

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 11 de junio de 2015.

No. 455

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "BERSABEL S.A. Y OTRA con PODER EJECUTIVO y MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA. Acción de nulidad" (Ficha No. 34/2013).

RESULTANDO:

I) Se demanda la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo N° 153/12, de fecha 11 de mayo de 2012, por el cual se dispuso asignar a otros destinatarios la parte del espectro que le fue suprimida a CABLEVISIÓN y encomendó a la URSEC la realización de llamados a interesados en obtener autorizaciones para brindar servicios de radiodifusión de televisión digital, abierta, gratuita y accesible, para lo cual elevará al Poder Ejecutivo en un plazo de 60 días, a contar desde la entrada en vigencia del presente decreto, una propuesta de las bases y condiciones que regirán los llamados a interesados de acuerdo a los criterios que detalló.

En su memorial de agravios, indicaron que, el 1° de julio de 2011 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 231/011, el cual provocaba un profundo agravio a CABLEVISIÓN (empresa operada por las sociedades accionantes que presta el servicio de televisión para abonados en Montevideo y Canelones), en tanto implicaba la reducción de las 24 frecuencias utilizadas en ese momento a tan solo 10 frecuencias, con la

consiguiente pérdida de más de la mitad del espectro oportunamente concedido, y por ende, con una disminución muy significativa de la cantidad de señales susceptibles de ser brindadas a los clientes; contra dicho decreto, se interpuso por parte de la actora recurso de revocación y posteriormente se promovió acción de nulidad, tramitada en la Ficha N° 81/2012.

Expresó que, en ese estado, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 73/012, por el cual se resolvió en su art. 1° derogar el Decreto N° 231/001; no obstante, los restantes artículos del presente Decreto confirman y reiteran, prácticamente en términos idénticos, el acto derogado, agregando además un nuevo agravio, consistente en la limitación que imponen al topear en 80 señales únicamente a CABLEVISIÓN, con lo cual se evidencia el fin discriminatorio, entre otros apartamientos al ordenamiento jurídico vigente.

No obstante, a pesar de las impugnaciones y de estar tramitándose una demanda de nulidad, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 153/2013, que es el impugnado en autos.

Sostuvo que constituye causal de ilegitimidad el hecho de que el Poder Ejecutivo, obligado a preservar la libre competencia por imperio de la Constitución y de la Ley 18.159, se introduzca en dicho ámbito a través de un acto administrativo, cuando la referida ley establece claramente que únicamente puede alterarse la libre competencia mediante una ley dictada por razones de interés general, perjudicándose, además, al consumidor.

Adicionó que las restricciones discriminatorias impuestas a CABLEVISIÓN no encuentran ningún fundamento que justifique el apartamiento del principio de igualdad y además han sido realizadas mediante acto administrativo y no por ley.

Afirmó que la serie de actos dictados en el marco de esta escalada persecutoria contradice abiertamente actos precedentes, defraudando abiertamente la confianza depositada en las autoridades al realizar la cuantiosa inversión ejecutada en digitalización y mejora del servicio.

Por otro lado, sostuvo que el decreto impugnado quebranta el principio de seguridad jurídica garantizado por la Constitución, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

Añadió que se ha violado nuevamente la garantía de defensa, en tanto no se confirió vista previa de las actuaciones y además se demuestra que no se consideraron los argumentos esgrimidos por CABLEVISIÓN en los recursos contra los actos anteriores fundantes del actual, lo que vicia de nulidad absoluta el acto.

Agregó que el decreto atacado viola múltiples derechos de las impugnantes y de sus contratantes, tales como el derecho al trabajo, la libertad de empresa, y el derecho al respeto de los contratos legalmente celebrados, entre varios otros.

Por último, señaló que el decreto adolece de desviación de poder, en tanto el fin que persigue la Administración no es el que impone la regla de Derecho, sino un fin espurio tendiente a continuar perjudicando a CABLEVISIÓN, lo que surge de un cúmulo de elementos.

En suma, solicitó la anulación del decreto impugnado y la suspensión de la ejecución del mismo.

III) Con fecha 17/04/2013, a fs. 76, compareció la demandada con el objeto de evacuar el traslado conferido y contestar la demanda entablada.

Señaló que el Decreto, tal cual surge de los Considerandos, persigue un claro interés público, como lo es lograr una mayor eficiencia del recurso

escaso “espectro radioeléctrico”; de esa forma, se da cumplimiento al art. 33 del Convenio de Constitución de la UIT; la pretendida reducción no es tal en cuanto desde el punto de vista técnico es claro que mientras en el sistema analógico un canal permite transmitir una sola señal, en el sistema digital un canal permite transmitir muchas señales.

En otro orden, agregó que no se ha configurado desviación de poder en tanto, el Decreto impugnado da cumplimiento al art. 33 del Convenio de Constitución de la UIT y es respaldado por los arts. 12 y 26 del Reglamento de Administración y Control del espectro Radioeléctrico.

Señaló que en virtud de lo establecido por el art. 94 de la ley N° 17.296 compete exclusivamente al poder Ejecutivo la fijación de la política nacional de telecomunicaciones y servicios de comunicación audiovisual.

Concluyó que se ha actuado conforme a derecho, en tanto tratándose de un acto con efectos generales y no configurándose a su respecto la situación de hecho prevista en el art. 76 del Decreto 500/991, no correspondía el otorgamiento de vista previa.

En suma, solicitó la confirmación de la resolución resistida.

V) Consta además que: a) Abierto el juicio a prueba (fs. 81), se produjo la que se encuentra certificada a fs. 110; b) Con posterioridad alegaron de bien probado las partes; la actora lo hizo de fs. 112 a 122 vta. y la demandada de fs. 125 a 133; c) Pasados los autos al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 531/2014, a fs. 139), aconsejó el acogimiento de la acción incoada.

VI) Por auto No. 7329/2014 se citó a las partes para sentencia, acordándose ésta en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se verifica el correcto agotamiento

de la vía administrativa, así como la temporaneidad de la pretensión anulatoria. Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en condiciones de ingresar al aspecto sustancial del caso planteado.

II) Que en autos se demanda la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo No. 153/012 de fecha 11 de mayo de 2012, por el cual se dispuso asignar a otros destinatarios la parte del espectro que le fue suprimida a CABLEVISIÓN; y encomendó a la URSEC la realización de llamados a interesados en obtener autorizaciones para brindar servicios de radiodifusión de televisión digital, abierta, gratuita y accesible, para lo cual elevará al Poder Ejecutivo en un plazo de 60 días, a contar desde su entrada en vigencia, una propuesta de las bases y condiciones que regirán los llamados a interesados de acuerdo a los criterios que detalló.

III) La parte actora se agravia en los términos desarrollados en el correspondiente capítulo de Resultandos, a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

IV) Que la Corporación, por unanimidad, ratificando jurisprudencia sobre el problema formal o adjetivo planteado en el caso, y de conformidad con el dictamen del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se pronunciará por el acogimiento de la pretensión anulatoria actuada.

El Decreto impugnado en autos, es el último aprobado por la Administración en relación a las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo a fin de reorganizar el espectro radioeléctrico para la implementación de la televisión digital.

La parte actora ha impugnado de nulidad los Decretos 231/2011 y 73/2012 (antecedentes del hoy cuestionado), en los autos de igual carátula

al presente Fichas 81/2012 y 365/2012 y el Tribunal por Sentencias No. 446 y 416/2014 acogió el agravio formal de la falta de vista previa de los Decretos impugnados.

Resultan enteramente trasladables los fundamentos expuestos por el Tribunal en las Sentencias citadas, argumentos que se consideran parte del presente pronunciamiento definitivo.

A bien que se observe detenidamente el contenido del Decreto impugnado, se advierte que el mismo asigna a otros destinatarios las frecuencias radioeléctricas que le fueron quitadas a la parte actora. Resulta indudable su contenido lesivo, por lo que debió habersele conferido necesariamente la vista previa.

Efectivamente, la oportunidad de ser oído y de efectuar descargos completos en forma previa al dictado de un acto que pudiere irrogar un perjuicio a los administrados, es la materialización del principio de rango constitucional de derecho de defensa, tal como lo establece la más prestigiosa doctrina y la jurisprudencia constante de este Tribunal.

Este derecho viene siendo reiteradamente desconocido o ignorado por el Poder Ejecutivo y tal circunstancia configura un vicio grave que acarrea la nulidad del acto impugnado.

En el caso, la parte actora vio cercenado su derecho de defensa al haberse omitido por parte de la Administración el otorgamiento de vista previa al dictado del acto encausado. La referida irregularidad formal inficiona de nulidad el acto en proceso, al haberse afectado o haberse podido afectar el derecho sustancial de la parte actora.

Conforme señala CAJARVILLE: *“El mismo derecho y con el mismo alcance debe entenderse consagrado por el art 72 de la Carta a favor de*

todo habitante y de todo funcionario que pueda ser lesionado por la resolución a dictarse en un procedimiento administrativo, constituya o no una sanción, porque el derecho a defenderse es inherente a la personalidad humana y deriva de la forma republicana de gobierno.

El derecho a defenderse no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse resolución; comprende también la necesidad de que los interesados sean notificados de la existencia del procedimiento desde que estén identificados, se les permita conocer el contenido de las actuaciones, se les admita su comparecencia reclamando lo que entiendan les corresponde con el patrocinio letrado que se juzgue conveniente, se diligencie la prueba admisible, pertinente y conducente que ofrecieran, se resuelvan sus pretensiones en un procedimiento de duración razonable y se les dé conocimiento de los motivos de la decisión de la Administración (...).”

Si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de cualquier perjuicio a un administrado, deberá darse vista al interesado por el término de diez días antes de dictarse resolución, para que pueda presentar sus descargos y las correspondientes probanzas y articular sus defensas” (CAJARVILLE, Juan Pablo, “Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991”, págs. 108 y 109).

V) En definitiva, siendo el procesado un acto lesivo de su interés, la vista previa a su dictado como garantía del derecho de defensa que le asiste, era de precepto. Su omisión acarrea la nulidad del acto, sin perjuicio de que la Administración recomponga su actuación, dictando a la postre, un nuevo acto administrativo.

Por tales fundamentos, el Tribunal

FALLA:

Acógrese la demanda y, en su mérito, anúlase el acto administrativo impugnado; sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Sassón, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Tobía, Dr. Echeveste.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).