

Régimen jurídico de la TV para abonados en el Uruguay*

por Carlos Delpiazzo

ME GUSTARIA COMENZAR haciendo dos puntualizaciones que resultan imprescindibles. La primera es que, siendo ministro interino de Defensa Nacional, fui firmante del decreto nº 349/90, por el cual se regula el régimen de la televisión para abonados en el Uruguay. En segundo lugar, ese hecho me obliga a señalarles que lo que aquí diga no compromete al Poder Ejecutivo ni a la Universidad Católica, sino que es el reflejo de mi pensamiento personal anterior, contemporáneo y posterior a la firma de ese decreto.

El autor

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay, y en el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM).

Perspectiva comparada

Antes de hacer referencia a nuestro régimen jurídico en materia de televisión para abonados, me parece útil señalar muy brevemente cuál es el

* Versión corregida de la exposición realizada el 9 de mayo de 1994 en el foro sobre Situación de la TV cable en Uruguay, organizado por la Facultad de Comunicación Social de la Universidad Católica del Uruguay.

régimen jurídico de la televisión en el Derecho comparado —es decir, en el contexto de los países no sólo de la región sino extrarregionales—.

Podríamos afirmar que en el mundo hay básicamente tres regímenes jurídicos con relación a la televisión, tanto a la televisión abierta —aquella que se transmite a través del éter y estamos acostumbrados a utilizar— como a la televisión para abonados, que es un fenómeno todavía novedoso para nuestro país.

En primer lugar tenemos el régimen de la televisión pública, que es el de aquellos países donde ella está en manos de organismos de derecho público, generalmente asociados al gobierno. Por ejemplo, la ley italiana de 1975 establece que la televisión es de la reserva del Estado y además la considera un servicio público. De esta manera, aun cuando el Estado no preste concreta y efectivamente el servicio de televisión y un particular resuelva asumirlo, no puede hacerlo en ejercicio de un derecho propio, sino que requiere una concesión de quien tiene esa reserva: el Estado.

Un segundo modelo o un segundo régimen es el de la televisión privada, a cuyo respecto muchas veces se advierten confusiones entre la libertad de expresión y la libertad de empresa informativa, que son cosas distintas. En el primer caso estamos hablando del derecho a la libre expresión de lo que se piensa; en el segundo hablamos de una manifestación de la libertad de empresa, que es la de instalar una empresa informativa. Ocurre algo similar en el campo de la educación: una de las manifestaciones de la libertad de educación es la libertad de instalar empresas de enseñanza, pero eso no quiere decir que haya una coincidencia entre estos dos derechos, tema que vale la pena señalar, porque en la práctica y en la discusión incluso legislativa ha generado innúmeras confusiones.

En relación con este tema de la televisión exclusivamente privada, hace muy pocos días llegó a mis manos un libro que se llama *Las libertades públicas*, escrito por el profesor Ramón Soriano, catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política, y decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Huelva. En un capítulo dedicado justamente al tema de la libertad de información y la televisión, analiza el tema de la televisión privada y muestra cómo Europa está viviendo la discusión de la alternativa televisión pública / televisión privada. Concretamente, dice lo siguiente:

“Disipar los temores de una mercantilización de la televisión privada es tarea bastante difícil pero no imposible, como también es atrevido confiar en los buenos oficios de una legislación controladora que sea eficaz. Una ojeada a las normas reguladoras de la televisión privada nos pone en evidencia que se trata de controles mínimos, y muchas veces formales, dejando a salvo los contenidos de los programas televisivos que seguirán sus propias reglas y no las reglas de los intereses sociales”.

En función de ello, el autor realiza un cierto cuestionamiento del modelo de televisión exclusivamente privado, por entender que responde más puntualmente a los intereses comerciales de las empresas que a los intereses de la sociedad.

Finalmente, tenemos el denominado modelo mixto, en el cual encontramos televisión pública y televisión privada. Es el régimen que existe actualmente en España, y de alguna manera es también el que existe en nuestro país, donde hay televisión pública y televisión privada, aun cuando se nota —es obvio— un marcado predominio de las empresas privadas de televisión.

Cuando es este modelo el que se desarrolla, no debe olvidarse uno de sus principios rectores: el principio de subsidiaridad de la actuación estatal. Es decir que se privilegia la libertad de los particulares, pero el Estado asume, en atención a los intereses sociales, un rol que más que de controlador es de competidor en la satisfacción de aquellos intereses que se estiman particularmente relevantes para la sociedad.

Perspectiva nacional

Con esta referencia al marco de lo que podemos llamar el Derecho comparado, haremos una reseña muy breve del régimen jurídico nacional. Luego veremos cómo se encuadra este nuevo fenómeno de la televisión para abonados, desde el punto de vista conceptual y desde el punto de vista del Derecho positivo.

El primer antecedente destacable en ésta materia lo constituye el hoy derogado decreto nº 119/984 de 27 de marzo de 1984, por el cual se definió la televisión por cable como *"un servicio de telecomunicación que se propaga por medio de una guía artificial (cable o similar) y cuyas emisiones están destinadas a la recepción directa para abonados"* (artículo 1º). Su autorización precaria se confió al Poder Ejecutivo y el control de su instalación y funcionamiento a ANTEL y a la DINARP (artículo 2º), aplicándose, en lo pertinente, lo dispuesto por el decreto nº 734/978 de 20 de diciembre de 1978 (reglamentario del decreto-ley de radiodifusión nº 14.670 de 23 de junio de 1977).

Poco tiempo después, por decreto-ley nº 15.671 de 8 de noviembre de 1984, se crea la Dirección Nacional de Comunicaciones (DNC) en el ámbito del Ministerio de Defensa Nacional, desgajándose algunos cometidos de la competencia de ANTEL. Conforme al numeral 2º de su artículo 3º, se comete a la DNC *"ejercer la supervisión técnica y operativa de las emisiones radioeléctricas y de televisión por cable"*, reservándose el Poder Ejecutivo el otorgamiento de *"las autorizaciones para la instalación y funcionamiento de las estaciones de radiodifusión y de televisión por cable"* (artículo 4º).

Además, el artículo 10 del citado decreto-ley dispuso: *"Declárase aplicable, para los servicios de televisión por cable en lo pertinente, el régimen estatuido en las leyes 14.670 de 23 de junio de 1977 y 14.442 de 21 de octubre de 1975"*. El primero de dichos actos legislativos regula la prestación de los servicios de radiodifusión, en tanto el segundo establece un régimen de servidumbres para la fijación de instalaciones de telecomunicaciones.

Fundándose en el decreto-ley nº 15.671 y considerando que el decreto nº 119/984 ha sido superado tanto por los avances tecnológicos como por la diversidad de prestaciones que se pretenden, el Poder Ejecutivo dictó el decreto nº 349/990 de 7 de agosto de 1990 con el objeto de regular *"el servicio de telecomunicaciones que se propaga por medio de señales codificadas o una guía artificial (cable o similar) y cuyas emisiones están destinadas a la recepción directa para abonados"* (artículo 1º).

Dicho servicio podrá ser operado por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con autorización del Poder Ejecutivo, previo informe de la DNC (artículo 3º), debiendo cumplir las solicitudes una serie de requisitos (artículo 7º y siguientes) y quedando su funcionamiento sometido a control de la DNC (artículo 29 y siguientes).

Al aprobarse la ley de reforma del Estado nº 16.211 de 1º de octubre de 1991 (artículos 8º y 9º), se sustituyen los artículos 3º y 4º del decreto-ley nº 15.671 antes citados, disponiéndose que compete a la DNC *"ejercer la supervisión técnica y operativa de las emisiones radioeléctricas y de televisión cualquiera fuere su modalidad"*, y que al Poder Ejecutivo corresponde *"autorizar y controlar el funcionamiento de estaciones de televisión y radiodifusión"*.

Obsérvese que mientras la norma sustituida se refería en ambos casos a "televisión por cable", los nuevos textos refieren a emisiones de *"televisión cualquiera fuere su modalidad"* y a *"estaciones de televisión"* en general.

Por decreto nº 125/993 de 12 de marzo de 1993, se introdujo una serie de normas para la mejor administración, defensa y control del espectro radioeléctrico del país, declarando aplicables las mismas al servicio de televisión para abonados (artículo 8º). El fundamento de esta extensión, particularmente en lo que refiere a la reserva a los nacionales en el ámbito de la radiodifusión, estuvo dado por el entendido de que *"no se justifica una diferente y especial regulación de los requisitos a cumplir por las personas jurídicas interesadas en la explotación de servicios de televisión por cable o [señales] codificadas respecto del régimen general previsto en el Decreto 734/978 de 20 de diciembre de 1978 y su modificativo Decreto 350/986 de 8 de julio de 1986 para la prestación de servicios de radiodifusión"* (considerando III).

Finalmente, el decreto nº 153/993 de 30 de marzo de 1993, al introducir modificaciones al régimen tarifario correspondiente a los servicios administrados

por la DNC, incorpora entre otras definiciones la de *"servicio de televisión para abonados"* (artículo 8º), diciendo que es el *"servicio de telecomunicaciones que se propaga por medio de señales radioeléctricas codificadas o una guía artificial (cable o similar) y cuyas emisiones están destinadas a la recepción directa para abonados al sistema"*.

De modo consistente con dicha definición y con la ampliación resultante de las disposiciones citadas de la ley nº 16.211, la resolución del Poder Ejecutivo de 6 de julio de 1993 —por la que se aprobaron las bases para el llamado público a interesados en la explotación del servicio de televisión para abonados en Montevideo— distinguió entre sistemas radioeléctricos (UHF codificado o MMDS) y por redes de cables (numeral 1º), estableciendo que *"los proyectos o subsistemas que requieran la utilización de frecuencias radioeléctricas estarán condicionados a la disponibilidad de las mismas por parte de esta Administración"* (artículo 3º). Obviamente, esta limitación no rige para los proyectos de cable, aclarándose que podrá autorizarse *"la total o parcial superposición de dos o más redes de cable y hasta cuatro sistemas radioeléctricos"* (artículo 19).

En lo que refiere a normas internacionales, nuestro país ha ratificado, entre otras, la Convención Internacional de Telecomunicaciones suscrita en Torremolinos el 25 de octubre de 1973, por decreto-ley nº 14.705 de 23 de setiembre de 1977; la Convención Internacional de Telecomunicaciones suscrita en Nairobi el 6 de noviembre de 1982, por decreto-ley nº 15.604 de 27 de julio de 1984, y la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), por ley nº 16.303 de 14 de setiembre de 1992. Asimismo, por decreto-ley nº 15.262 de 23 de abril de 1982 se aprobó el acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite (Intelsat) y su acuerdo operativo, celebrados en Washington el 20 de agosto de 1971.

Perspectiva conceptual

En esta apretada reseña normativa es posible advertir que la televisión por cable primero y la televisión para abonados que se propaga por señales radioeléctricas codificadas o una guía artificial (cable o similar) después, fueron catalogadas como servicios de telecomunicaciones a los cuales se les hace aplicable, en lo pertinente, el régimen regulador de la radiodifusión. Ello hace necesario formular algunas precisiones conceptuales conducentes a la posterior calificación concreta de la actividad que motiva esta consulta.

Dentro del mundo de las comunicaciones, las telecomunicaciones son las que han tenido un mayor desarrollo. Como concepto general, telecomunicación significa comunicación a distancia. Pero en sentido técnico estricto, fue definida

por primera vez en la Conferencia de Madrid (1932) como *"toda comunicación telegráfica o telefónica de signos, señales, imágenes y sonidos de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad u otro sistema o procedimiento de señalización eléctrica o visual"*.

Esta caracterización se mantuvo hasta el Convenio Internacional de Telecomunicaciones suscrito en Torremolinos (1973), cuyo anexo 2 establece que telecomunicación es *"toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos o imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos"*.

La misma definición aparece incluida en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones celebrado en Nairobi (1982) y más recientemente en Niza (1989), al aprobarse la constitución y convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, y se reitera en el artículo 12 de la citada ley nº 16.211, a cuyo tenor *"a todos los efectos previstos en esta ley y en los decretos-leyes nº 14.235 de 25 de julio de 1974 y nº 15.671 de 8 de noviembre de 1984, se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos o imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos"*.

En la referida definición quedan comprendidas todas las comunicaciones a larga distancia, con dos técnicas distintas, según que para la propagación de esas comunicaciones se utilice ayuda o no:

- a) la primera permite la propagación con el apoyo de "guías" o "ayudas", como por ejemplo la telegrafía o la telefonía por hilo; y
- b) con la segunda, la propagación se realiza en el espacio, sin necesidad de "ayuda" artificial alguna, como es el caso de la propagación por ondas luminosas y por ondas radioeléctricas.

Este último es el caso de la radiocomunicación, que viene siendo definida sin variantes desde el Convenio de Atlantic City (1947) como *"toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas"*. Las ondas radioeléctricas o hercianas son ondas electromagnéticas cuya frecuencia está comprendida entre los 10 kilociclos o kilohercios y los tres millones de megaciclos o megahercios.

Las radiocomunicaciones tendrán distinto carácter según su destino:

- a) tienen un destino particular cuando se efectúan entre estaciones fijas, o entre estaciones móviles, o entre estaciones terrenas y espaciales, o entre estaciones espaciales; comprenden la telegrafía sin hilo (o radiotelegrafía), la telefonía sin hilo (o radiofonía), la televisión con destino particular (imagen animada), la transmisión de facsímiles (imagen fija), el radar, etc.; y
- b) tienen un destino general cuando pueden ser captadas por todo el

público, en cuyo caso se está en presencia de la radiodifusión.

En las convenciones internacionales de Torremolinos (1973), Nairobi (1982) y Niza (1989) se define la radiodifusión como el *"servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general"*, aclarando que *"abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género"*. De modo semejante, el artículo 1º del decreto-ley nº 14.670 dice que *"entiéndese por radiodifusión a los efectos de esta ley, el servicio de radiocomunicaciones cuyas emisiones sonoras, televisivas o similares están destinadas a la recepción directa por el público"*.

Tratándose de una radiocomunicación, se excluye del dominio de la radiodifusión todo aquello que llegue al escucha o espectador por vía distinta de la onda herciana, por lo que queda fuera de su ámbito la televisión por cable o por señales codificadas.

Veán entonces que la televisión para abonados es técnicamente una telecomunicación, pero al regularla, en vez de establecerle un régimen jurídico específico y distinto, apropiado para ella, el legislador le declaró aplicables las normas sobre radiodifusión. Por lo tanto, tenemos una telecomunicación a la cual se le aplican las normas de la radiodifusión. De este modo, cuando el Poder Ejecutivo dicta el decreto nº 349/990, no puede hacer otra cosa que adaptar a la fenomenología técnica de la televisión para abonados la normativa de la radiodifusión, aun cuando hay una diferencia esencial: la radiodifusión está destinada al público en general, y la televisión para abonados, por definición, no está al alcance del público en general sino sólo de aquellos que, pagando una cuota mensual, tienen acceso a ella. Esto genera un problema desde el punto de vista jurídico: cómo arbitrar un régimen de adaptación de la radiodifusión a una realidad distinta como es la de la televisión para abonados.

No obstante esta dificultad, hay una serie de reglas y principios del régimen de radiodifusión aplicables a la TV para abonados, que de alguna manera iluminan el régimen jurídico a emplear y guían, por lo tanto, el dictado de las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo ha emitido.

Régimen de autorización del servicio

En primer lugar, es de destacar que la radiodifusión en el Uruguay es una actividad privada libre; así lo sostuvo, hace ya muchos años, nada menos que Justino Jiménez de Aréchaga, al comentar la Constitución nacional. Justino Jiménez de Aréchaga no solamente fue nuestro más eminente constitucionalista, sino que fue también abogado asesor de ANDEBU, de manera que estudió de modo muy particular toda la temática de la radiodifusión en el Uruguay y la catalogó como actividad privada libre. Esto es muy importante, porque en el

Derecho comparado, tal como surge de la apretada reseña que formulara al principio, muchas veces la radiodifusión y la televisión son servicios públicos -no actividades libres-, de manera que deben satisfacer determinadas necesidades y solamente pueden ser prestados por particulares en un régimen de concesión. En nuestro país, en cambio, pueden ser prestados por cualquier empresa o persona que cumpla los requisitos que establecen las leyes y reglamentaciones aplicables.

La especialidad que presenta la explotación por empresas particulares de los servicios de radiodifusión está dada por la necesidad de usar las ondas hercianas, es decir, esas ondas invisibles a través de las cuales se propaga el sonido o la imagen. Esas ondas, que se consideran bienes del dominio público internacional, no son infinitas; son un bien limitado. De manera que quien desea prestar un servicio de radiodifusión y requiere para ello de una onda herciana, necesita una concesión de uso. Consideradas patrimonio de la comunidad internacional, las ondas hercianas son administradas en el marco de convenciones internacionales por cada Estado. Entonces, frente a una solicitud, cada Estado concede o no determinada onda, fundamentalmente en consideración de razones técnicas. Por ejemplo, si se concede una onda inmediatamente próxima a otra, es posible que interfiera con ella; si se concede determinada onda en zona fronteriza, es posible que penetre en territorio de otro Estado. En la medida en que esas ondas son un bien limitado, el hecho de que alguien tenga la aptitud técnica, profesional, moral y financiera de prestar el servicio de radiodifusión, no implica que lo pueda hacer hasta que no acceda a uno de estos bienes limitados que son las ondas hercianas. En consecuencia, aun siendo una actividad privada libre, susceptible de ser explotada por entidades privadas u oficiales (como es el SODRE) en régimen de libre competencia, la radiodifusión supone la concesión del uso de ondas limitadas.

Por lo tanto, para la instalación de cualquier servicio de radiodifusión se requieren dos actos jurídicos: la concesión de la onda a través de la cual se propagará el servicio y la autorización a la empresa que lo va a prestar. La concesión de uso de la frecuencia es un acto discrecional del Poder Ejecutivo, que aprecia en función de consideraciones de mérito, fundamentalmente de carácter técnico, el otorgamiento o no. En cambio, la autorización no es un acto discrecional, sino un acto de los que se denominan reglados; es decir, que si el pretensor de la prestación del servicio reúne los requisitos que la ley y la reglamentación exigen, tiene derecho a que se lo autorice. Quiere decir que hay dos actos jurídicos, pero sometidos a una disciplina jurídica diversa: el acto de concesión de la onda herciana es un acto discrecional, y el acto de autorización para la instalación y prestación consiguiente del servicio es un acto reglado.

La principal consecuencia que se deriva de este régimen es que si la



Amesbury 94.

empresa gestiona de cualquier servicio de radiodifusión se ajusta a las reglas establecidas, tiene el derecho a que le sea otorgada la autorización. Y como este régimen de la radiodifusión (por el artículo 10 del decreto-ley nº 15.671) es trasladable al régimen de la televisión para abonados, estas conclusiones son aplicables al régimen de la televisión para abonados. Aquí debo hacer una puntualización; dentro de la televisión para abonados hay varias alternativas, fundamentalmente agrupables en dos: la televisión para abonados que se propaga por cable y la que se propaga sin cable.

Cuando la televisión para abonados se propaga sin cable requiere de una onda; entonces, además del acto de autorización, se requiere la concesión de una onda radioeléctrica. En esa hipótesis, el Poder Ejecutivo, que no tiene discrecionalidad para autorizar a la empresa, sí tiene discrecionalidad para conceder o no el uso de una onda radioeléctrica y puede —en función de consideraciones técnicas, o de las obligaciones que asumió internacionalmente en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, o en el marco de tratados regionales o bilaterales— conceder o no el uso de tal onda radioeléctrica.

En cambio, cuando la televisión para abonados se propaga a través del cable, no se necesita ninguna onda radioeléctrica sino un cable —un medio físico— tendido entre el emisor y el receptor. En esta hipótesis no se requiere el acto de concesión, sino que basta el acto de autorización para que la empresa pueda operar, sin perjuicio de un aspecto administrativo secundario que es el de los permisos municipales en cuanto a cómo y por dónde se pueden tender los cables.

Por lo tanto, cuando la televisión para abonados se verifica a través de un cable, existe un solo acto administrativo del Poder Ejecutivo, que es de autorización. Y esa autorización es un acto que en doctrina se denomina “debido”. ¿Qué quiere decir “acto debido”? Quiere decir que cuando el administrado, el pretensor, la empresa, pretende prestar el servicio de televisión para abonados a través del cable, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos que la ley y la reglamentación exigen. Si cumple esos requisitos, el Poder Ejecutivo debe darle la autorización. Eso es lo que quiere decir “acto debido”, porque hay un comportamiento de la Administración que, constatado el cumplimiento de las exigencias requeridas previamente por una norma general, declara el encuadramiento en ese régimen y otorga la autorización.

Esto que ocurre en esta materia no es novedoso ni exclusivo de esta actividad; es un régimen propio de todas las actividades privadas consideradas de interés público. Como ustedes comprenderán, la televisión que llega a todos y cada uno de nuestros hogares, que penetra sin pedir permiso, esa “niñera electrónica” de nuestros hijos —como la ha catalogado recientemente el papa Juan Pablo II— tiene evidentemente una connotación de interés público que

corresponde al Estado, como organización de la sociedad, preservar o tutelar en lo posible. Es por eso que las actividades privadas de interés público requieren de un acto habilitante, que es aquel que se dicta una vez constatado el cumplimiento de determinados requisitos de idoneidad técnica, moral, financiera, etc. Lo mismo ocurre en materia bancaria, en la actividad de las farmacias y en un sinnúmero de actividades que son privadas, porque están dentro del ámbito de actuación de las personas físicas y jurídicas de Derecho privado, pero que tienen un interés público que al Estado le importa preservar. En estos casos, el Estado constata el cumplimiento de los requisitos para autorizar el funcionamiento y luego controla ese funcionamiento permanentemente.

Creo que puede ser interesante, para redondear esta reflexión sobre la naturaleza del denominado "acto debido", leer un párrafo de una resolución del Poder Ejecutivo del 26 de mayo de 1960. En este caso, una empresa bancaria internacional muy conocida solicitó establecerse en nuestra plaza, y el Ministerio de Hacienda de la época consideró inconveniente, desde el punto de vista del mercado, que se instalara un nuevo banco, porque había muchos. Sin embargo, el Poder Ejecutivo dijo lo siguiente:

"El principio que en la materia anima nuestro sistema institucional es la libertad que todo interesado tiene de instalar cualquier industria o comercio lícito, siempre que no contraríe expresas leyes dictadas en razones de interés general. El Poder Ejecutivo es respetuoso de este principio, y por ello, antes de aprobar el estatuto sometido a su consideración, se limita sólo a efectuar los debidos controles para la verificación de un estricto acatamiento de la ley. No puede, por tanto, entrar a examinar si en el momento existe o no conveniencia económica en el otorgamiento de la autorización para instalar un nuevo Banco".

Y, consecuentemente, otorgó ese permiso, aun considerándolo inconveniente. Y actuó bien, porque constató que esa empresa, que venía del exterior, reunía los requisitos que exigía la ley, y la apreciación de conveniencia estaba por lo tanto fuera de su examen.

Régimen de prestación del servicio

Por otra parte, siendo la televisión para abonados una actividad privada libre, su ejercicio implica un régimen de libre concurrencia, que surge como consecuencia del derecho de todos a dedicarse a las distintas actividades lucrativas posibles. En materia de radiodifusión, este ha sido un aspecto de especial atención por nuestro Derecho positivo, que tradicionalmente, a través de normas expresas, ha procurado evitar situaciones monopólicas u oligopólicas en las que se suprime o limite la libre concurrencia. Siempre que se trata de una

actividad libre, aun siendo de interés público, su prestación debe ser cumplida por todos aquellos que, reuniendo los requisitos exigidos y, por lo tanto, habiendo obtenido la autorización, actúan luego compitiendo entre sí.

Para evitar la competencia, en nuestra Constitución se exige el dictado de una ley, que debe ser incluso dictada por mayoría especial, mayoría que es aún más rigurosa cuando ese monopolio se establece a favor de una entidad estatal. Quiere decir que en materia de actividades comerciales, industriales o profesionales, el principio es la libertad y la excepción es la limitación. Pero para que esa limitación exista se requiere ley; es decir, que el Parlamento aprecie la conveniencia de extraer esa actividad del ámbito de la libertad.

Por la misma razón, en la medida en que no existen normas facultativas de un monopolio en materia de radiodifusión en general, y por aplicación del régimen en materia de televisión para abonados, el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de la facultad jurídica de constatar si cada empresa reúne o no los requisitos exigibles, no puede otorgar privilegios o exclusividades. Este tipo de exclusividades o preferencias requiere de una ley especial. ¿Por qué? Porque limitan la libertad que reconoce explícitamente la Constitución. Y estas libertades, por los artículos 7, 10 y 36 de la Constitución, solo pueden ser limitadas por una ley dictada en razón del interés general. Exclusivo es aquello que excluye o que tiene fuerza y virtud de excluir —o sea, de descartar, rechazar o negar la posibilidad de alguna cosa—. En tanto limita o suprime la libre competencia, implica el establecimiento de un monopolio sin base legal y la consiguiente afectación o limitación de derechos.

Cinco conclusiones primarias

Para finalizar, quiero extraer cinco conclusiones de lo planteado.

1) La televisión para abonados, sea por medio de una guía artificial (cable o similar) o por medio de señales radioeléctricas codificadas, es una telecomunicación que implica la emisión unidireccional de recepción restringida y destinada a receptores numerosos pero predeterminados.

2) La prestación de este servicio constituye una actividad privada de interés público, razón por la cual se encuentra sometida a la previa autorización del Poder Ejecutivo, asesorado por el organismo especializado que es la Dirección Nacional de Comunicaciones. Que esta actividad sea libre no quiere decir que cualquiera pueda instalarse y prestarla. Existe un régimen de requisitos a cumplir que el Poder Ejecutivo constata y en virtud del cual concede o deniega la autorización.

3) Esa autorización es un acto reglado, "debido", porque implica un comportamiento obligatorio de la Administración en el caso de las solicitudes de

instalación de televisión por cable u otra guía artificial similar, donde el control de la jurisdicción no deja espacio a apreciaciones de mérito.

4) En el caso de la televisión para abonados a través de frecuencias radioeléctricas —es decir, no a través de cables sino de ondas—, la limitación de la disponibilidad de estas ondas puede dar lugar a que el Poder Ejecutivo, lícitamente, realice apreciaciones de oportunidad, de conveniencia o de carácter técnico, con discrecionalidad para conceder o denegar el uso de esas ondas.

5) Siendo esta una actividad libre, su ejercicio debe desenvolverse en régimen de libre concurrencia, no pudiendo generarse situaciones monopólicas, de exclusividad o de preferencia, a menos que se dicte una ley habilitante que merite estas limitaciones. Nada más.

Siete cuestiones para reflexionar

Voy a leer las preguntas del público y pasaré a contestarlas.

- 1) *Si la autorización del servicio de televisión por cable es un "acto debido", ¿en qué argumentos legales se basa el Poder Ejecutivo para autorizar un número limitado de permisos? En este caso, ¿existe posibilidad de diversas interpretaciones de la ley? ¿Quién es el encargado legal de que el Poder Ejecutivo actúe de acuerdo a las leyes vigentes?*

Creo que hay varias cuestiones planteadas en la pregunta. En primer lugar, efectivamente, la autorización del servicio de televisión para abonados es un "acto debido", según se explicó. El Poder Ejecutivo en esto no ha tenido siempre idénticas fundamentaciones, por lo cual me voy a fundar en aquellas que considero se ubican en lo que podríamos llamar la buena doctrina.

Por ejemplo, en la resolución nº 545/93, cuando se adjudicaron los servicios de televisión para abonados en varios departamentos del interior de la República, el Poder Ejecutivo dijo que, al ajustarse los pretensores a los requisitos exigidos, "se impone autorizarlos con carácter estable". Y agrega en el considerando V: "Las autorizaciones no otorgan ni garantizan exclusividad, monopolio u oligopolio de clase alguna". Lo cierto es que la Administración jamás descartó, ni podría legalmente descartar, la autorización de otras propuestas a las ya concedidas. Quiere decir que el propio Poder Ejecutivo, al dictar actos de autorización de televisión para abonados en distintos departamentos de la República, ha considerado que este es un "acto debido".

Sobre los argumentos que ha esgrimido el Poder Ejecutivo para el departamento de la capital, no me corresponde formular comentarios.

Con respecto a la parte final de la pregunta, dado que estamos en un Estado de Derecho, todos los actos administrativos del Poder Ejecutivo están sometidos al control jurisdiccional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que puede anularlos en caso de constatar que el Poder Ejecutivo se apartó de las normas aplicables.

- 2) *No queda claro qué opina usted del monopolio de la televisión por cable y de los argumentos del Poder Ejecutivo. ¿El hecho de que exista una ley lo justifica?*

Mi opinión personal no es lo más relevante en un ámbito académico. Creo que lo importante a considerar aquí es que nuestra Constitución establece que los monopolios solamente pueden establecerse por ley, y en materia de radiodifusión en general —y de acuerdo al artículo 10 del decreto-ley nº 15.671, que hace aplicable a la televisión para abonados el régimen legal de la radiodifusión— no existe ningún monopolio legalmente autorizado. Por lo tanto, jurídicamente, no hay norma habilitante de monopolio alguno.

Esto no significa que no puedan existir monopolios de hecho o monopolios de carácter económico. Nuestra doctrina más calificada del Derecho administrativo, a partir de Sayagués Laso, distingue entre el monopolio de hecho y el monopolio de derecho. El monopolio de derecho se da cuando existe una norma que lo habilita; el monopolio de hecho se produce cuando, por razones económicas, una empresa de cualquier rubro logra desplazar a sus competidores, o logra que no se instale ningún competidor: existe entonces un monopolio, pero no es un monopolio de derecho. El principio sigue siendo el de la libertad y, por lo tanto, la regla es la libre competencia.

- 3) *¿En qué condición social se encuentran las personas que pueden tener acceso a la televisión por cable? ¿Qué porcentaje ocupan estas personas en la totalidad de la población?*

Habría sido muy bueno que esta pregunta la contestara el profesor Aguiar. La televisión para abonados, como se explicó, es un servicio que se cobra; de manera que tendrán acceso a él quienes estén en condiciones de pagarlo. Por eso, entre las cinco conclusiones que extraje de mi exposición, la primera era que se trata de una telecomunicación unidireccional a un número de reales receptores determinados; es decir, que la televisión para abonados no llega a quien previamente no ha celebrado un contrato con la empresa prestataria y ha pagado la cuota respectiva. Ese es el régimen y yo no estoy en condiciones de decir qué porcentaje de personas dentro de nuestra población podrían estar en condiciones de acceder al servicio.

- 4) *¿Significa que la televisión por cable para abonados tiene un régimen similar al de la publicación de un diario? ¿Por qué depende del Ministerio de Defensa Nacional y no del Ministerio de Cultura, como los diarios?*

El régimen de televisión para abonados es el régimen de la radiodifusión. La prensa tiene otro régimen —parecido en cuanto garante de la libertad de información y de expresión del pensamiento—, que es el que está contenido fundamentalmente en la denominada ley de prensa y sus normas concordantes y reglamentarias.

La circunstancia de que sea el Ministerio de Defensa Nacional el que actúa en esta materia deriva de que la Dirección Nacional de Comunicaciones fue creada en el ámbito de este Ministerio. Pero por imperio del artículo 174 de la Constitución, el Poder Ejecutivo tiene la potestad de redistribuir atribuciones y competencias dentro de los ministerios.

- 5) *¿Son sólo técnicos los requisitos que deben cumplirse para la adjudicación de un servicio de radiodifusión? De no ser así, ¿qué condiciones debe cumplir el solicitante?*

Los requisitos exigibles no son sólo técnicos. Son también de idoneidad desde el punto de vista económico-financiero, desde el punto de vista moral, desde el punto de vista de quiénes son los sujetos involucrados; y en materia de televisión para abonados existe además una serie de requisitos específicos. Al Poder Ejecutivo, como tutela de los intereses de la colectividad en esta materia, le interesa no solamente que la emisión sea técnicamente buena, sino que ese emprendimiento sea solvente, y le interesa saber también quiénes son esas personas. Por ejemplo, si se trata de una sociedad anónima, debe ser con acciones al portador, es decir, se debe conocer quiénes son los accionistas de esa empresa. Si se trata de personas que tienen tachas en su conducta moral, personal, profesional, el Poder Ejecutivo puede y debe apreciar esas condiciones para eventualmente negar la autorización, porque lo que está en juego es un conjunto de intereses sociales que se estiman superiores al interés empresarial de quien se presenta como solicitante. En consecuencia, teóricamente podría existir una solicitud óptima desde el punto de vista técnico, que lícitamente el Poder Ejecutivo pudiera denegar por razones de carácter no técnico.

- 6) *De acuerdo a la última conclusión, ¿qué recursos se pueden utilizar para revocar el monopolio que de hecho se produce con la adjudicación?*

Esta pregunta debería dirigirse más bien a los abogados de las empresas que se han sentido postergadas en sus reivindicaciones en esta materia, entre los cuales no me encuentro. Sin embargo, desde el punto de vista teórico,

existen los denominados recursos administrativos en la vía interna de la Administración, y existe también la posibilidad de acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con una acción de nulidad que, si prospera la demanda, concluirá con la anulación del acto administrativo por el cual se concedieron determinados servicios; como consecuencia, el Poder Ejecutivo estará obligado a dictar el "acto debido", concediendo aquellas autorizaciones que estuvieren en condiciones de ser autorizadas.

7) *¿Cuál fue el fundamento del Poder Ejecutivo al resolver el tema de las adjudicaciones de la televisión para abonados y cuáles fueron los actos?*

Supongo que la pregunta está referida al caso del departamento de Montevideo; en ese caso leo textualmente los fundamentos del Poder Ejecutivo, de la resolución del 11 de febrero de 1994. Allí se sostuvo que *"todas las solicitudes cumplen con los requisitos mínimos y en tal sentido resultaría aceptables, sin perjuicio de las diferencias que naturalmente existen entre las mismas"*. Y se agrega: *"en este primer lanzamiento de la televisión para abonados no sería adecuado autorizar a los once solicitantes, por cuanto se comprometería la viabilidad de todos, resultando razonable limitar el número de autorizaciones en esta etapa, de manera de permitir una competencia saludable, estimándose que cinco empresas es un número adecuado para el inicio de la operación en Montevideo"*. Ese es el fundamento del Poder Ejecutivo.

Resumen

La televisión para abonados es una telecomunicación de recepción restringida, destinada a quienes se suscriben al servicio; puede emitirse por medio de una guía artificial (cable o similar) o bien por señales radioeléctricas codificadas. En este último caso, dado que la disponibilidad de frecuencias es limitada, el Poder Ejecutivo cuenta con discrecionalidad para conceder o denegar su uso. Pero para las solicitudes de instalación de televisión por cable, la autorización es un acto "debido": si la empresa llena los requisitos legalmente establecidos, no hay lugar a apreciaciones de mérito. Al no existir una ley que la limite, esta actividad debe desenvolverse en régimen de libre competencia, no pudiendo generarse situaciones monopólicas, de exclusividad o de preferencia. Luego de sintetizar el régimen de la televisión en el Derecho comparado y en el régimen jurídico uruguayo, Carlos Delpiazzo señala que la legislación uruguaya incurrió en una confusión conceptual al aplicar a la televisión por cable las normas sobre radiodifusión (es decir, aquella telecomunicación abierta, que se transmite mediante ondas radioeléctricas).