

Montevideo, 30 de mayo de 2007.

Consideraciones de A.N.DE.B.U sobre la revocación de permisos de radiodifusión según Resolución del Poder Ejecutivo de 28 de marzo de 2007.

Teniendo en cuenta:

- El tenor de los resultandos y considerandos de la Resolución del Poder Ejecutivo de fecha 28/03/07, por la que se resolvió revocar los permisos de radiodifusión otorgados al Sr. Aram Rupenian, Sr. Berch Rupenian y Parasel S.A. de las frecuencias 1.530 MHz “Radio Independencia”, 105.3 MHz “Radio Punta”, 94.3 MHz “Radio Concierto Punta” y 94.7 MHz “Concierto FM”,
- ANDEBU, como Asociación representativa de 165 empresas de radiodifusión y televisión para abonados de nuestro país, se encuentra en el deber y obligación de formular ante el Poder Ejecutivo las siguientes puntualizaciones:

ANDEBU ha promovido, desde siempre, la defensa de todo medio de comunicación que pudiera verse afectado frente a medidas directas o indirectas que conlleven a sanciones inadecuadas o desproporcionadas por parte del Estado, que puedan restringir la principal actividad de los medios de comunicación social como lo es

la función informativa, periodística y de difusión de contenidos, y a su vez restringir el derecho de los usuarios de recibir en forma libre y gratuita toda clase de informaciones y opiniones por diferentes vías y medios de comunicación.

ANDEBU reitera que se abstiene de actuar en forma directa en las instancias en las cuales la administración tributaria y otros organismos del estado cumplan con sus funciones, siempre que las mismas no afecten el ejercicio de derechos fundamentales como lo son la libertad de expresión y de información de un medio de comunicación, y el respeto a las garantías del debido proceso.

ANDEBU no ha sido ajena a la situación planteada con los referidos radiodifusores. Por el contrario: considerando "la situación de pública notoriedad planteada en materia tributaria y penal con las emisoras asociadas Concierto FM y Concierto Punta" y " la necesidad de tener información completa y suficiente sobre la referida situación" adoptó con fecha 22 de diciembre de 2005 la Resolución de :

- "Suspensión preventiva de las emisoras Concierto FM y Concierto Punta "
- "Incorporar el tema en forma permanente en el orden del día del Consejo Directivo de la Institución para su seguimiento".
- "Mantenerse expectantes y aguardar la adopción de resoluciones definitivas que se adopten por las autoridades: Administrativa, Civil y Penal".

Administración del espectro radioeléctrico – sanción de revocación

1.- La utilización de las frecuencias radioeléctricas se encuentra regulada por una compleja red de normas internacionales, regionales y nacionales cuya finalidad es garantizar un uso eficiente y equitativo del espectro radioeléctrico, sin interferencias perjudiciales que afecten el correcto funcionamiento del sistema.

2.- Las frecuencias radioeléctricas son patrimonio de la comunidad internacional y son atribuidas a los Estados para su administración mediante acuerdos internacionales y regionales celebrados entre los mismos, siguiendo las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

3.- Los Estados tienen, en ejercicio de un derecho soberano de reglamentar sus telecomunicaciones, la competencia de otorgar las licencias y autorizaciones correspondientes para la utilización de frecuencias radioeléctricas.

4.- Las licencias y autorizaciones, de acuerdo con las normas internacionales de la UIT, ratificadas por Uruguay, constituyen un requisito ineludible para la utilización de una frecuencia radioeléctrica y un funcionamiento armónico y coordinado del espectro radioeléctrico.

5.- La legislación nacional otorga al Poder Ejecutivo facultades discrecionales en la administración de las frecuencias radioeléctricas.

6.- Si bien el texto del Decreto - Ley Nº 14.670 no establece en forma expresa que las autorizaciones para explotar servicios de radiodifusión tienen carácter "revocable", del proceso de elaboración de esta norma legal (Antecedentes, proyectos presentados, discusión parlamentaria,

etc.) surge que la voluntad del legislador (Consejo de Estado), era establecer “autorizaciones” que pudieran ser revocables por la propia Administración dentro de los parámetros establecidos legalmente.

7.- El Dr. Cajarville expresa: “el carácter “precario“ de las autorizaciones en general para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico **no faculta a la Administración a modificarlas o dejarlas sin efecto en cualquier momento y por cualesquiera razones; porque aún para modificar situaciones revestidas de precariedad sólo puede hacerlo si existen precisas, determinadas y verdaderas razones de interés público que lo justifiquen**”. **“La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, ni de actuación ajena a todo límite. Por el contrario, uno de los límites consiste precisamente en conducirse de conformidad con el interés público que debe guiar toda actuación administrativa”**. (Dr. Juan Pablo Cajarville Peluffo - Consulta realizada por la Red Uruguaya de Televisión RUTSA).

8.- La sanción máxima de revocación: **“no importa desconocer las garantías jurídicas para el titular de la explotación privada de los servicios de radiodifusión. Concedida que sea la “autorización para la explotación de una frecuencia, el particular está amparado por el régimen de la concesión y podrá invocar la tutela jurídica para los derechos que emerjan del acto citado. Por el acto en cuestión el particular obtiene un derecho del que antes carecía y a su conservación en tanto se den los extremos legales dispuestos”** (Profesor Mariano Brito, “Algunas Reflexiones sobre la Ley de Radiodifusión”, Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Tomo I, 1978).

9.- Esta discrecionalidad significa, por tanto, que el Estado tiene el poder y deber de adoptar decisiones en materia de administración de las telecomunicaciones pero su actuación siempre debe ser ajustada a derecho, fundada en razones justificadas, verdaderas, y en supuestos de hecho ciertos y debidamente **probados**. Esto es lo que distingue la discrecionalidad de la arbitrariedad.

Dentro de la arbitrariedad no existe la necesidad de producir prueba de los fundamentos que determinan una resolución e inclusive se pueden tomar decisiones sin fundamento alguno. La discrecionalidad en cambio, exige a quien la ostenta la responsabilidad de esgrimir elementos debidamente justificados y probados como fundamento de sus legítimas decisiones.

10.- “La Administración debe tener la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones igualmente legítimas, posibilidad que se denomina discrecionalidad” (Enrique Sayagués Laso, Tratado de D. Administrativo TI, pág. 252).

11.- La revocación constituye, de acuerdo a lo previsto en el art. 4 de la Ley 14.670, la sanción máxima que discrecionalmente puede adoptar la Administración y su aplicación se encuentra ineludiblemente condicionada a la ocurrencia de situaciones de hecho, verdaderas, ciertas y probadas que impliquen incumplimientos graves generadores de responsabilidad.

Pérdida de requisitos de solvencia moral y solvencia económica como fundamento de la resolución de revocación

12.- El considerando III de la Resolución revocatoria, con acierto dispone que todo radiodifusor debe cumplir, conforme al Dec. 734/78, Arts., 8 y 9, determinados “requisitos personales”. Estos requisitos establecidos en la normativa (que la Resolución del Poder Ejecutivo no explicita a texto expreso), son la solvencia moral y la solvencia económica.

En el caso de referencia, el Poder Ejecutivo fundamenta la decisión de revocar los permisos, en la pérdida de los referidos “requisitos personales” por parte de los citados radiodifusores.

13.- De los Resultandos V, VI, y VII de la Resolución revocatoria y de los informes de Asesoría Letrada de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones y del Ministerio de Industria, Energía y Minería a los que se remite la Resolución, emerge con claridad que el Poder Ejecutivo ha considerado como hechos determinantes de la pérdida de los requisitos personales y su consecuente decisión de revocar los permisos, los siguientes hechos:

- A) La “clausura del establecimiento comercial por infracciones tributarias a la empresa Parasel SA” según sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5 Turno”.
- B) El auto de procesamiento por “Defraudación Tributaria” de los representantes de Parasel S.A., Sres. Aram y Berch Rupenian.
- C) La medida de “embargo genérico y específico “dispuesto a solicitud de la D.G.I. a la empresa Parasel S.A., a los Sres. Aram Rupenian, Berch Rupenian, María Bichakdjian, y a la empresa unipersonal de Berch Rupenian.

14.- De la simple lectura de estos resultandos se desprende claramente que ninguna de las circunstancias de hecho referidas como

irregularidades configurantes de una hipótesis de responsabilidad, constituyen hasta la fecha hechos probados y ciertos.

15.- Las presuntas infracciones tributarias determinantes de la clausura del establecimiento comercial, del auto de procesamiento (hechos A y B) y a criterio del Poder Ejecutivo de la pérdida del requisito personal de “solvencia moral” de los citados, y la consecuente resolución revocatoria, no son, indiscutiblemente, hechos probados, por el contrario se trata de situaciones de hecho cuya existencia y alcance han sido controvertidos y se discuten actualmente en un proceso judicial en el que aún la autoridad competente no se ha expedido. Más aún, el proceso penal ha comenzado recientemente no habiéndose realizado la etapa probatoria.

16.- La medida de embargo trabada a solicitud de la D.G.I., esgrimida por el Poder Ejecutivo para fundar la pérdida del requisito de “solvencia económica” de los citados (hecho C) y en consecuencia la resolución revocatoria, consiste en una medida cautelar, previa, provisoria, cuyo mantenimiento está naturalmente condicionado a un proceso judicial de naturaleza principal, en el que los demandados podrán articular su defensa, ofrecer prueba, y una vez diligenciada la misma, cumplidas todas las instancias procesales, finalizará con el dictado de una sentencia por la autoridad judicial competente.

17.- Por otra parte, esta medida cautelar no hace prueba por sí sola de la pretendida “insolvencia económica”.

El elemento determinante para poder establecer legítimamente la pérdida del requisito personal de solvencia económica lo constituiría, en su caso, el monto cierto de la deuda tributaria, y este monto cierto –

que confiere a la situación de hecho la necesaria certeza jurídica - aún no existe pues no ha habido pronunciamiento - ni siquiera en primera instancia - de la justicia competente.

18.- En este sentido importa señalar el Informe de la Asesoría Letrada de la URSEC de fecha 6 de marzo de 2007 en cuanto correctamente expresa: “Asimismo debe considerarse que los créditos exigidos por parte de la Administración” (DGI) “son litigiosos, existiendo acciones en trámite en diversas sedes judiciales (TCA, Juzgados civiles y Penales) extremo que no permite en esta instancia un acabado asesoramiento por parte de los informantes, para la valoración de los aspectos económicos.”

19.- Toda vez que el Poder Ejecutivo fundamente su decisión en un acto o hecho, en este caso la existencia de presuntas infracciones tributarias, de presuntos ilícitos penales, cuya existencia es objeto de controversia en un proceso judicial, debe, razonablemente, aguardar el dictado de una sentencia judicial firme.

Mientras no se dicte la referida sentencia por la justicia competente (la que podrá confirmar o desestimar la existencia de ese acto o hecho), cualquier resolución que adopte el Poder Ejecutivo tomando como base ese presunto acto o hecho, será precipitada e infundada colocando a la Resolución fuera del ámbito de la discrecionalidad que nuestro marco jurídico le reconoce a la Administración en esta materia.

20.- El propio texto de la Resolución del Poder Ejecutivo reconoce el apresuramiento en el que incurre en este caso cuando utiliza, como no

podría ser de otra forma, términos condicionales y presuntivos al referir a los hechos que motivan su decisión.

En este sentido, el considerando V se refiere a maniobras que “configurarían” infracciones tributarias, y el Considerando VI habla de “presuntas” infracciones tributarias.

21.- El mantenimiento por parte de la Administración de la sanción máxima de revocación de permisos con fundamento en situaciones “presuntas”, controvertidas, que se dilucidan en ámbitos ajenos, independientes, y respecto de las cuales los radiodifusores involucrados no han podido desarrollar plenamente su legítima defensa y ofrecer su prueba implicaría la consagración de una hipótesis de responsabilidad objetiva en un claro apartamiento al régimen legal, con consecuencias irreversibles en el caso que la autoridad judicial competente se expida en el sentido del rechazo de la configuración de infracción tributaria y delito de defraudación.

22.- En un Estado de Derecho, cualquier exceso en la discrecionalidad de las potestades del Estado frente a los derechos de los individuos, debe ser motivo de preocupación de todos y con más razón en materia de medios de comunicación, en que está en juego un valor, principio, y derecho que hace a la esencia de la democracia, como lo es la libertad de expresión.

23.- Teniendo en cuenta:

- que en nuestro Derecho, ya sea administrativo o penal, rigen los principios de presunción de inocencia y de responsabilidad subjetiva, por lo que para valorar una determinada conducta no puede

prescindirse del elemento subjetivo o culpabilidad del presunto infractor, y toda vez que no exista culpa, que es la base de la responsabilidad infraccional, no será lícito aplicar una sanción,

- que la determinación de si se han reunido los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el Código Tributario (arts. 96 y 110) para la configuración de la infracción tributaria (entre ellos la valoración de la "culpabilidad") es competencia, en vía administrativa, de la Dirección Nacional Impositiva, unidad ejecutora dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas y posteriormente en vía jurisdiccional administrativa, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

- que la determinación de la existencia de los elementos configurantes del ilícito de defraudación tributaria (art. 110 del Código Tributario) es competencia del Poder Judicial,

- que en la jurisdicción administrativa (T.C.A.) y en los procesos judiciales referidos, los radiodifusores tienen el derecho de articular su defensa y probar sus afirmaciones de conformidad con el principio de debido proceso legal consagrado en nuestra Constitución (art. 12),

- que no surge de las actuaciones administrativas instruidas en sede de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones y del Ministerio de Industria, Energía y Minería, a las que ha tenido acceso ANDEBU, evidencia de la tramitación de ninguna investigación administrativa llevada a cabo por estas oficinas sobre la conducta de los radiodifusores ni el más somero análisis sobre su culpabilidad en los hechos que se les imputan,

- que la Administración ha justificado la pérdida de requisitos personales de solvencia económica y solvencia moral, y por ende la aplicación de la sanción máxima de revocación de los permisos, únicamente en la existencia de los referidos procesos judiciales y en las actuaciones cumplidas en los mismos,

- que las actuaciones jurisdiccionales y procesos judiciales no han finalizado,

La Administración, en ejercicio de su facultad de actuar discrecionalmente, y en su obligación de alcanzar una “solución de justicia” legítima, ajustada a derecho, y evitar la causación de daños irreparables, debiera aguardar las resultancias definitivas de los procesos judiciales previamente a la imposición de la máxima sanción administrativa como lo es la revocación de un permiso de radiodifusión.

Toda vez que la medida ya ha sido dictada, correspondería que la Administración dejara sin efecto la resolución, o bien suspendiese la ejecución de la misma hasta que los órganos jurisdiccionales a los que la propia Administración ha reconocido competencia para evaluar la conducta de los involucrados, se expidan en forma definitiva.