



MIEM
MINISTERIO DE INDUSTRIA,
ENERGÍA Y MINERÍA

MIEM - Dirección General de Secretaría
Paysandú 1101, 4° piso - C.P. 11100
Tel./Fax: (598) 2900 0231 / 33 - Fax: (598) 2900 0291
www.miem.gub.uy
Montevideo - Uruguay

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

669/16

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA

Montevideo, 06 NOV 2017

VISTO: la resolución del Poder Ejecutivo N° 771/016 de 10 de octubre de 2016 y las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) N° 773 de fecha 22 de noviembre de 2012, N° 587 de fecha 23 de octubre de 2014 y N° 428 de fecha 21 de julio de 2016;-----

RESULTANDO: I) que luego de un procedimiento administrativo iniciado el 20 de agosto de 2007, por resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) N° 520/008 de fecha 23 de octubre de 2008, se otorgó a FLIMAY S.A., una licencia de comunicaciones clase D para la prestación del servicio de televisión para abonados por el sistema satelital de televisión directa al hogar con carácter nacional;-----

II) que en base a la inadecuación de lo resuelto por la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, a los motivos del acto y al determinarse que no se estaba en condiciones de otorgar dicha licencia, el Poder Ejecutivo resolvió revocarla mediante resolución N° 462/008 de fecha 9 de enero de 2009;-----

III) que previa interposición del recurso administrativo de revocación en tiempo y forma, FLIMAY S.A. promovió juicio anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (ficha N° 562/009), el que mediante sentencia N° 773 de fecha 22 de noviembre de 2012, dispuso la anulación de la resolución del Poder Ejecutivo N° 462/008, por la cual se revocaba la licencia de la empresa FLIMAY S.A.;-----

IV) que, con fecha 20 de febrero de 2013, distintos operadores del servicio de televisión para abonados interpusieron recursos administrativos contra la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 520/008 por considerar que ésta las agraviaba;-----

As. 358

V) que el 11 de abril de 2013, mediante resolución N° 64/013 (Acta 10), la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones rechazó el recurso de revocación interpuesto por las empresas de televisión para abonados franqueando el recurso jerárquico para ante el Poder Ejecutivo, que lo acogió mediante resolución N° 269/013 de fecha 16 de mayo de 2013, por razones de ilegitimidad;-----

VI) que el 27 de mayo de 2013, FLIMAY S.A. interpuso recurso administrativo de revocación ante el Poder Ejecutivo contra la resolución N° 269/013 de fecha 10 de mayo de 2013, produciéndose la denegatoria ficta el 24 de octubre de 2013;-----

VII) que, con fecha 20 de diciembre de 2013, FLIMAY S.A., demanda al Estado deduciendo acción de nulidad contra la resolución mencionada ut supra (ficha N° 895/2013);-----

VIII) que, conjuntamente con la demanda, FLIMAY S.A. solicitó la suspensión del acto impugnado;-----

IX) que por sentencia N° 587 de fecha 23 de octubre de 2014, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo hizo lugar a lo solicitado por la actora y decretó la suspensión transitoria y total del acto impugnado;-----

X) que el 24 de marzo de 2015 el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM) solicitó se deje sin efecto la suspensión transitoria y total decretada en función de que el elemento fundante del acogimiento de la pretensión – balance de daños – había sido considerado en base a una circunstancia falsa, lo cual fue denegado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por sentencia N° 428 de fecha 21 de julio de 2016;-----

XI) que con fecha 28 de setiembre de 2016, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo intimó al Poder Ejecutivo el cumplimiento de la sentencia N° 587 de fecha 23 de octubre de 2014, en un plazo de 10 días;-----

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

XII) que en virtud de lo anterior, el 10 de octubre de 2016, el Poder Ejecutivo dispuso la suspensión transitoria y total de la resolución N° 269/013 de fecha 16 de mayo de 2013;-----

XIII) que con fecha 14 de diciembre de 2016, la Dirección General de Secretaría del MIEM informó las actuaciones en función del dictado de la resolución del Poder Ejecutivo mencionada en el numeral anterior, de las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 773 de fecha 22 de noviembre de 2012, N° 587 de fecha 23 de octubre de 2014 y N° 428 de fecha 21 de julio de 2016, y de la sentencia emitida por el Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 1er Turno;-----

XIV) que de ese informe se confirió vista a FLIMAY S.A. y a las empresas operadoras impugnantes de la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 520/008;-----

XV) que el 25 de enero de 2017 FLIMAY S.A evacuó la vista conferida.-----

CONSIDERANDO: I) que en virtud del efecto anulatorio de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 773/012, de fecha 22 de noviembre de 2012, operó la desaparición del mundo jurídico de la resolución del Poder Ejecutivo del 9 de enero de 2009 por el modo de extinción del acto administrativo que la doctrina denomina "anulación";-----

II) que del mismo modo, tratándose de una revocación basada en razones de juridicidad, la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 520/008 también había desaparecido del mundo jurídico por el modo de extinción del acto administrativo "revocación";-----

III) que confirmando la interpretación anterior, se manifestó la Fiscalía de Gobierno de 2º turno en dictamen N° 377/2017, obrante a fs. 334 a 336 vto., donde, analizando el fondo del asunto de autos, manifiesta que: "...como se afirma en obrados, el efecto anulatorio

de la sentencia determina que operó la desaparición del mundo jurídico de la Resolución de fecha 9 de enero de 2009, en igual sentido, se entiende que la Resolución 520/008 también se ha extinguido por revocación”;-----

IV) que respecto a los efectos de la revocación, Julio A. Prat sostiene que: *"... se proyectan generalmente para el pasado, ex tunc; el acto revocatorio tiene naturaleza declarativa eliminando directamente el acto viciado... En principio, esta revocación no genera obligación a la Administración a indemnizar, ya que la ilegalidad no genera derechos. No cabe invocar la estabilidad del acto administrativo...";-----*

V) que en el caso que nos ocupa, corresponde cotejar los argumentos esgrimidos por la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 773 de fecha 22 de noviembre de 2012, con el derecho positivo aplicable a la situación actual de la misma, partiendo de la premisa que dicha sentencia no puede revivir el acto de otorgamiento de una licencia *per se* u ordenar el otorgamiento de la misma sin vulnerar el principio de separación de poderes;-----

VI) que de acuerdo al inciso primero del artículo 310 de la Constitución Nacional, debe tenerse presente que: *"...el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo";* por lo que no se encuentra dentro de sus poderes jurídicos el de indicar vías de acción o de formulación de políticas públicas;-----

VII) que en consecuencia, producida la anulación de la resolución del Poder Ejecutivo del 9 de enero de 2009, el fallo anulatorio impone a la Administración el análisis de la situación jurídica subjetiva de la actora gananciosa (FLIMAY S.A.) con anterioridad al dictado de los actos fenecidos;-----

VIII) que en ese sentido, la situación se retrotrae al momento del dictado de la primera resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, es decir, pendiente de resolución la petición de licencia articulada por FLIMAY S.A., se debe analizar la misma y resolver



MIEM

MINISTERIO DE INDUSTRIA,
ENERGÍA Y MINERÍA

MIEM - Dirección General de Secretaría
Paysandú 1101, 4° piso - C.P. 11100
Tel./Fax: (598) 2900 0231 / 33 - Fax: (598) 2900 0291
www.miem.gub.uy
Montevideo - Uruguay

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

el otorgamiento o rechazo en función del marco jurídico aplicable y mediante el procedimiento que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha marcado al fundar la nulidad del acto;-----

IX) que en ese mismo sentido se pronunció la Fiscalía de Gobierno de 2do. Turno en dictamen N° 337/2017 al hacer referencia a los efectos de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 773/2012, que expresaba que: *"...la sentencia no puede modificar el pasado, el acto anulado desplegó sus efectos y estos pueden resultar irreversibles, lo cual escapa a la jurisdicción. Por ello es que como bien señalan los letrados preopinantes, la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo anuló el acto del Poder Ejecutivo de fecha 9 de enero de 2009, lo que determina la necesidad de que la Administración recomponga la situación, y ello no es que vuelva a la vida jurídica la resolución 520/2008 –revocada–..."*-----

X) que habiéndose presentado la petición de licencia el día 9 de abril de 2008, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones contaba con 150 días corridos y siguientes para resolver la petición (artículo 318 de la Constitución de la República), vencidos los cuales operó la denegatoria ficta el día 17 de setiembre de 2008, por lo que la solicitante debía interponer los recursos administrativos de revocación y jerárquico antes del día 29 de setiembre de 2008;-----

XI) que no habiéndolo realizado, el acto denegatorio quedó firme y, tratándose de acto administrativo que crea una situación jurídica favorable a las otras empresas competidoras del mercado de televisión para abonados, la estabilidad del acto administrativo se erige como un escollo para amparar la pretensión del omiso en recurrir;-----

XII) que, sin perjuicio, el artículo 318 de la Constitución de la República establece que persiste el deber de la Administración de decidir la petición en cuestión;-----

XIII) que siguiendo dicho imperativo jurídico, en autos se analizó la petición de FLIMAY S.A. y, especialmente, en detallado dictamen del Director Nacional de Telecomunicaciones de 14 de junio de 2017, se determinó que la misma colide con la normativa del marco jurídico de la fecha de la solicitud inicial y también con el régimen jurídico actual, especialmente con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 19307 de fecha 29 de diciembre de 2014, en la que se establecen las incompatibilidades para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, ya que la empresa FLIMAY S.A. integra el grupo América Móviles, que comercializa los servicios de telefonía móvil y acceso a Internet inalámbrico móvil en Uruguay bajo la marca comercial "Claro";-----

XIV) que en función de los requisitos establecidos en la mencionada ley, la solicitud de FLIMAY S.A. tampoco cumple con las exigencias que establecen los artículos 104 a 106, es decir, con los requisitos para personas físicas aspirantes a titular o titulares de un servicio de comunicación audiovisual (artículo 104), las limitaciones e incompatibilidades (artículo 105) y los requisitos para las personas jurídicas aspirantes a dicha titularidad (artículo 106);-----

XV) que el literal C) del artículo 106 dispone que los socios o accionistas de las personas jurídicas deben cumplir con los literales A), B) y G) del artículo 104 y el artículo 105; el literal D) exige que si las sociedades son por acciones, dichas acciones deberán ser nominativas y sus titulares personas físicas; el literal E) prohíbe tener vinculación jurídica societaria o sujeción directa o indirecta con empresa de servicios de comunicación audiovisual extranjeras; y el literal F) exige a las personas jurídicas no ser filiales o subsidiarias de sociedades extranjeras, ni realizar actos, contratos o pactos societarios que permitan una posición dominante del capital extranjero en la conducción de la persona jurídica;-----

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

XVI) que estas incompatibilidades fueron minuciosamente analizadas por el Director Nacional de Telecomunicaciones en informe de 14 de junio de 2017 (fojas 316 a 319), el que expresó que: *"La vinculación de FLIMAY S.A. como integrante del grupo CLARO, se concluye del análisis del expediente de solicitud de la Licencia TDH (Exp. N° 2007/1/1408), que fue originalmente iniciado por TELSTAR S.A, integrante del Grupo Claro, pero como TELSTAR S.A. no tenía acciones nominativas, lo cual es requisito para las personas jurídicas, se creó la empresa FLIMAY S.A. con acciones nominativas y se solicitó cambio de la empresa peticionante de la Licencia, de TELSTAR S.A. a FLIMAY S.A., todo en el propio expediente. Dado que la incompatibilidad alcanza a las personas físicas o jurídicas integrantes de las personas jurídicas involucradas, y al día de hoy siguen sin poder determinarse las personas físicas integrantes, tampoco es posible verificar estos extremos a la luz de la normativa vigente. Incluso si fuera posible tal determinación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la ley N° 19307, no pueden existir dueños (personas físicas o jurídicas) que pertenezcan a las dos sociedades (AM WIRELESS S.A y FLIMAY S.A.)";-----*

XVII) que el mencionado Director Nacional concluye su informe manifestando que: *"... ya sea por razones formales como por razones de oportunidad y conveniencia, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones del Ministerio de Industria, Energía y Minería comparte los informes jurídicos de la Dirección General de Secretaría que figuran a fojas 9 a 35 vuelto y 501 a 503 APIA y recomienda no hacer lugar a lo solicitado por FLIMAY S.A.";-----*

XVIII) que para mayor abundamiento, se realizó una consultoría a los doctores Gabriel Valentín y Juan Andrés Ramírez del estudio jurídico "Ramírez, Xavier de Mello y Abal" de fecha 23 de octubre de 2017, del que surge un minucioso análisis de la resolución N° 520/008 de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones y del

cumplimiento por parte de FLIMAY S.A. de los requisitos subjetivos establecidos en la normativa vigente a la fecha de la petición;-----

XIX) que los destacados consultores confirman que *"la adjudicación de la licencia violó los requisitos subjetivos establecidos en el art. 9 del decreto 349/990"* y que *"resulta absolutamente evidente la ilegitimidad de la resolución de la URSEC que le otorgó la licencia"*;-----

XX) que por lo tanto, si el análisis de la petición se retrotrajera al régimen anterior a la vigencia de la Ley N° 19307, de fecha 29 de diciembre de 2014, surge claramente de la consultoría realizada y de los antecedentes administrativos que el incumplimiento de los requisitos subjetivos de otorgamiento de la licencia solicitada, constituiría un vicio de fondo, que determinaría la ilegitimidad de la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones de 2008;-----

XXI) que a su vez, de acuerdo a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico vigente, FLIMAY S.A. tampoco puede ser titular de una licencia o autorización de servicios de comunicación audiovisual como es el servicio de televisión directa al hogar (TDH) satelital, por no cumplir con las exigencias de la Ley N° 19307, ya que existe incompatibilidad y no se verifican las condiciones subjetivas, por lo que la Administración no puede acceder a lo solicitado;-----

XXII) que por otro lado, en virtud del poder-deber que tiene la Administración de revocar de oficio aquellos actos administrativos que entienda que están viciados de nulidad absoluta conforme constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, corresponde retomar el análisis de la resolución del Poder Ejecutivo N° 269/013, de fecha 16 de mayo de 2013, mediante la cual se acogió el recurso jerárquico interpuesto por numerosos operadores contra la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 520/008;-----

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

XXIII) que la resolución del Poder Ejecutivo N° 269/013 revocó una resolución que ya no existía, estando la Administración en esta instancia en oportunidad de advertir la nulidad de dicha resolución por haberse configurado un error en la consideración de los motivos que lo llevaron a dictarla – lo que determina la irremediable nulidad de la misma -, por lo que corresponde que el Estado revoque de oficio por razones de legalidad dicha resolución;-----

XXIV) que tal como expresa SAYAGUES LASO, el acto administrativo afectado de irregularidades que producen invalidez, puede ser revocado de oficio o a petición de parte en cualquier momento;-----

XXV) que en el mismo sentido se posiciona CAJARVILLE, quien recuerda que la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y un importante sector doctrinario se inclinan a afirmar que desde que la Administración toma conocimiento de la ilegitimidad de un acto causante de su invalidez, tiene el deber de revocarlo para ajustar su actuación a derecho y, es más, no pueden oponerse a la revocación por razones de legalidad los supuestos derechos creados por el acto ilegítimo, porque no pueden existir derechos adquiridos contra la legalidad;-----

XXVI) que por otra parte, como se ha relevado en obrados, de existir derechos adquiridos, éstos serían los de los demás operadores de televisión para abonados derivados de la firmeza de la denegatoria ficta de la petición de licencia articulada por FLIMAY S.A.;-----

XXVII) que tal como se expresa en el informe de la asesoría de la Dirección General de Secretaría del MIEM de 14 de diciembre de 2016, la Administración puede volver sobre sus pasos y revocar aquellos actos que cree ilegítimos, por lo que en el presente acto se revocará la resolución del Poder Ejecutivo N° 269/013 al haberse constatado una falsa apreciación de los hechos y derechos que lo vició de nulidad;-----

XXVIII) que el 5 de enero de 2017 se dio vista a FLIMAY S.A. del informe de la Asesoría de la Dirección General de Secretaría de 14 de diciembre de 2016 la que fue evacuada en tiempo y forma el 25 de enero de 2017;-----

XXIX) que en el escrito de evacuación de vista (Fs. 134 a 140 vto.) FLIMAY S.A. realiza sus descargos respecto al informe jurídico de Dirección General de Secretaría del MIEM de 14 de diciembre de 2016, los cuales fueron minuciosamente analizados y contestados por la Asesoría Jurídica y la Dirección General de Secretaría del MIEM;-----

XXX) que en informe de 27 de abril de 2017 el encargado de despacho de Asesoría Jurídica, Dr. Carlos Roselló manifestó que el informe en vista *"fue elaborado con la finalidad de clarificar la situación actual de la empresa en atención a la multiplicidad de pronunciamientos en vía judicial y administrativa"* y que *"... se desprende del mismo la voluntad de la Administración de, hasta tanto no exista el debido pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se salvaguarden todos los intereses en pugna. No solamente los de FLIMAY, sino también los de los titulares de servicios de televisión para abonados que oportunamente impugnaron la Resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) N° 520/008 de 23 de octubre de 2008. Sobre ellos no existe referencia alguna en la comparecencia de FLIMAY, quien pretende que sean los suyos los únicos intereses tutelados, para lo cual aduce que la Administración incurre en desacato, extremo que no se condice con la realidad..."*;-----

XXXI) que concluye el Dr. Roselló que *"se ha actuado de conformidad con el debido proceso, habiéndose otorgado a FLIMAY las garantías propias del mismo..."*;-----



MIEM
MINISTERIO DE INDUSTRIA,
ENERGÍA Y MINERÍA

MIEM - Dirección General de Secretaría
Paysandú 1101, 4º piso - C.P. 11100
Tel./Fax: (598) 2900 0231 / 33 - Fax: (598) 2900 0291
www.miem.gub.uy
Montevideo - Uruguay

SECRETARÍA DE ESTADO

SIRVASE CITAR

XXXII) que asimismo le evacuación de vista de FLIMAY S.A. fue analizada por la Directora General de Secretaría del MIEM, en informe de fecha 16 de junio de 2017 (Fs. 321 a 330), y en el cual sintetiza que lejos de desestimar y archivar sin más trámite el informe en vista, lo ratifica reconociendo la profundidad y rigor jurídico del mismo, y cuyas conclusiones "*no han logrado ser desvirtuadas por la comparecencia del Dr. Dotta analizada*";-----

XXXIII) que para mayor abundamiento, las actuaciones fueron elevadas a informe de Fiscalía de Gobierno de 2º Turno el 21 de junio de 2017, quien compartió el informe de la Asesoría de Dirección General de Secretaría del MIEM en vista, según dictamen N° 377/2017;-----

XXXV) que en definitiva, por los argumentos esgrimidos en autos, no corresponde hacer lugar a lo peticionado por FLIMAY S.A. por no ajustarse a la normativa jurídica vigente.-----

ATENCIÓN: a lo expuesto y a lo dispuesto por los artículos 8 y 318 de la Constitución de la República, 51, 56, 104, 106, 108 y 109 de la ley N° 19.307 de 29 de diciembre de 2014, artículos 9 y 11 del Decreto N° 115/003 de 25 de marzo de 2003 y artículos 8, 9 y 10 del Decreto N° 349/990 de 7 de agosto de 1990;-----

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

RESUELVE:

1º.- Declárase inexistente jurídicamente la resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 520/008, de fecha 23 de octubre de 2008.-----

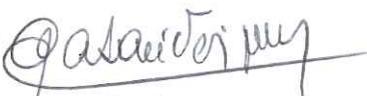
2º.- Revócase por razones de legitimidad la resolución del Poder Ejecutivo N° 269/013, de fecha 16 de mayo de 2013.-----

3º.- Declárase que el procedimiento administrativo tendiente al cumplimiento de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 773/012 de fecha 22 de noviembre de 2012, se retrotrae a la consideración del petitorio de FLIMAY S.A. consistente en el otorgamiento

de la licencia Clase D para el suministro del servicio de televisión para abonados por el sistema satelital de televisión directa al hogar (TDH) con carácter nacional según surge del expediente de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones N° 2007/1/1408.-----

4°.- No hacer lugar a lo solicitado por la empresa FLIMAY S.A. por no ajustarse a lo dispuesto en los artículos 56 y 104 a 106 de la Ley N° 19307 de 29 de diciembre de 2014 y a los artículos 9 y 11 del Decreto N° 115/003 de 25 de marzo de 2003, y, 8 y 9 del Decreto N° 349/990 de 7 de agosto de 1990.-----

5°.- Notifíquese, comuníquese y cumplido, archívese.-----



Dr. TABARÉ VÁZQUEZ
Presidente de la República
Período 2015 - 2020