

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 13 de febrero de 2015.

No. 124

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AM WIRELESS URUGUAY S.A. Y OTRA con PODER EJECUTIVO. Acción de nulidad" (Ficha No. 705/12).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 14 de setiembre de 2012 comparecieron Diego Galante y Martín Pérez Tomeo, en representación de AM WIRELESS URUGUAY SA y TELSTAR SA, entablando demanda de nulidad contra la Resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación (URSEC) contenida en el Acta número 035/2011 de fecha 15 de diciembre de 2011 y la Resolución de la URSEC número 23 Acta 003 del 17 de febrero de 2012, en cuanto por dichas resoluciones se les intima a las accionantes a manifestar si se encuentran prestando servicios de telecomunicaciones por medio de despliegue de fibra óptica, y en caso de respuesta afirmativa se aporte detalle de las características técnicas de la infraestructura desplegada, fecha del comienzo del servicio y condiciones del contrato, así como intimar el cese en la prestación del servicio de transmisión de datos por medios alámbricos en un plazo de 45 días.

La accionante manifiesta que CLARO es una empresa multinacional dedicada al servicio de las telecomunicaciones que opera en Uruguay mediante dos sociedades anónimas AM WIRELESS URUGUAY SA y TELSTAR SA, las que operan en el Uruguay habiendo obtenido decenas

de autorizaciones, existiendo resoluciones expresas que amparan los servicios de fibra óptica como los diversos servicios que se prestan a organismos gubernamentales tendientes a la autorización del tendido de fibra óptica para posterior uso.

Puntualizaron que la fibra óptica se trata de un mecanismo terrestre de transmisión de datos consistiendo en un conductor de luz que puede llevar una capacidad muy elevada de datos de un punto a otro comparado con el anterior cable de cobre, y que según la Ley de Empresas Públicas 16.211 se incluye dentro del concepto de telecomunicaciones los “medios ópticos”, siendo según lo establece la ley 14.235 (Carta Orgánica de ANTEL) la telefonía básica la única prestación que debe prestarse en exclusividad por ANTEL, estando los demás servicios de telecomunicaciones fuera del monopolio legal y regulados por la ley 16.211 que encomendó al Poder Ejecutivo autorizar y controlar la instalación de nuevos servicios de telecomunicaciones, por lo que estas actividades se encuentran amparadas en los principios generales de libertad e igualdad reconocidos en nuestra Constitución.

Afirmaron que esta política fue ratificada por la ley 17.296 y el Decreto 115/003 que reglamentó la habilitación genérica contenida en dicha norma, salvo en casos que se exija la realización de procedimientos competitivos, la adjudicación de licencias se otorgará ante su solicitud previo cumplimiento de determinados requerimientos.

Sostuvieron que quienes están habilitados para prestar el servicio de telecomunicaciones tiene libertad absoluta para la elección de los medios a través de los cuales prestarán su servicio, este es el principio de “neutralidad tecnológica” recogido en el ley 17.296, art. 72, y Decreto

115/003, art. 4, y a luz de este principio no se explica cómo si el Poder Ejecutivo autorizó a CLARO a tender fibra óptica, luego la URSEC pretenda que CLARO no utilice la misma para prestar sus servicios a los clientes, dado que la URSEC no puede por sus propias resoluciones dejar sin efecto, limitar o desconocer un acto administrativo del Poder Ejecutivo, lo que configura una actuación contraria a la regla de Derecho por parte de este organismo.

Argumentaron que las empresas habilitadas a prestar servicios de telecomunicaciones tienen el derecho de elegir los medios tecnológicos a través de los que podrán actuar, sin embargo la URSEC ha inhibido de actuar a CLARO en beneficio de otro competidor en el mercado: ANTEL, existiendo una gran incongruencia en las mismas en cuanto se reconoce la existencia de neutralidad tecnológica y simultáneamente se sostiene que una empresa no puede utilizar determinada tecnología, cuando CLARO fue autorizada a prestar servicios de telecomunicaciones a través de cualquier medio terrestre, incluido el uso de fibra óptica, y siendo que el Poder Ejecutivo ha comprendido a la fibra óptica dentro de los medios terrestres de transmisión de datos.

Alegaron que las resoluciones impugnadas atentan contra el Tratado de Libre Comercio firmado entre Uruguay y México, dado que a CLARO le es de aplicación dicho tratado que tiene como objetivo ofrecer a los agentes económicos “reglas claras y previsibles para el desarrollo del comercio” norma que no fue tomada en cuenta por la URSEC dado que su conducta ha sido ilegítima dado que el art. 11-03 de dicha norma prevé que se garantizará que exista acceso a servicios de telecomunicaciones.

Manifestaron asimismo que los actos impugnados atentan contra las normas de defensa de la competencia que establecen que el Estado no puede extender privilegios legales o prohibiciones hacia mercados en los que carece de privilegios especiales, dado que quiebran la igualdad que debe imperar en la prestación de servicio de transmisión de datos, siendo la URSEC el organismo que debería velar por proteger la competencia.

Afirmaron que la política de la URSEC atenta contra el objetivo de la Ley de Defensa de la Competencia en cuanto a la protección de los consumidores, dado que las limitaciones a la libertad de empresa establecidas ilegítimamente para CLARO, lo que significa reducir las opciones de elección de los consumidores, dado que aquellos clientes de CLARO que recibían servicios mediante fibra óptica vieron afectado el servicio recibido en virtud de las resoluciones procesadas, lo que tuvo un gran impacto en la imagen comercial de la empresa como en su facturación y la rentabilidad del negocio en su conjunto, máxime cuando las inversiones asociadas a estos servicios no son reutilizables.

Sostuvieron que la actuación de la URSEC atenta contra la Ley de Inversiones mediante la cual se declaró de interés nacional la promoción de inversiones comprometiéndose el Estado a no perjudicar la gestión de las inversiones mediante medidas “injustificadas”; y que se afectó en la especie el principio del debido proceso dado que no se dio vista previa para que la empresa defendiera la legalidad de su actividad.

En definitiva, solicitaron el amparo de la demanda.

II) A fs. 98 comparece Isabel Maassardjian, en representación de la Presidencia de la República y de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, contestando la demanda.

Indicó que por Resolución del Poder Ejecutivo número 293/004 y de URSEC número 194/004 se autorizó a AM WIRELESS URUGUAY SA la prestación de un servicio de comunicaciones móviles por un plazo de 20 años y la asignación de derechos de uso de frecuencias en la banda de 1900 MHz, y con relación a la utilización de fibra óptica, la Resolución de la URSEC número 463 de 11 de octubre de 2007 autoriza a la empresa la utilización de fibra óptica en el departamento de Montevideo, con la finalidad de interconectar radiobases de su sistema de telecomunicaciones móviles, estableciendo que “su utilización para otros fines, deberá contar con la respectiva autorización o licencia”.

Continúa afirmando que, en lo que respecta a TELSTAR SA, en fecha 19 de agosto de 1999 se autorizó a la empresa TECHINT SA la instalación y operación con carácter comercial de una red inalámbrica de banda ancha, para la prestación de servicio de transmisión de datos, habiendo TECHINT SA cedido los derechos y obligaciones emergentes de dicha resolución y posteriormente, por Resolución del Poder Ejecutivo 455/001, se le autorizó la prestación del servicio de transmisión de datos con carácter general.

Indicó que por Resolución del Poder Ejecutivo número 1732/001 se autorizó provisoriamente a TELSTAR SA la prestación del servicio de transmisión de datos de carácter internacional por medios terrestres, indicando que debe interpretarse por “medios terrestres” solamente lo inalámbrico, surgiendo de los propios dichos de las accionantes que la referencia a medios terrestres es por oposición a satelital.

Puntualizó que AM WIRELESS URUGUAY SA está autorizada a prestar el servicio de telecomunicaciones móviles mientras que TELSTAR

SA está autorizada a prestar los servicios de transmisión de datos y de telefonía de larga distancia, y mientras la transferencia del paquete accionario de TELSTAR SA a favor de AM WIRELESS no se perfeccione mediante la aprobación del Poder Ejecutivo, dicha empresa no está autorizada a prestar servicios de transmisión de datos.

En cuanto al concepto de neutralidad tecnológica indicó que implica el reconocimiento de la libertad de adopción de tecnologías para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, y que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 8 del Decreto 115/03 las empresas podrán brindar servicios en los términos que lo determine cada acto administrativo.

Indicó, que los actos recurridos tienen carácter preparatorio orientados a lograr el cumplimiento de lo requerido careciendo de la capacidad de producir efectos jurídicos lesivos y dado que no es susceptible de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas; y que en cuanto a la actuación de la URSEC la misma tiene entre sus cometidos controlar el cumplimiento de los prestadores de servicios de las normas jurídicas aplicables y tiene los poderes jurídicos necesarios para solicitar información y por ello la circunstancia de que esta información pueda ser calificada como reservada no constituye un obstáculo.

Apuntó que deben rechazarse los argumentos invocados por las accionantes en lo relativo a que se ha actuado en contra de lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con México y de las normas relativas a la Defensa de la Competencia, dado que en cuanto a las normas de defensa de la competencia, la URSEC es el órgano de aplicación que tiene como objeto fomentar el bienestar de los consumidores y usuarios, prohibiendo el abuso de posición dominante.

Refirió a la Ley sobre Inversiones rechazando los argumentos de las accionantes en cuanto a que la URSEC vulneró dicha normativa, ya que las franquicias establecidas en la ley refieren a beneficios fiscales, no vinculándose con los actos administrativos cuya anulación se pretende.

Apuntó que los argumentos invocados por la accionante no aportan elementos para determinar violación al debido proceso, ya que se les notificó de la intimación realizada, habiendo sido impugnada en vía administrativa.

En definitiva, solicitó la confirmación del acto impugnado.

III) Se abrió el juicio a prueba, habiéndose diligenciado la que luce certificada a fs. 135, habiendo producido prueba la parte actora, no así la parte demandada.

IV) Alegaron las partes por su orden a fs. 141 y 152, respectivamente.

V) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 495/2013 de fs. 158), aconsejó la confirmación del acto administrativo encausado.

VI) Se citó para sentencia (fs. 117), pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que, se ha agotado la vía administrativa e interpuesto tempestivamente la acción de nulidad, por lo que corresponde que el Tribunal se aboque al examen y decisión del litigio planteado.

II) Que, AM Wireless Uruguay S.A. y Telstar S.A., impugnan las resoluciones dictadas por la URSEC, contenidas en las Actas

Nº 035/2011, del 15 de diciembre de 2011 y la Nº 023, Acta Nº 003, del 17 de febrero de 2012 (fs. 5 y 86 A.A.).

Por la primera, se intimó a las empresas actoras a que, en carácter de declaración jurada, informaran “...si actualmente están prestando servicios de telecomunicaciones por medio de despliegue de fibra óptica directamente al cliente...” (literal a); y, en caso afirmativo, detallaran. “... i. características técnicas de la infraestructura desplegada, incluyendo trazados y capacidades, ii. De los clientes, indicando ubicación (calle, número de puerta, localidad y ciudad), fecha de comienzo del servicio y condiciones del contrato...” (literal b).

Recurrido este acto en vía administrativa, resolviendo el recurso de revocación, la URSEC emitió la segunda resolución prealudida supra, por la que deja sin efecto la información relacionada en el punto ii) del literal b) de la impugnada, manteniendo en lo demás el citado acto, e: “...intimar a Telstar S.A. y AM Wireless Uruguay S.A. el cese en la prestación del servicio de transmisión de datos por medios alámbricos, en un plazo de 45 (cuarenta y cinco) días corridos a contar del siguiente a la notificación de la presente resolución...”.

Así las cosas, entonces, y tal como lo estipula el artículo 60 del Decreto-ley 15. 524, si ha mediado revocación parcial o reforma del acto originario, creador de la situación de perjuicio que se invoca, “...se entenderá como objeto del juicio el acto administrativo tal como quedara a raíz de la modificación prealudida...”.

En síntesis, la resolución contenida en el Acta Nº 035 del año 2011, con la reforma y revocación introducida por la resolución Nº 023 del año 2012, se limita a dos intimaciones: a) la prevista en el ordinal a) y en el b)

punto i), mantenida en la resolución N° 023 (ordinal 2° de la parte resolutive); y, b) la dirigida a Telstar S.A. y AM Wireless S.A. en el sentido de cesar el servicio de la transmisión de datos por medios alámbricos (ordinal 3° de la parte resolutive del acto de fs. 86 a 87 A.A.).

La controversia se ha planteado conforme a las alegaciones formuladas por las partes, las que han sido suficientemente desarrolladas en el Capítulo de Resultando, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.

III) Que, en cuanto a la primera intimación, esto es, la establecida en Acta de fs. 5 A.A., a juicio de la Sede, se trata de un simple pedido de información de parte del órgano regulador a las empresas accionantes, formulada en los términos que allí emergen.

Constituye una disposición no procesable, pues se trata de una medida preparatoria que no es susceptible de lesionar la esfera jurídica de los accionantes, no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas; por lo que, al respecto, no se verifica los extremos exigidos por el artículo 309 de la Constitución de la República.

En torno al punto en estudio, cabe coincidir con la demandada en cuanto a que la referida intimación no define la cuestión planteada, constituyendo meramente un acto preparatorio (artículo 24 del decreto-ley 15.524).

IV) Que, en cuanto a la intimación dispuesta por resolución N° 023, referida al cese de la prestación del servicios de trasmisión de datos por medios alámbricos, por parte de las empresas demandantes (ordinal 3°, fs. 87 A.A.).

En este orden de ideas, la Sede considera que la misma constituye un apartamiento de la regla general que viene de expresarse en el Considerando anterior; y, en hipótesis similares, el Tribunal ha sostenido, que se trata de actos procesables en la medida que resultan pasibles de lesionar derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.

En conceptos enteramente aplicables al caso que nos ocupa, en sentencia N° 676 del año 2003, el Colegiado sostuvo que: “.....si bien en principio y de conformidad al encuadre de la Intimación como mero acto preparatorio, insusceptible -de suyo- de crear situaciones jurídicas lesivas por sí mismas y que, por consecuencia, quedaría excluida de la categoría que privilegia el artículo 309 de la Constitución, las particularidades del caso en examen -como también sucede en otras situaciones- determinan una solución diversa.

Y ello, porque el acto aquí encausado determina una concreta toma de posición de la Administración respecto de la cuestión sustancial generadora de la intimación, circunstancia que origina, desde ese momento, una situación jurídica lesiva de los derechos e intereses de la interesada, lo cual legitima a ésta para resistir, desde ese momento, la conminatoria cursada y la habilita, en consecuencia, para recurrir el acto que la ordena y, en su oportunidad, para acudir a la instancia anulatoria jurisdiccional.” (sentencia N° 417 /2002).

Es decir, que en el caso, el acto procesado expresa una determinación de la Administración, que impone una específica conducta al administrado: retirar los materiales que forman las fincas.

En tales casos, como puntualiza el Dr. Héctor Giorgi y en ello concuerda el Prof. Enrique Sayagués Laso: “las resoluciones de trámite e

interlocutorias pueden ser, en ciertos casos, lesivas de derechos e intereses legítimos (Giorgi, Héctor: El Contencioso de Anulación, pág. 159 y ss., y Sayagués, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, edic. 1959).

En consecuencia, el acto cuestionado es un acto procesable, pues no se trata de una mera intimación, carente de consecuencias jurídicas, que se agota en sí misma, sino que, por el contrario, constituye una decisión de mérito acerca de la permanencia, retiro o demolición de las construcciones.....”.

En igual sentido, en sentencia N° 164/2009, se dijo que: “....O sea, a través de las intimaciones efectuadas, la hoy demandada concretó la voluntad administrativa de proceder a la desocupación del inmueble, generando ello, sin dudas, una situación jurídica lesiva de los intereses de las actores; ergo, procesable (cfm. sentencias N° 142/2003, 713/ 2003, 648/2007...”.

En el asunto que nos ocupa, es muy claro que la razón de ser de la intimación reposa en una toma de posición del Organismo Regulador sobre el tema de fondo, esto es, la prestación de servicios de transmisión de datos, vía fibra óptica, que despliegan las empresas demandantes; postura que, es de toda evidencia, resulta lesiva para los intereses de las empresas demandantes.

En suma, a este aspecto del acto resistido, es que cabe limitar el objeto del proceso y, en consecuencia, a él ceñir el análisis del mérito del asunto.

V) Que, en cuanto a la ausencia de vista previa, alegada por la parte actora, en el ordinal IX) de su escrito de demanda (fs. 88 vto. a 89 de infolios), previo al dictado del acto impugnado.

Como viene de exponerse, ante esta Sede resulta procesable sólo la parte del acto administrativo que intima el cese de la prestación de servicios de transmisión de datos, vía fibra óptica.

Respecto al agravio en estudio, señala en su voto el Sr. Ministro, Doctor Ricardo Harriague: “...Respecto del vicio procedimental denunciado relativo a la omisión de conferir vista previa al acto impugnado, es de rechazo que la parte actora haya caído en indefensión con tal omisión. A la luz del principio del finalismo o trascendencia que informa las nulidades en el procedimiento administrativo (artículo 7° del Decreto 500/ 991), si bien nunca hubo un conferimiento formal de vista de los actos de intimación enjuiciados, no puede dejar de advertirse que el acto de intimación relevante a los efectos del presente proceso fue adoptado en vía recursiva, después que la actora tuvo la oportunidad de presentar un extenso escrito de fundamentación de los recursos interpuestos (A. A. fs. 15 - 42), en donde pudo articular y esgrimir sus descargos y defensas en el tema de fondo en discusión. Los puntos de vista esgrimidos fueron debidamente examinados por la Administración (vide, informe técnico de fs. 80 a 85 de los A.A.), antes de adoptar la resolución definitiva de intimación procesable en estos obrados. Así pues, entiendo que la omisión ritual de conferir vista en el caso deviene ininfluyente ya que no puede hablarse de que el acto procesado no cumpla con su fin debido, haya causado indefensión o disminuido las garantías del debido proceso administrativo...”.

En similar sentido, se expresa en su voto la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón: "...El examen de los antecedentes da cuenta que, si bien formalmente no existió una vista previa, por la forma en que se adoptó la resolución de intimar a las actoras, éstas tuvieron la oportunidad de presentar previamente sus descargos y de que éstos fueran debidamente examinados.

En efecto, la adopción de la decisión de intimar a las actoras el cese de la prestación del servicio de transmisión de datos por medios alámbricos, se adoptó luego que las actoras, al fundamentar un recurso administrativo movilizado contra un acto de intimación anterior, presentaron un extenso escrito en el que, con total detalle, esgrimieron las razones por las que entendían que estaban habilitadas a prestar el servicio.

Y debe reconocerse que esos argumentos jurídicos fueron seriamente examinados en el informe de la Dra. Coronel, luciente a fs. 80-85 de los A.A.

En definitiva, los eventuales defectos rituales que puedan advertirse en el procedimiento, distan de ser trascendentes y, en el mejor de los casos, se trata de irregularidades totalmente ininfluyentes. Consta que las actoras tuvieron la oportunidad de plantear sus argumentos y de que éstos fueran seriamente examinados. El Decreto 500/991, en su artículo 7º, prevé que los actos que se cumplen con vicios de forma son nulos, pero condiciona esta consecuencia a que el acto no cumpla el fin debido o haya causado indefensión o disminuido las garantías del debido proceso.

Como señala CAJARVILLE, este artículo 7º consagra el principio de trascendencia, propio de la teoría de las nulidades: el incumplimiento de forma no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que produce.

Acertadamente, el Decreto aprecia la trascendencia o relevancia en relación con el fin propio del acto de procedimiento vicioso y con las garantías que el derecho otorga al interesado en el procedimiento, y no en relación con la legalidad o ilegalidad material o de fondo del acto final.

El vicio formal provocará la nulidad del propio acto que lo padece, si impide que cumpla con el fin propio de ese acto o si provoca disminución de las garantías del procedimiento o -en caso extremo- indefensión (Cfm. “Procedimiento.....”, pág. 58).

En la emergencia, si se examina el caso a la luz del principio de trascendencia se advertirá fácilmente que no hay vicio alguno que pueda inficionar el acto residenciado, pues las actoras tuvieron oportunidad de plantear sus argumentos antes del dictado del acto y de que éstos fueran seriamente examinados....”.

En conclusión, corresponde desestimar el agravio planteado.

VI) Que, en cuanto al punto planteado por la URSEC, referido a que, hasta que se apruebe por el Poder Ejecutivo la cesión de las autorizaciones y del paquete accionario de Telstar S.A. a AM Wireless Uruguay S.A., ambas constituyen dos empresas diferentes; y, en tal sentido, AM Wireless no está autorizada a prestar servicios de transmisión de datos y de telefonía de larga distancia, estándolo, en cambio, para prestar el servicio de telecomunicaciones móviles (fs. 101 a 102 de infolios).

En primer lugar, corresponde señalar que, a la luz de las actuaciones administrativas acordonadas, es dable compartir lo aseverado por la URSEC, en cuanto a que, jurídicamente, AM Wireless Uruguay S.A. y Telstar S.A. constituyen dos personas jurídicas diferentes.

Con este punto de partida y teniendo presente lo dispuesto en el acto resistido, relativo al cese en la prestación de servicios de transmisión de datos por medios alámbricos, la cuestión planteada por la demandada se vincula directamente con la legitimación causal activa de AM Wireless Uruguay S.A. en este proceso.

En efecto, conforme surge de la resolución N° 194, dictada por la URSEC, el 24 de junio de 2004, se autorizó AM Wireless Uruguay S.A. a la prestación del servicio de telecomunicaciones por un plazo de veinte años (fs. 151 y 152 A.A.).

Luego, por resolución 463 del 11 de octubre de 2007, el Regulador autorizó a la precitada empresa a “...la utilización de fibra óptica en el Departamento de Montevideo, destinada a interconectar las radiobases de su sistema de telecomunicaciones móviles...” (fs. 155 y 156 A.A., subrayado del Redactor).

Asimismo, la resolución del Poder Ejecutivo N°401/011, dictada el 9 de agosto de 2011, autoriza el tendido de ductos y de fibra óptica a todas las empresas que en la actualidad operan en el mercado local, “...exclusivamente para la prestación de los servicios de telecomunicaciones autorizados por las licencias correspondientes...” (fs. 198 y 199 A.A., subrayado del Redactor).

Es decir, pues, la intimación encausada refiere a la prestación del servicio de transmisión de datos por medio alámbricos, prestación para la cual AM Wireless Uruguay S.A. no cuenta con la autorización correspondiente y, por tanto, su situación no encuadra dentro del presupuesto objetivo del acto en cuestión.

Siguiendo las enseñanzas de CAJARVILLE, cabe recordar que: “...si la norma es abstracta, el interés comprometido será directo en todos los acontecimientos comprendidos en la categoría que define el supuesto normativo; y si es concreta, el interés comprometido será directo sólo en el acontecimiento ubicado en el espacio y en el tiempo alcanzado por el supuesto normativo...” (Revista de Derecho Público, N° 43, pág. 153).

En conclusión. Cabe desestimar la demanda respecto de AM Wireless Uruguay S.A. por falta de legitimación activa.

VII) Que, en cuanto a la situación de Telstar S.A. respecto del tema en cuestión.

El literal d) del artículo 94 de la ley 17.296 dispuso que compete al Poder Ejecutivo habilitar genéricamente la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones por particulares, estableciendo que no se requerirá autorización para brindarlos, sin perjuicio de la concesión de frecuencias u otros bienes escasos que pudieran requerirse.

A su vez, el Decreto 115/003, reglamentando el punto, en su artículo 8° estableció que: “...La licencia para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros o al público en general habilita la prestación de servicios de telecomunicaciones dentro, del Área de Servicio definida, para brindarlos en los términos que lo determine el acto administrativo correspondiente.....” (subrayado del Redactor).

En este sentido, como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: “...considero que es estéril ingresar al tema de debate acerca de si las telecomunicaciones se encuentran bajo un régimen de libre concurrencia o de exclusividad; lo cierto es que de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias citadas, es indudable que se trata de

un mercado regulado por un régimen de licencias otorgadas a tal fin y bajo la supervisión, control y fiscalización de un Organismo Regulador especializado en la materia.

Estamos ante derechos subjetivos condicionados o debilitados, los cuales en doctrina italiana se conocen como “dirittos affievolitos” o “dirittos riflessos”.

El propio Decreto 115/003 define en su artículo 5° a la licencia como “.....la autorización que otorga el Poder Ejecutivo, o en su caso la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, para la prestación de servicios de telecomunicaciones que se brinde a terceros o al público en general...”.

Quiere decir que el término “licencia” está empleado como sinónimo de “autorización” en la normativa referida, y en la clásica definición del Maestro SAYAGUÉS LASO “...la autorización puede definirse como el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que remueve el obstáculo establecido por el derecho objetivo...” (Tratado..., tomo I, pág. 414 - 415).

El Poder Ejecutivo, por resolución N° 709/999, del 19 de agosto de 1999, autorizó a Techint S.A. a instalar y operar, con carácter comercial, una red inalámbrica de banda ancha para la prestación en forma no exclusiva del servicio de transmisión de datos que no involucre la prestación de servicios de radiodifusión (radio y televisión) o telefonía (fs. 157 y 158 A.A.).

Por resolución N° 1085/000, dictada por el Poder Ejecutivo el 27 de setiembre de 2000, se autorizó a Techint S.A. la cesión de todos los derechos y obligaciones emergentes de la resolución N° 709/999, a favor del Telstar S.A. (fs. 159 a 161 A.A.).

Seguidamente, por resolución N° 455/001, el Poder Ejecutivo autorizó a Telstar S.A. a la prestación no exclusiva del servicio comercial de transmisión de datos con carácter nacional, con excepción de los servicios de telefonía y radiodifusión, "...través de un sistema que emplee tecnologías terrestres..." (fs. 162 a 163 A.A.).

Del texto de esta resolución no cabe concluir que la empresa actora tiene licencia para la transmisión de datos vía fibra óptica, en el entendido de que ésta constituye una tecnología terrestre, pero alámbrica.

Esta resolución N° 455 en estudio, no reconoce otro objeto ni fundamento que el pedido de Telstar S.A., para ampliar a todo el territorio nacional, el alcance de la primigenia resolución 709/999, referida ésta a la transmisión de datos por red inalámbrica.

En efecto.

En el "Visto" del precitado acto se da cuenta de la "...solicitud de la empresa "TELSTAR S.A." para que se le extienda a todo el territorio nacional, la autorización oportunamente otorgada para la prestación comercial del servicio inalámbrico de transmisión de datos..." y, previa información favorable de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, se concede la autorización pedida.

En suma, aunque el acto en estudio hable de tecnología terrestre, de ello no cabe inferir que se autoriza a prestar el servicio de transmisión de datos también por medio alámbrico, pues esta modificación del acto N°

709/999, no surge del texto de la resolución en estudio y, a estar al Visto de la misma, no fue objeto de solicitud de Telstar S.A.; de que la misma no tuvo otro objeto que formular una petición en el sentido de que se le autorizara a extender a todo el territorio nacional la prestación del servicio de transmisión de datos a que se refería la resolución 709/999, y que lo era por red inalámbrica.

Similares conclusiones cabe emitir respecto de las resoluciones de la URSEC N° 259/001 y la 544/010 (fs. 170 y ss., y fs. 182 y ss.) que, en lo que interesa la decisión del presente proceso, se trata de autorizaciones que se refieren a sistemas inalámbricos de transmisión de datos.

Especial hincapié han efectuado las demandantes en torno a lo establecido por resolución N° 401/011, en cuanto se autoriza el tendido de ductos y de fibra óptica a todas las empresas que operan en la actualidad en el mercado local.

Al respecto, se manifiesta que mientras el Poder Ejecutivo autoriza a CLARO a tender fibra óptica, la URSEC pretende que no la utilice para prestar sus servicios a los clientes. Se argumenta que ello evidencia que “...el uso de la fibra óptica está absolutamente liberado siempre que se cumpla con el pago de las cargas económicas impuestas producto de implicar el uso de predios del dominio público...” (fs. 77 de autos).

El Tribunal no comparte tal parecer.

Conforme al texto del artículo 1º, la autorización del tendido de ductos y de fibra óptica debe atarse con las licencias correspondientes; es decir, esos tendidos se autorizan “...exclusivamente para la prestación de los servicios de telecomunicaciones autorizados por las licencias correspondientes...”.

No se trata de una autorización indiscriminada para el empleo de fibra óptica, sino que dicha autorización tuvo un objetivo concreto y preciso: la prestación de los servicios autorizados, conforme a las licencias concedidas.

En suma, cabe concluir, con el informe obrante a fs. 80 y ss. A.A., en cuanto a que la autorización otorgada a Telstar S.A. no la habilita a prestar el servicio de transmisión de datos por medios alámbricos.

VIII) Que, cabe desestimar el agravio referido a que los actos resistidos violentan el principio de neutralidad tecnológica, el que, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 115/003 supone "...la libertad para la adopción de tecnologías para la prestación de los servicios de telecomunicaciones...".

En este orden de ideas, debe señalarse enfáticamente que dicho principio no puede servir de pretexto legítimo para transgredir o ir más allá del marco normativo establecido por la autorización pertinente conferida al prestador.

O dicho de otra manera, este principio no puede servir de plataforma para sortear los escollos que en el caso lo constituyen las licencias correspondientes; el principio en examen no constituye una vía de escape a la simétrica situación planteada entre la lícita prestación de determinados servicios y el otorgamiento de la autorización pertinente.

En cuanto a los agravios referidos a la violación del Tratado Uruguay-México, la ley de inversiones y las normas sobre defensa de la competencia, el Colegiado considera que no les asiste razón a los demandantes.

Coincidiendo con lo expresado en su voto por la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón es preciso consignar que: “...en lo inicial, ninguna violación se advierte del TLC Uruguay- México. Las referencias a ese texto normativo que hace la actora a fs. 79 vto. a 82 vto. son genéricas y no se advierte que los actos impugnados colidan, en lo más mínimo, con ninguna de esas disposiciones....Lo mismo corresponde señalar respecto a que se haya infringido la Ley de Inversiones N° 16.096. No se individualizan tampoco en forma clara cuáles serían las disposiciones violadas, desde que las referencias que se efectúan son de una total generalidad...”.

Tampoco se vislumbra fundamento para el agravio esgrimido respecto a que los actos impugnados atentan contra las normas de defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Tal como señala en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: “...la actora da por supuesto precisamente lo que constituye el objeto de la actual controversia, esto es, si se encuentra debidamente autorizada para prestar los servicios de transmisión de datos mediante el tendido de fibra óptica...”.

En realidad, los impugnados no constituyen de actos que atentan contra la competencia, sino que, más bien, se trata de resoluciones que la URSEC ha adoptado en el ámbito de sus cometidos y poderes jurídicos.

IX) Que, en síntesis, corresponde desestimar la demanda, por cuanto:

a) la intimación dispuesta por Acta N° 035/2011 (fs. 5 A.A.) no es procesable ante esta Sede (Considerando III);

b) en cambio, resulta procesable la intimación dispuesta por resolución N° 023/ 2012 (fs. 86 y ss. A.A.), conforme a lo expuesto en el Considerando IV).

Limitado así el objeto del proceso, cabe concluir que: 1) AM Wireless Uruguay SA. carece de legitimación activa para impugnar el acto procesable en cuestión, por las razones expuestas en el Considerando VI); 2) en tanto, que no resultan de recibo los agravios expuestos por Telstar S.A. (Considerandos V), VII) y VIII).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

F A L L A :

No haciendo lugar a la demanda (Considerando IX).

Sin especial condenación.

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. Olivera.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).