

ACTA N° 47/15 de fecha 23 de diciembre de 2015.

Asunto 19. Expediente N° 2015-2-9-9000059. IELSUR, APU y CAINFO, denuncian a Tenfield S.A. por incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 38 y 39 de la Ley 19.307. Gerencia de Asuntos Jurídicos y Económicos presenta informe. Al respecto, el Dir. Nicolás Cendoya fundamenta su voto de la siguiente manera: **a.** En líneas generales, concuerdo con la postura expresada por la Gerencia de Regulación Jurídica y Económica obrante a fs. 40/44 del presente expediente, pero considero pertinente profundizar en algunos aspectos jurídicos de base, de modo que los denunciados y la empresa denunciada cuenten con todos los elementos fundantes de lo que no es otra cosa que una postura inicial, que bien puede ser modificada una vez que se brinde a ambas partes la connatural posibilidad de defensa. **b.** Concuerdo en que la interpretación del alcance de las obligaciones que plantea la ley al titular de derechos exclusivos de eventos de interés general deba ser restrictiva, pero por otros fundamentos. El rigor del “Legislador” al limitar los derechos de dichos titulares no es fundamento para una interpretación restrictiva, especialmente teniendo en cuenta que nos encontramos ante una típica situación de conflicto de derechos (los derechos patrimoniales del titular *versus* los derechos de contenido cultural del público a acceder por vía aérea, abierta y gratuita a los partidos fundamentales de las Selecciones Nacionales). Inevitablemente, la decisión regulatoria (o la jurisdiccional, en su caso) habrá de tutelar el derecho de uno en forma prácticamente proporcional a la limitación del derecho del otro, atendidas las circunstancias del presente caso, con lo cual no puede derivarse de la rigurosidad o levedad de la limitación una conclusión. **c.** En cambio, a mi entender, debe partirse de una premisa básica: nos enfrentamos a la que considero la única inconstitucionalidad de la ley 19.307. En efecto, al tenor de lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución Nacional es perfectamente posible la limitación del derecho de propiedad y, aún, la privación del mismo, situación típica de la expropiación. La regulación en análisis no constituye *stricto sensu* una expropiación. Pero tampoco puede negarse que estemos ante la privación de un derecho de indudable contenido patrimonial. En efecto, prueba de ello es el hecho público y notorio de que se pagan cuantiosas sumas por los derechos de transmisión de los partidos de las selecciones nacionales, especialmente los propios de la Selección Nacional de Fútbol en la categoría mayor, situación que nos ocupa en estos obrados. El referido artículo 32, convocado a título expreso o como indudable norma análoga en la especie, exige que la limitación se produzca por imperio de una ley entendida en sentido orgánico formal (la ley 19.307 lo es); que dicha ley se base en razones de “*necesidad o utilidad públicas*” (considero que la satisfacción

del derecho cultural al acceso a eventos de interés general lo es y estos partidos indudablemente son de interés general); y que la limitación o desposesión se produzca ... “*recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa indemnización*”. En este caso, la ley abre al acceso general la transmisión de los partidos sin prever una justa y previa compensación al titular de los derechos lo que constituye, en mi modesto entender, una hipótesis de vulneración de este, y solo este, requisito establecido por el artículo 32. En otras palabras, la ley no es inconstitucional por lo que dice sino por lo que omite. Solo podía disponer lo que dispone si hubiera considerado en forma concomitante la compensación correspondiente. **d.** Ahora bien, como se ha señalado en estos obrados, las leyes pueden y deben ser aplicadas por la Justicia y también por la Administración, aún en los casos en que sean consideradas inconstitucionales hasta tanto no sean declaradas inconstitucionales en los términos edictados por los artículos 256 a 261 de la propia Constitución. En dichos artículos se establece un régimen particularmente tuitivo de la ley por sobre la Constitución en la medida que, independientemente del criterio de jerarquía normativa implícitamente ínsito en la propia posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad, la ley solo puede ser declarada inconstitucional a instancia de parte que detente un interés legítimo (artículo 258) y con efectos limitados al caso concreto (artículo 259), con lo cual aún declarada inconstitucional la ley puede y debe ser aplicada en todos los casos en que no se haya planteado el juicio de inconstitucionalidad. Incluso, ante sentencias contradictorias de la Suprema Corte de Justicia, puede suceder que la ley se aplique a un sujeto y no a otro, más allá de la obvia facultad del Poder Legislativo de derogar o sustituir una ley declarada inconstitucional. **e.** Sin perjuicio, entonces, de que corresponde a esta Unidad la aplicación de los artículos considerados inconstitucionales, la propia jerarquía de la norma constitucional impone el llamado “*principio de interpretación conforme a la Constitución*”¹. Al interpretar una ley pasible de una interpretación adecuada al texto constitucional y una que no lo es, cualquier intérprete (incluyendo a la Administración) debe optar por la primera, es decir la que conduce a la legitimidad de la ley por su ajuste al texto constitucional. Dicho deber deriva del carácter rígido de nuestra Constitución y de su naturaleza jurídica de norma de aplicación directa. En consecuencia, resta determinar si una interpretación diversa a la postulada por los denunciantes (y acogida sin mayor análisis de este punto por la Institución Nacional de Derechos

¹ Sigo en este aspecto prácticamente al pie de la letra la postura de Juan Pablo CAJARVILLE en su magistral “Supremacía Constitucional e Interpretación”, en “Sobre Derecho Administrativo”, tomo I, 3ª edición ampliada, FCU, Mdeo. 2012, págs. 396/401 (originalmente publicado en “Revista de Derecho Público”, año I, No. 1, Mdeo. 1992, FCU, págs. 51/62).

Humanos, conforme surge de los antecedentes prolijamente relevados por el Dr. Souto) es posible o no. **f.** En tal sentido, una lectura exclusivamente gramatical, adherida al conocido precepto romano *in claris non fit interpretatio*, podría derivar en incluir a toda la fase clasificatoria del Mundial Rusia 2018 dentro de la obligación de franquear el acceso. Sin embargo, el gramatical no es el único elemento interpretativo que reconoce nuestro derecho, que como bien señala la doctrina especializada en el punto, incluye también los elementos lógicos, sistemáticos y teleológicos. **g.** Se trata de los eventos de la Selección ... “*en instancias definitorias de torneos internacionales y en instancias clasificatorias para los mismos*”. **h.** En primer lugar, corresponde establecer que el Mundial es un torneo internacional por lo que corresponde analizar cuáles son sus “instancias definitorias”. Indudablemente no lo son los partidos de la serie preliminar ya que, aun cayendo derrotado en uno de ellos, igualmente un equipo nacional puede alzarse con el título de Campeón Mundial (fue lo que sucedió con la selección española en el Campeonato Mundial Sudáfrica 2010, *verbi gracia*). Podría sostenerse que lo único definitorio es la final del Campeonato Mundial, tal como sugiere la empresa denunciada. Pero el plural utilizado (“instancias”) determina que no pueda interpretarse que se trata de un solo partido, por lo que ineludiblemente debe abarcarse también al partido semifinal (no así el partido por el tercer puesto que ya no “define” el Mundial). También podría extenderse el carácter de definitorio a los partidos a disputarse por cuartos u octavos de final ya que lo son para el equipo que cae derrotado y termina su participación en el Mundial. Pero aquí, ante la lógica posibilidad de dos interpretaciones, cobra trascendencia la precitada enseñanza de Cajarville: debe optarse por la extensión “menos inconstitucional” del precepto, es decir, por la interpretación restrictiva que abona la idea de que solo sean abarcados por la obligación de franquear acceso libre la final y la semifinal, mas no los partidos de cuartos y octavos de final. **i.** En segundo lugar, debe analizarse la situación de la larga etapa clasificatoria sudamericana que consta de 18 partidos (en régimen de todos contra todos, local y visitante), con un eventual “repechaje” de dos partidos para el caso de ocupar el quinto lugar en la tabla final de posiciones. Si bien, a diferencia de la regulación del torneo internacional en que se alude a “instancias definitorias”, aquí solo se habla de “instancias clasificatorias”, no resiste análisis lógico alguno que se establezca que un partido de cuartos de final de un mundial no esté sometido al régimen de acceso libre y gratuito y si lo esté, por ejemplo, la primera fecha de las dieciocho en cuestión que, en ningún caso, resulta definitoria de la suerte del Seleccionado Nacional. No se trata de sostener que interpretar que este partido esté abarcado por la sujeción en análisis sea desajustado al texto normativo. Pero sí resulta en una

interpretación absolutamente reñida con el principio de razonabilidad (artículo 72 de la Constitución) y claramente extensiva. Habiendo sentado el criterio de que la interpretación debe ser restrictiva, de modo de limitar el alcance de la inconstitucionalidad, debe optarse por el criterio de que están abarcados por la obligación de franquear el acceso abierto y gratuito aquellos partidos que supongan o bien la potencial eliminación del equipo nacional (en caso de no sumar puntos o de no sumar los tres puntos) o bien la potencial clasificación en caso de hacerlo. Y la obligación no es extensible a los partidos en que el seleccionado esté ya clasificado o eliminado. Por lógica, cualquier participación en el llamado “repechaje” estará abarcado por el régimen en cuestión. **j.** Por ende, no corresponde la aplicación de las potestades punitivas de esta Unidad a la especie, pues no ha existido irregularidad alguna. En cambio, de no procederse a realizar un acuerdo con un titular de servicio de radiodifusión de televisión abierta para los partidos que puedan derivar en la eliminación o clasificación de la Selección Nacional a un Torneo Internacional (o bien en la situación de partido final o semifinal de dicho torneo), se deberá autorizar al Sistema Público de Radio y Televisión Nacional la retransmisión gratuita del o los partidos. En caso de que no se verifique dicha circunstancia, de oficio y sin necesidad de denuncia, este Regulador deberá instruir un procedimiento administrativo sancionatorio en los términos previstos en la ley 19.307, salvo que se haya procedido a la implementación del Consejo de Comunicación Audiovisual, órgano que, de acuerdo a la ley, sería el depositario final de la competencia en cuestión.

El Sr. Presidente, Ing. G. Lombide y la Directora, Ing. S. Olivera comparten y hacen suya la fundamentación presentada por el Dir. Cendoya, disponiendo su inclusión en el expediente respectivo a título de fundamentación complementaria de la postura actual de la Comisión. La Ing. Silvana Olivera agrega, con respecto a la fundamentación presentada por el Dir. Cendoya, que no comparte que la referida (artículos 38 y 39) sea la única inconstitucionalidad que tiene la ley 19.307 y con referencia al artículo 39 sería imprescindible la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, estableciendo con precisión las obligaciones de los distintos sujetos y los procedimientos para su aplicación. **La Comisión dispone:** dar vista de lo actuado en el expediente a los denunciantes y a Tenfield S.A. Asimismo, declárase reservado los presentes obrados, al amparo de lo establecido por el Art. 9 literal G) de la Ley 18.381 de 17 de octubre de 2008 en la redacción dada por el artículo 1° de la ley 19.178 de 18 de diciembre de 2013.

Dr. Oscar Mecol Bonilla

URSEC (Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones)

Av. Uruguay N° 988 -CP.11.100 - Montevideo - Uruguay

☎ (598) 2 902 80 82 ext. 169

✉ omecol@ursec.gub.uy