del servicio de radiodifusión de televisión comercial en Montevideo: MONTE CARLO T.V. S.A. (canal 29),

SOCIEDAD TELEVISORA LARRAÑAGA S.A. (canal 28) y SOCIEDAD ANÓNIMA EMISORA DE TELEVISIÓN Y ANEXOS S.A. (canal 31).

Emerge de los antecedentes que, a fin de obtener la asignación de los canales radioeléctricos 38 y 39, presentaron propuestas los siguientes interesados: Sr. Federico FASANO MERTENS, (canal de uso compartido), COMPAÑÍA URUGAYA DE PUBLICIDAD S.A. (canal de uso exclusivo), la aquí actora CONSORCIO POP TV en formación (canal de uso exclusivo), SAOMIL S.A. (canal de uso exclusivo), SARMELO S.A. (canal de uso compartido y canal de uso exclusivo), y CONSORCIO GIRO en formación (canal de uso exclusivo). También se presentaron los actuales prestadores del servicio de radiodifusión de televisión comercial en Montevideo, ya nombrados, para los cuales se habían reservado los canales radioeléctricos 28, 29 y 31.

La presentación de Consorcio GIRO, que es la concretamente impugnada en obrados, consta en las piezas VIII a XI de los A.A. (fs. 2361 a 3011 A.A.).

Luego de la apertura de las ofertas, la URSEC emitió su dictamen el 23 de agosto de 2013.

En dicha oportunidad, con respecto a Consorcio GIRO y en relación con la garantía de mantenimiento de interés estableció que: *“presenta póliza del Banco de Seguros del Estado a fin de constituir la Garantía de Mantenimiento de Interés (fojas 7 y 8). La misma se extendió en un documento de mantenimiento de oferta a favor de Consorcio Giro -en formación y por la suma asegurada de 3.500,00 UR, “...vigente hasta tanto se produzca la adjudicación del presente llamado público por parte de la URSEC” (debió decir Poder Ejecutivo). Posteriormente, ante el*

requerimiento de URSEC, presenta documento original de la Póliza N° 6014508/0 emitida por el Banco de Seguros del Estado el día 12 de julio de 2013, con cobertura de cumplimiento de contrato, con el alcance establecido en las “Clausulas aplicables” y en lo descripto en “Observaciones” en el documento presentado” (fs. 54 vto. infolios).

Por su parte, respecto a la capacidad económica acreditada por el Consorcio, señaló: *“Tomando en consideración la información y documentación aportada por la proponente se entiende que no se muestra razonable concordancia con el Proyecto Técnico y los aspectos técnicos incluidos en el Proyecto Comunicacional que se proponen, y que su análisis debe completar conjuntamente con la evaluación de la capacidad financiera, dado que las fuentes de financiamiento se encuentran incluidas en la Parte 3 del Pliego” (fs. 55 vto. infolios).*

La Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI) evaluó los seis proyectos presentados, puntuando a Consorcio GIRO con 86,80 puntos, a SAOMIL SA con 80,23 puntos y a la accionante Consorcio POP con 79,49 puntos (fs. 204 A.A.). Consideró como debilidades de Consorcio GIRO: *“Tienen una alta necesidad de capital de trabajo. Su proyecto menciona un conjunto de fuentes de financiación posibles. No brinda información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total. La plantilla de trabajadores es muy elevada. GIRO se propone tener 196 profesionales, además de 45 estudiantes realizando pasantías desde el primer año de emisión. Una plantilla tan amplia genera un problema de rigidez estructural a la hora de afrontar alguna contingencia de carácter financiero. Si bien la idea de una seña experimental resulta interesante, se*

entiende que sería más adecuado un espacio dentro de una señal que una señal completa” (fs. 206 A.A.).

Posteriormente, consignó con respecto a la inversión y origen de fondos de Consorcio GIRO: *“De acuerdo a lo que especifica en el proyecto presentado y en las respuestas a las aclaraciones solicitadas, las cooperativas consorciadas realizarán aportes de fondos propios. Además, se declara que “la diaria” y “DEMOS” solicitarán crédito bancario al FONDES, y aplicarán al fondo “Media Development Investment Found”. Entre otras fuentes adicionales para financiar el proyecto se menciona la capitalización por emisión de acciones, la creación de un fideicomiso asociado a futuros ingresos publicitarios y que se emitirán obligaciones negociables. En ningún caso se brinda información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total”.* (fs. 222 y 294 A.A.).

Luego se expidió la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual (DINATEL), perteneciente al MIEM, señalando respecto de la propuesta de GIRO: *“En resumen es una propuesta innovadora, autogestionada en forma de cooperativa, con un plan de negocios innovador y arriesgado, cuya debilidad es la necesidad excluyente de acceso a mecanismos de financiamiento “no tradicionales” sin los cuales no podrán poner al aire la programación”* (fs. 3092 A.A.).

Además, agregó que: *“Si bien se comparten las valoraciones positivas realizadas sobre el proyecto comunicacional presentado en la propuesta de Consorcio GIRO, se considera sustantiva la observación realizada por la URSEC respecto a la capacidad económica del consorcio, en el sentido de que “no se muestra razonable concordancia con el proyecto técnico y los aspectos técnicos incluidos en el Proyecto*

Comunicacional que se proponen”. Asimismo, como establece la CHAI, el capital de trabajo proyectado en el mismo es elevado, lo cual no resulta consistente con la disponibilidad inicial de recursos y la disponibilidad de financiamiento planteados. En este sentido, la necesidad excluyente de acceso a mecanismos de financiamiento “no tradicionales” cuya disponibilidad no ha sido documentada, sumado a los aspectos mencionados, determinan la carencia en la “viabilidad económica de ejecución de la propuesta” referida en el pliego del llamado a interesados, lo que desaconseja otorgar la autorización para brindar el servicio de radiodifusión de televisión digital comercial en el departamento de Montevideo a la misma” (fs. 3099 A.A.).

Concluyó la DINATEL que las propuestas de SAOMIL S.A. y CONSORCIO POP TV son pasibles de adjudicación de acuerdo a los criterios de evaluación establecidos por el Pliego, en tanto plantean una oferta de televisión de calidad, por lo que recomendó otorgar las respectivas autorizaciones y concesiones de uso de canal radioeléctrico a SAOMIL S.A. y CONSORCIO POP TV (fs. 3099 A.A.).

Consta a fs. 3081 y ss. A.A. un proyecto de resolución, que luego no fue aprobado, en que se seguía la recomendación de DINATEL, y se proyectaba el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones correspondientes a SAOMIL S.A. (canal 38) y CONSORCIO POP TV (canal 39).

Se dio vista de las actuaciones a los interesados (fs. 3209 y ss. A.A.). Una de las empresas que evacuó la vista fue Consorcio GIRO, a fs. 3253 y ss.A.A. Consideró allí que “*el proyecto de resolución debería ser revisado*” y agregó que “*Hemos constatado en el mercado local un alto interés por*

las herramientas financieras no tradicionales por nosotros mencionadas, da cuenta de ello el documento del Corredor de Bolsa Ángel Urraburu que se adjunta". Añadió en dicha instancia nota de "InterActual Project Lab" que indica su intención de capitalizar parcialmente a Consorcio GIRO (fs. 3259 A.A.), nota de HTV-3 Tajam que pone a disposición del oferente el equipamiento e instalaciones de su estudio que *"se encuentran en condiciones de posibilitar la realización de contenido para televisión en el momento y oportunidad que ustedes lo entiendan indicado"* (fs. 3260 A.A.). Proporcionó los estados contables y un informe de compilación (fs. 3274 a 3285 A.A.).

Se produjo luego, con fecha 23 de octubre de 2013, informe por parte del Encargado de Despacho Dirección Asesoría Jurídica del MIEM, Dr. Carlos ROSELLO, en el cual se manifiesta que el elemento que confirma la capacidad financiera de Consorcio GIRO es el relativo a la capitalización mediante aporte de los socios cooperativos, cuya suma de patrimonios asciende a \$ 22.000.000, lo que es por demás relevante. Dijo que es categórico al respecto lo dispuesto por el art. 61 de la Ley 18.407. Agregó que si bien el Decreto N° 153/012 obstaculiza la capitalización de las cooperativas por acciones en su período inicial, no puede soslayarse el propósito de emitir participaciones subordinadas, mecanismo que no vulneraría lo dispuesto en el referido decreto, por cuanto no modifica la integración de la cooperativa. Hizo referencia también a las herramientas financieras no tradicionales propuestas por GIRO, y a los documentos presentados en su respaldo.

Destacó lo expresado por la proponente en los numerales 14 y 15 de su propuesta, respecto a que los bienes y derechos del Consorcio y los

Entes Consorciados garantizan el pago de las obligaciones que contraiga, y a la solidaridad de todos los integrantes del Consorcio e indivisibilidad de las obligaciones contraídas o a contraerse.

Concluyó que la información aportada por Consorcio GIRO en su evacuación de vista logra aclarar suficientemente las dudas suscitadas en relación a su capacidad económica, por lo que entendió que correspondía apartarse de lo concluido previamente por los informantes en este procedimiento, en cuanto a que la misma era insuficiente. Tras lo cual, recomendó conceder la adjudicación a Consorcio GIRO y a SAOMIL S.A., desplazando como potencial adjudicataria a la accionante (fs. 3180 y ss. A.A.).

Finalmente, en la misma fecha del informe reseñado, se dictó la resolución impugnada en obrados, por la cual se resolvió autorizar a las firmas CONSORCIO GIRO, SAOMIL S.A., MONTE CARLO TV. S.A., SOCIEDAD TELEVISORA LARRAÑAGA S.A. y SOCIEDAD ANÓNIMA EMISORA DE TELEVISIÓN Y ANEXOS S.A a prestar el servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre en el área metropolitana definida en el numeral 2) del Pliego (numerales 1°, 3°, 5°, 7° y 9° del acto impugnado); y conceder a cada una de dichas firmas el derecho de uso de un canal radioeléctrico de 6 MHz de ancho de banda, asignando a tal fin, en carácter exclusivo, los canales identificados como 38, 39, 29, 28 y 31 respectivamente, en el área metropolitana ampliada, a los solos efectos de la prestación del servicio autorizado, por el plazo de quince años (numerales 2°, 4°, 6°, 8° y 10° del acto encausado) (fs. 3103 A.A.).

VI) Análisis sustancial. Ilegitimidad del acto encausado, en la fase impugnada.

Corresponde nuevamente reiterar que, al tenor de los agravios deducidos por la parte actora en su acto de proposición, el objeto de la impugnación se limita a la autorización para prestar el servicio y a la concesión del derecho de uso de un canal radioeléctrico a Consorcio GIRO, esto es, a los numerales 1° y 2° del acto impugnado, por lo que quedan fuera de la impugnación los restantes contenidos de la resolución en proceso (numerales 3° a 11°).

En lo que atañe a la adjudicación efectuada a favor de Consorcio GIRO, la accionante planteó en su libelo inicial una serie de agravios, asistiéndole razón a la promotora en al menos dos de sus planteos, lo que determinará el acogimiento de la demanda incoada, conforme será analizado.

Como consideración preliminar, debe anotarse que, tal como ha señalado en anterior ocasión este Tribunal, es de interés público que las frecuencias se otorguen por el Poder Ejecutivo, en el ámbito de su competencia, luego de un llamado público a interesados, en cumplimiento de la normativa vigente, en tanto existe un claro interés público en garantizar, en los hechos, la aplicación efectiva de los principios de transparencia, no discriminación, acceso equitativo al espectro radioeléctrico, promoción de la pluralidad y diversidad, enunciados en los arts. 2° y 3° de la Ley 18.232 (Cfme. Sentencia N° 577/2014).

Precisamente siguiendo tales pautas y principios, el Poder Ejecutivo encomendó a la URSEC la realización del llamado a interesados en obtener autorizaciones para brindar servicios de difusión de TV digital, abierta,

gratuita y accesible (Decreto N° 153/012), aprobando luego, por Decreto N° 437/012, el Pliego de Condiciones que regiría el llamado.

De acuerdo con estos postulados, huelga reseñar que la invocada discrecionalidad en la asignación de los canales, de la que hace caudal la tercerista Consorcio GIRO en su comparecencia (*vide*: fs. 160 y ss. ppal.), no tiene los ribetes que ella pregona, sino que está firmemente limitada por los principios legales mencionados, siendo preponderante garantizar el interés público. También está sujeta a los límites que el propio Poder Ejecutivo se autoimpuso en todos los decretos que dictó con anterioridad al acto en proceso, y que son enunciados en sus Resultandos, y ahora en particular, por el Pliego de Bases y Condiciones aprobado para regir el llamado.

Tratándose de un procedimiento competitivo público, corresponde considerar que la adjudicación, es un “acto esencialmente discrecional” de la Administración que consiste en seleccionar la propuesta que mejor contemple el interés público, siempre procurando obtener las mejores condiciones posibles de contratación (Cfme. Sentencia N°138/2006 entre muchas otras). No obstante, dicha discrecionalidad encuentra sus límites en la regularidad del procedimiento, respeto de la igualdad de los oferentes y la motivación adecuada y suficiente del acto de adjudicación.

En la especie, al haber establecido un procedimiento licitatorio, la Administración debe ceñirse al mismo, respetando todos los principios que rigen dicho procedimiento.

VII) Ingresando entonces al análisis sustancial de la *queastio*, corresponde remarcar que, tal como se indicó en el extenso relato de antecedentes, los informes producidos en el marco del procedimiento

por parte de la URSEC, la CHAI y DINATEL indicaron una serie de deficiencias o carencias en la propuesta de Consorcio GIRO, especialmente en lo relativo a su capacidad económico financiera, lo que condujo al último de dichos órganos a recomendar que se hiciera la adjudicación a SAOMIL S.A. y a CONSORCIO POP TV, no así a Consorcio GIRO.

En efecto, emerge de los informes emitidos por tales dictaminantes, quienes conforme a lo dispuesto en el Pliego debían evaluar las propuestas presentadas, una serie de objeciones en relación a la propuesta de Consorcio GIRO.

Conforme a la disposición del Pliego (capítulo VIII, numeral 19, fs. 14 *infolios*), la URSEC dictó la resolución N° 092/013 de fecha 23 de agosto de 2013, con el análisis de las propuestas presentadas a fin de verificar el cumplimiento de los aspectos formales, de los requisitos y requerimientos técnicos y administrativos establecidos (fs. 3050 y ss. A.A.). El análisis de la URSEC refiere, por así disponerlo el pliego, a los requisitos que deben cumplir los interesados. En el caso, interesa lo relativo a “*Acreditar capacidad económica en concordancia con la dimensión del Proyecto Comunicacional que se propone*” (numeral 10, lit. f, fs. 10 *infolios*). Se deja allí, para un análisis posterior, lo referente a la “*parte 3 del pliego*”, puesto que la evaluación de la URSEC no comprendía en tal etapa su análisis, según se describe en el numeral 19 del pliego.

Sin embargo, el hecho de que no se haya analizado en esta etapa de “*adecuación formal*” de las propuestas presentadas lo referido a las “*fuentes de financiamiento*”, no enerva la exigencia contenida en el pliego, que en relación a la parte 3 (numeral 12, parte 3, i), viii), “*a) fuentes de financiamiento*”, fs. 12-13 *infolios*) indica que tal aspecto debía presentarse

conjuntamente con la propuesta, y que debía incluir información y documentación al respecto.

Por ello es que, con relación a la capacidad económica acreditada por Consorcio GIRO, la URSEC señaló: *“Tomando en consideración la información y documentación aportada por la proponente se entiende que no se muestra razonable concordancia con el Proyecto Técnico y los aspectos técnicos incluidos en el Proyecto comunicacional que se proponen, y que su análisis se debe completar conjuntamente con la evaluación de la capacidad financiera, dado que las fuentes de financiamiento se encuentran incluidas en la Parte 3 del Pliego”* (fs. 3077 a 3078 A.A.).

Luego, se produjo el informe final de la CHAI respecto a la evaluación de los proyectos comunicacionales presentados. En dicho dictamen, de fecha 28 de agosto de 2013, la CHAI señaló como debilidad del proyecto de GIRO, que éste mencionaba un conjunto de fuentes de financiación posibles, pero no brindaba información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total. Tal apreciación se hizo luego de analizar la información declarada por los postulantes en el proyecto y las respuestas a las aclaraciones solicitadas, obrantes a fs. 26-27 de la carpeta rosada en 116 fs.

La CHAI consideró, concretamente, como debilidades de Consorcio GIRO, en lo que respecta a su capacidad económica financiera: *“Tienen una alta necesidad de capital de trabajo. Su proyecto menciona un conjunto de fuentes de financiación posibles. No brinda información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total. La plantilla de trabajadores es muy elevada. GIRO se propone tener 196 profesionales,*

además de 45 estudiantes realizando pasantías desde el primer año de emisión. Una plantilla tan amplia genera un problema de rigidez estructural a la hora de afrontar alguna contingencia de carácter financiero” (fs. 206 A.A.).

Con respecto a la inversión y origen de fondos de Consorcio GIRO, anotó: *“De acuerdo a lo que especifica en el proyecto presentado y en las respuestas a las aclaraciones solicitadas, las cooperativas consorciadas realizarán aportes de fondos propios. Además, se declara que “la diaria” y “DEMOS” solicitarán crédito bancario al FONDES, y aplicarán al fondo “Media Development Investment Found”. Entre otras fuentes adicionales para financiar el proyecto se menciona la capitalización por emisión de acciones, la creación de un fideicomiso asociado a futuros ingresos publicitarios y que se emitirán obligaciones negociables. En ningún caso se brinda información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total”.* (fs. 222 y 294 A.A.).

Luego se produjo el dictamen de la DINATEL, la que también evaluó negativamente la capacidad económica financiera de Consorcio GIRO, señalando que la debilidad de su propuesta estribaba en *“la necesidad excluyente de acceso a mecanismos de financiamiento “no tradicionales” sin los cuales no podrán poner al aire la programación”* (fs. 3092 A.A.).

Entendió dicho órgano que se consideraba *“sustantiva la observación realizada por la URSEC respecto a la capacidad económica del consorcio, en el sentido de que “no se muestra razonable concordancia con el proyecto técnico y los aspectos técnicos incluidos en el Proyecto Comunicacional que se proponen”.* Asimismo, como establece la CHAI, el

capital de trabajo proyectado en el mismo es elevado, lo cual no resulta consistente con la disponibilidad inicial de recursos y la disponibilidad de financiamiento planteados. En este sentido, la necesidad excluyente de acceso a mecanismos de financiamiento “no tradicionales” cuya disponibilidad no ha sido documentada, sumado a los aspectos mencionados, determinan la carencia en la “viabilidad económica de ejecución de la propuesta” referida en el pliego del llamado a interesados, lo que desaconseja otorgar la autorización para brindar el servicio de radiodifusión de televisión digital comercial en el departamento de Montevideo a la misma” (fs. 3099 A.A.).

Cabe recordar que, en atención a tales postulados, DINATEL recomendó efectuar la adjudicación a favor de las propuestas de SAOMIL S.A. y CONSORCIO POP TV (fs. 3099 A.A.).

Cuando se otorgó vista a los interesados, Consorcio GIRO controvertió el hecho de no tener capacidad económica propia. Afirmó que los instrumentos financieros propuestos no excluían los tradicionales, que son adecuados para viabilizar el emprendimiento. Refirió a la emisión de participaciones subordinadas por las cooperativas y obligaciones negociables como recursos financieros idóneos, adjuntando una nota de un corredor de bolsa que afirma puede estructurar tales instrumentos. Realizó manifestaciones sobre la emisión de participaciones subordinadas, sobre el monto de la suma de los patrimonios individuales de cada socio, así como sus posibilidades personales de acceder a financiación y el interés de inversores locales y extranjeros, adjuntando notas relativas a las herramientas financieras previstas (fs. 3253 y ss. A.A.).

Seguidamente, el expediente pasó para informe del asesor jurídico del MIEM, sin que los descargos de Consorcio GIRO hubieran vuelto a ser considerados por ninguno de los dictaminantes que habían evaluado negativamente la capacidad económico-financiera de dicho oferente (URSEC, CHAI y DINATEL).

El informe jurídico referido se emitió el mismo día en que se dictó la resolución a estudio (23 de octubre de 2013, fs. 3180-3186 A.A.). Allí se entendió que la información aportada por GIRO en su evacuación de vista aclaraba suficientemente las dudas respecto a la capacidad económica del consorcio, y por tanto, se consideró que dicho consorcio recobraba su lugar en el concurso público, desplazando la anterior recomendación de la DINATEL, según la cual correspondía asignarle la frecuencia a la actora.

En su dictamen, el asesor jurídico reconoce que la apreciación de los anteriores informantes acerca de que el proyecto se basaba principalmente en el apoyo del FONDES derivó de la información que suministró el propio Consorcio GIRO en su propuesta original, así como las respuestas a las aclaraciones solicitadas por la CHAI. Opina que la capacidad financiera del oferente se ve confirmada por la capitalización mediante aportes de los socios cooperativos, señalando que la suma de sus patrimonios es por demás relevante (22 millones de pesos). Reconoce que la titularidad del servicio no puede ser cambiada en los primeros 5 años (está prohibido normativamente), lo que torna a la capitalización por acciones en un mecanismo inviable en la etapa inicial, pero resalta la posibilidad de emitir participaciones subordinadas. Destaca como positivos los documentos del corredor de bolsa y del gabinete de inversión español presentados al evacuar la vista, en relación a las posibilidades de emitir obligaciones

negociables, integración de participaciones y el interés en el inversor. Y suma la manifestación en la propuesta, ya considerada en el informe de URSEC, respecto de que los bienes y derechos del consorcio y consorciados garantizan el pago de obligaciones y la solidaridad en las que se contraigan.

VIII) Ahora bien. A juicio del Tribunal, nada de lo manifestado por el asesor letrado en este informe enerva el hecho de que **Consortio GIRO no cumplió con la exigencia de acreditar, al momento de presentar su propuesta y con documentación suficiente de respaldo, los medios de financiación que harían viable el proyecto, tal como requería el pliego.**

En efecto, la propuesta del referido Consorcio puso el énfasis en la posibilidad de solicitar financiamiento al FONDES, y no propuso otros medios tradicionales de crédito (fs. 2903 a 2904 A.A.). A su vez, no se acreditó aquel extremo, sino que se trató en todo caso de una mera expresión de voluntad de solicitar un crédito.

Tampoco acreditó en su propuesta la posibilidad de acceder a la emisión de obligaciones negociables, o el interés de inversores extranjeros en la propuesta, aspectos que recién concretó en la ulterior etapa de evacuación de vista. Y ello sin perjuicio de que las notas presentadas no logran, a criterio de la Sede, acreditar suficientemente la posibilidad cierta de contar con dichas fuentes de financiamiento.

De este modo, cabe considerar que existían serias omisiones en la propuesta de la tercerista (finalmente una de las adjudicatarias), en aspectos sumamente relevantes, tales como los referidos a la capacidad económica financiera de la propuesta, esto es, lo relativo a la viabilidad económica del

proyecto comunicacional. Y tales omisiones o carencias pretendieron ser salvadas en una instancia posterior, cuando ya se habían presentado y abiertos las propuestas de todos los oferentes, **procedimiento que resulta claramente contrario a las normas y principios que rigen los procedimientos licitatorios en general, y este llamado en particular.**

IX) Con anterioridad ha considerado el Tribunal, siguiendo a RISSO FERRAND, que la ponderación entre la intangibilidad de las ofertas, la igualdad y la flexibilidad resulta compleja. Señala al respecto el citado autor: *“Como en toda tarea de armonización, siempre compleja, el intérprete deberá procurar determinar la esencia de cada principio y, buscando la razonable compatibilización de todos ellos, intentar determinar el alcance de cada uno. Es evidente que ninguno podrá aniquilar a los otros o a uno de ellos. Sería absurdo pretender que en aras del principio de igualdad no se permita a un oferente presentar luego de la apertura un certificado que omitió en su presentación (con lo que la administración podría perder una oferta muy importante y quizás la más conveniente por una mera formalidad). Y de la misma forma sería absurdo que en aras de las mejores condiciones de contratación se permita a un oferente modificar su oferta en el precio o en un elemento esencial de la misma (salvo en el procedimiento formal de mejora de ofertas). Tampoco puede llevar el principio de concurrencia a tolerar insuficiencias manifiestas en una oferta o entender que todo es formal y todo subsanable”* (Cfme. RISSO FERRAND, Martín “Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay con especial referencia al principio de igualdad y principio del respeto del pliego” en AA.VV.: “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville”,

F.C.U., 1ª Edición, 2011, pág. 385; en jurisprudencia, véanse las Sentencias N° 386/2012 y 539/2016).

En la doctrina argentina, sostiene COMADIRA que la posibilidad de modificar la oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible la alteración alguna de la propuesta después de esa circunstancia. Expresa el autor que esa rigurosidad del temperamento expuesto se refiere a las alteraciones de la oferta, es decir, a las modificaciones que afectan su esencia; pero no a las meras aclaraciones (Cfme. COMADIRA, Julio Rodolfo; *“La Licitación Pública: nociones, principios, cuestiones”*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, 2010, págs. 78-79).

En similar sentido expresa DROMI que *“Todo concurrente o participante tiene derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura. Las modificaciones ulteriores son factibles siempre que sean meramente formales y no hagan al fondo de la propuesta, porque no deben alterar la situación de los oferentes entre sí”* (Cfme. DROMI, José Roberto: *“La licitación pública”*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, pág. 358).

A nivel normativo, el TOCAF consagra dentro de las atribuciones de las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones la de *“Solicitar a cualquier oferente las aclaraciones necesarias, no pudiendo pedir ni permitir que se modifique el contenido de la oferta”* (art. 66, inc. 4º, lit. A) del TOCAF 2012).

Precisamente, en la especie, y en relación con estos conceptos, entiende el Tribunal que no puede compartirse la defensa de la demandada

y de la tercerista Consorcio GIRO, cuando expresan que no se trató de omisiones sustanciales y que por ende eran aspectos subsanables.

Es cierto que algunos de los aspectos que denuncia la actora en su extensa demanda refieren a cuestiones formales menores, que resultaban perfectamente subsanables en posteriores etapas del procedimiento (certificados de BPS y BSE, constancia de URSEC de estar al día con los pagos, certificado de antecedentes penales, etc.). Pero lo relativo concretamente a la capacidad económica financiera del proyecto, así como los medios de financiamiento del mismo, son aspectos claramente sustanciales de la propuesta, que por ende debían ser informados y documentados con ésta, cuestión que GIRO omitió y luego trastocó, en lo que cabe reputar como una “manifestación de voluntarismo”. Deviene entonces en un **incumplimiento sustancial del pliego de condiciones**, que vicia el acto administrativo encausado.

X) Aquella insuficiencia ya había sido advertida por la URSEC en su informe del análisis formal de la propuesta, acotada a la parte 1, en el que se indicó que el examen debía completarse conjuntamente con la evaluación de la capacidad financiera. También la CHAI señaló que no se brindaba información sobre la participación de cada instrumento financiero en el total. Y luego, la DINATEL consideró como especialmente relevante la falta de sustentabilidad del proyecto, una vez analizada toda la información acreditada en la propuesta.

La documentación brindada luego de la evacuación de vista, claramente excedió los tiempos establecidos en la licitación, y fue considerada relevante por el Poder Ejecutivo para fundar la decisión respecto a la adjudicación a Consorcio GIRO. En efecto, no puede

considerarse mera información ampliatoria o aclaratoria, como sostienen la demandada y la tercerista. En particular, las notas demostrando el apoyo de particulares claramente exceden el tono aclarativo o de ampliación que eventualmente podría considerarse tuvo la evacuación de vista referida.

En consecuencia, merece ser acogido el agravio relativo a la violación del principio de igualdad de trato de los oferentes.

En tal sentido, el principio de igualdad, regulado en el art. 149, literal “B” del TOCAF y desarrollado por varias normas, reviste enorme importancia en este tipo de procedimiento, por múltiples y obvias razones vinculadas con la necesidad de dotar a las licitaciones de transparencia, certeza y eficacia plena (ex arts. 45, 65 y concordantes del TOCAF).

En la especie, una de las oferentes -que luego resultó adjudicataria- no cumplió con un requisito sustancial del pliego, por lo que el hecho de haberse considerado su oferta pese a tal omisión, considerándose documentación presentada en postreras etapas del procedimiento, supuso una **transgresión al principio de igualdad de trato entre los oferentes.**

Conforme a lo expuesto, resulta aplicable a la especie lo señalado por DELPIAZZO cuando enseña que el obrar discrecional de la Administración “(...) *no lo habilita a proceder arbitrariamente, ya que la elección de la oferta más conveniente requiere razonablemente y de buena fe que: se hayan comparado las ofertas; se haya justificado la opción desde el punto de vista económico; se haya demostrado su ventaja; se hayan respetado los límites establecidos en los pliegos; y, haya habido ajuste a los dictámenes previamente emitidos o, en caso de verificarse apartamiento de los mismos, la motivación suficiente para justificar ese apartamiento*” (Cfme. DELPIAZZO, Carlos E.: “Contratación

Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pág. 192).

El **principio de respeto a los pliegos**, como enseña CAJARVILLE, es uno de los rectores en materia de contratación administrativa, y se deriva de los principios de legalidad e igualdad, que tienen ostensible raigambre constitucional. En base a este principio, los oferentes deben presentar sus ofertas en las condiciones previstas en los pliegos respectivos y se impone el rechazo y la desconsideración de aquellas que se aparten de lo establecido (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre contratación de la Administración” en “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, Montevideo, 2008, págs. 308 y ss.; en la jurisprudencia de este Colegiado, véase entre otras la Sentencia N° 940/2010).

En mérito a los elementos previamente analizados, se impone en el caso el acogimiento de la demanda incoada, por haberse constatado violación a los principios de respeto a los pliegos y de igualdad de trato a los oferentes.

XI) Sin perjuicio de lo anterior, que por sí solo sería suficiente para conducir a la anulación del acto en proceso en su fase impugnada, debe puntualizarse la existencia de un segundo vicio o irregularidad que inficiona de nulidad la resolución atacada.

Ello, en cuanto no se justifica racionalmente que el Poder Ejecutivo haya decidido no seguir las recomendaciones de los organismos dictaminantes (URSEC, CHAI, DINATEL), a partir de lo aconsejado -el mismo día- por un asesor letrado del MIEM, cuando las consideraciones

que éste efectuó en su informe no parecen derivar de elementos novedosos y que no hubieran sido considerados por aquellos dictaminantes.

Sobre este punto, señala el Ministro Dr. Alfredo GÓMEZ TEDESCHI en su fundado voto: *“Véase que la vista de GIRO, excluyendo manifestadas intenciones de apelar o recurrir a recursos financieros determinados, tampoco logra acreditar las omisiones de la propuesta, y en lo sustancial considera las mismas fuentes de financiamiento que ponderó la CHAI en su dictamen, a saber, que las cooperativas consorciadas realizarán aportes de fondos propios, que se solicitará crédito bancario al FONDES, y que aplicarán al “Media Development Investment Found”, además de recurrir eventualmente a la capitalización por emisión de acciones, creación de fideicomiso asociado a futuros ingresos publicitarios y emisión de obligaciones negociables (fs. 21 carpeta rosada en 116 fs.).*

Debe considerarse, además, que si bien la valoración del asesor del MIEM en aspectos jurídicos no le es ajena en el plano técnico (normativa de cooperativas y posibilidades en cuanto a emisión de obligaciones, participaciones, etc.), sí lo es en lo que hace a valorar la adecuación de los instrumentos financieros acreditados en relación a la viabilidad económica de ejecución o sustentabilidad del proyecto comunicacional presentado, cuestión de competencia técnica de la DINATEL.

Por tanto, estimo que el impugnado contiene un vicio en sus motivos, constituido por el apartamiento injustificado de las opiniones técnicas de URSEC, CHAI y DINATEL, para afiliarse a la recomendación del asesor jurídico”.

Tal como enseñaba en nuestra doctrina el ilustre Alberto Ramón REAL, la fundamentación del acto administrativo debe ser exacta, las

razones de Derecho deben corresponder a los textos invocados y los hechos deben ser verdaderos. No basta que existan los hechos, sino que es necesario que se les aprecie correctamente. La Administración debe ser veraz no solo en cuanto a la existencia de los motivos, sino también en cuanto a la calificación jurídica y a la subsunción de las situaciones de hecho en el tipo de los conceptos jurídicos indeterminados (Cfme. REAL, Alberto Ramón: “La fundamentación del acto administrativo”, en L.J.U., T. LXXX, pág. 10/11; en jurisprudencia véanse las Sentencias N° 346/2011, 586/2013, 291/2014, 175/2014 y 151/2015).

En igual sentido, indica Augusto DURÁN MARTÍNEZ que *“La motivación, además de ser suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido”* (Cfme. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Motivación del acto administrativo y buena administración” en AA.VV. “Ética; Estado de Derecho; Buena Administración”, Universidad Católica del Uruguay, 2013, págs. 137-138).

O bien, desde otro enfoque, apunta el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE que *“En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como una consecuencia jurídica.*

Por lo tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en si misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.

Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos.

Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO: “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, cit., págs. 32 y 33).

En la especie, de acuerdo a lo señalado, se verificó un supuesto de **motivación errónea o inexacta** (en términos de REAL y DURÁN MARTÍNEZ), o de **inexistencia de los motivos** (en la terminología de CAJARVILLE), lo que en cualquiera de tales posturas conduce a la anulación del acto administrativo encausado.

XII) En cuanto al restante agravio ensayado por la actora, dedicado a denunciar la existencia de desviación de poder en el obrar de la Administración demandada, no se considera de recibo, en tanto considera el Tribunal que no se han probado suficientemente por la promotora los fines espurios denunciados en su libelo.

XIII) Por último, corresponde puntualizar que la actora, en su calidad de oferente en el llamado de marras, no tiene un derecho subjetivo a la adjudicación, sino tan sólo un interés legítimo indirectamente protegido en que se cumplan regularmente las formalidades establecidas en el procedimiento licitatorio.

Naturalmente, con tal entendimiento, la anulación parcial del acto en causa (en su fase impugnada: numerales 1° y 2° de la resolución) no significa que la adjudicación (autorización a prestar el servicio de

radiodifusión de televisión digital y concesión del derecho de uso de un cana radioeléctrico de 6 MHz) hubiera debido hacerse necesariamente en favor de la accionante, sino que debieron cumplirse en forma debida las normas protectoras del interés público, de lo que podría llegar a verse beneficiada ulteriormente la aquí promotora (véase a este respecto la Sentencia N° 819/2012).

En definitiva, en función de los argumentos expuestos a lo largo de este pronunciamiento, corresponde a juicio de la Sede la anulación parcial del acto de adjudicación encausado, con el alcance que viene de señalarse.

Por los fundamentos reseñados, y atento a lo preceptuado en el art. 309 de la Constitución Nacional, y en los arts. 23, 24 y 25 del Decreto-Ley 15.524, el Tribunal,

FALLA:

Acógrese la demanda incoada, y en su mérito, anúlase parcialmente el acto administrativo encausado, en la fase objeto de impugnación (numerales 1° y 2° de la resolución procesada).

Sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).