

1

Montevideo, 30 de octubre de 2019.

Sentencia No. —

VISTOS: para sentencia interlocutoria de primera instancia los autos caratulados: **“RISIELCO S/ PODER EJECUTIVO y otro. DAÑOS Y PERJUICIOS”, TUE 2**

56539/2018 —

RESULTANDO

A fs. 529 y ss compareció **RISIELCO S.A.** (Nuevo Siglo representada por **Dr. Marcelo Bonino**

promoviendo demanda contra el **Estado Poder Legislativo y Poder Ejecutivo** a efectos de reclamar **daños y perjuicios por afección y omisión de este**

desde el 2008 a la fecha posicionando a **la empresa**

en situación de absoluta e ilegítima desventaja

competitiva frente a otra entidad estatal y otras

empresas materializada en la aprobación de

disposiciones legales y reglamentarias así como en

el actuar omiso frente a algunas empresas ocasionando

a RISIELCO situación dañosa, de completa disminución

de competitividad que haría que deba cerrar sus

operaciones conforme a Resolucion N° 280/03 del 28/8/2003 su representada es titular de una licencia

de telecomunicaciones clase D que le habilita a prestar el servicio de television para abonados en el departamento de Montevideo. El 30/7/2008 su representada se presento a la URSEC solicitando que

representada se presento a la URSEC solicitando que a amparo de decreto N° 15/03 se le otorgue una licencia de clase B para brindar servicio de acceso y transmision de datos en general y de internet en particular, solicitando que a la fecha sigue sin pronunciamiento de la Administracion. Actualmente la

red de cable de propiedad de RISECO, LLC, por toda la posibilidad de prestar multiples servicios dentro de los que se encuentran el acceso a internet y transmision de datos. La ilegítima limitacion de

Estado le impone a su representada a no otorgarle la licencia a solicitada, la prohibicion de realizar innovaciones y cambios en su red para adaptarla a la evolucion tecnologica y finalmente en el 2014 se

aprobó la ley N° 1930 que regula toda la actividad de su representada y la termino de posicional en situacion de inconstitucional desigualdad y perdida de capacidad competitiva. Describe el negocio de su

representada y la necesidad de otorgar la licencia solicitada para que pueda competir en igualdad de condiciones con las empresas que ya tienen la licencia para prestar el servicio de televisión para abonados en el departamento de Montevideo.

La representada solicita que se le otorgue la licencia de clase B para brindar servicio de acceso y transmision de datos en general y de internet en particular, solicitando que a la fecha sigue sin pronunciamiento de la Administracion. Actualmente la red de cable de propiedad de RISECO, LLC, por toda la posibilidad de prestar multiples servicios dentro de los que se encuentran el acceso a internet y transmision de datos.

La ilegítima limitacion de Estado le impone a su representada a no otorgarle la licencia a solicitada, la prohibicion de realizar innovaciones y cambios en su red para adaptarla a la evolucion tecnologica y finalmente en el 2014 se aprobó la ley N° 1930 que regula toda la actividad de su representada y la termino de posicional en situacion de inconstitucional desigualdad y perdida de capacidad competitiva. Describe el negocio de su

representada y la necesidad de otorgar la licencia solicitada para que pueda competir en igualdad de condiciones con las empresas que ya tienen la licencia para prestar el servicio de televisión para abonados en el departamento de Montevideo.

4

concluye la inexistencia de inconvenientes para

otorgar a su representada la licencia clase B 2, sin

embargo el expediente no tuvo ningun avance mas hasta

el 2015. Así el 30/12/2012 el Poder Ejecutivo dicto

el decreto N° 4410 que demuestra una intension

que la convergencia tecnologica pueda ser lograda

unicamente por ANTEL. Dos años después el 9/8/2012

dicto el decreto N° 25612 modificando el reglamento

de licencias de telecomunicaciones con fin limitador

(teniendo de fibra optica debe ser informado

previamente a la URSB y la calificación como abuso

de licenciamia y su consecuente revocación por cual fue la

incorporación de tecnología o adaptacion de

infraestructuras existentes. En el año 2014 ANTEL

lanza su plataforma VERA Ty el convenio con

Netflix y la posterior incorporación de senales

internacionales. El Estado tambien ha estado

completamente omiso en gravar tributarimente a estas

empresas permitiendole un crecimiento economico

superlativo, haciendo lo recién en la rendición de

cuentas del 2011 con la Ley 19.535 considerando de

fuente uruguayas las rentas obtenidas por empresas no

residentes contrastandolo con el informe de la Cdra

Nadia Rodríguez, de **una enorme cantidad de dinero que**

su representada, **destinó al pago de tributos.** Como

prueba de las inconstitucionales diferencias de la

ley 19.300 se agregó la acción de inconstitucional

que oportunamente presentó su representada al amparo

del art. 8 Describe además los deberes y obligaciones

que conforme a la ley referida recaen sobre su

representada y demás prestadores de televisión para

abonados, pero que no cae en los servicios de

comunicación audiovisual que se transmiten por

internet, siendo que el Estado a través del Poder

Legislativo determinó una norma que discrimina

arbitrariamente a su representada generando enormes

prejuicios en beneficio principalmente de ANTEL. Los

fundamentos de la responsabilidad del Estado se basan

en el Estado de Derecho como en el principio de

igualdad ante las cargas públicas, sin perjuicio del

art. 24 de la Constitución, configurándose en el caso

todos los elementos de la responsabilidad

extracontractual y su nexo causal, entre la omisión de

no otorgar la licencia y el daño en no haber podido

presar el servicio (S 56) - La responsabilidad por

acto legislativo lo es por haber violentado el



principio de igualdad ante las cargas públicas derivando un perjuicio inmediato con el carácter de especial, excepcional y anormal, generando un daño

cierto real y concreto, evaluable en dinero,

resumiendo la responsabilidad del Estado por acto legislativo conforme a la ley 19.307 promulgada el

29/12/2014, impidiendo que su representada acceda a

lo que por derecho le corresponde causando e grave

perjuicio cuantifica el daño en u\$s 85.000.000

ofrece prueba fundada el derecho y solicita condena al

Estado a pago de dicha suma más intereses legales

2) Se contesta demanda a fs 95 y ss por el Estado

Poder Ejecutivo, oponiendo cuestión previa de falta

de agotamiento de la vía administrativa y caducidad y

cosa juzgada Respecto de la falta de agotamiento de

la vía administrativa en tanto que la actora se

agravia por los daños ocasionados por la omisión de

la Administración al no haber dado respuesta a su

petición ante la URSEC del 30/7/2008, surge de la

propio relato de los hechos que no recurrió a

denegatoria ficta que se configuró e 27/12/2008

según lo expresa reitero la petición original con

fechas 2/9/2010 y 9/7/2011, estas ante la URSEC,

19/9/2016 ante DINATEL y el 26/10/2016 ante URSEC

solicitando en todas a igual que en la primera la

licencia a clase B. Respecto de todas las peticiones

opero denegatoria ficta y respecto de ninguna de

ellas interpuso recursos administrativos

correspondientes por lo que no se encuentra en

condiciones de la presente reparatoria y conforme a

la jurisprudencia de la TGA las reiteraciones de la

denegatoria original producida en el 2008 no son

lesivas por ser meras reiteraciones. En consecuencia la

RISLCO S.A. consintió e accionó de a

administración. Cita jurisprudencia. En cuanto a la

excepción de caducidad el nacimiento del acto

administrativo feto de denegatoria de la petición el

27/12/2008, hizo jurídicamente exigible para RISLCO,

comenzando a correr la caducidad de 4 años para

reclamar la reparatoria aun no existiendo una

obligación de la Administración de responder en forma

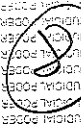
expresa a la petición, pues con la denegatoria ficta

conocío, supo que no podía desarrollar la actividad

pretendida. La reiteración de peticiones con el mismo

contenido inicial en ningún caso, determina que se

vuelva a renovar el cómputo del plazo de caducidad



Caducidad **no** **interrompen** **el** **plazo** **de** **caducidad** **pues** **esta**
solo **se** **limita** **a** **reiterar** **la** **solicitud** **pero** **no**

constituyen **una** **gestión** **fundada** **reclamando** **devolución**

o **pago** **de** **suma** **de** **dinero** **Excepción** **de** **cosa** **juzgada**

fundada **en** **el** **artículo** **de** **la** **ley** **4.930** **existencia** **de** **cosa**

juzgada **de** **la** **Suprema** **Corte** **de** **Justicia** **declarando**

que **el** **mismo** **no** **es** **inconstitucional** **Sentencias** **No**

253 **del** **22/8/2016** **y** **280** **de** **5/9/2016** **Solicitud** **se**

acaja **las** **excepciones** **opuestas** **y** **se** **clausure** **el**

proceso

3 **A** **Es** **el** **comparecio** **el** **Poder** **Legislativo** **en** **la**

representación **invocada** **oponiendo** **las** **excepciones** **de**

falta **de** **legitimación** **pasiva** **respecto** **de** **la** **mayoría**

de **las** **alegaciones** **de** **la** **demandada** **pues** **todo** **lo**

alegado **con** **anterioridad** **a** **la** **ley** **no** **puede** **ser**

validamente **imputado** **a** **su** **representada** **siendo** **solo**

protagonista **del** **dictado** **de** **la** **ley** **Caducidad** **de** **la**

acción **habiendo** **fundado** **la** **demanda** **en** **actos** **u**

omisiones **del** **Estado** **fundantes** **de** **responsabilidad**

desde **el** **año** **2008** **reclamacion** **improcedente** **en**

aplicación **de** **la** **caducidad** **y** **por** **la** **no** **impugnación** **de**

los **actos** **o** **eventuales** **omisiones** **administrativas**

Falta **de** **agotamiento** **de** **la** **vía** **administrativa** **no**

9

compartiendo el criterio de la innecesaridad del agotamiento citando criterio de la Suprema Corte de Justicia solicita el rechazo de la demanda en todos sus términos.

4. Se evacuo traslado a fs. 064 y su por a actoria en la representación invocada manifiesto respecto de la falta de agotamiento de la vía administrativa que su pretensión no se basa únicamente en un acto administrativo susceptible, los daños reclamados provienen de una estrategia ganosa llevada adelante por el Estado con pérdida de su capacidad competitiva, integrándose su pretensión con omisiones y actos legislativos, la que le habilita a la prosecucion del proceso. La interpretación del 312 de la Constitución de la contraria no es correcta ni compartida por la casi unanimidad de la doctrina, siendo que el art 312 no exige el agotamiento de la vía administrativa. Cita doctrina y jurisprudencia.

Teoría de los actos propios mediante señalo que no genero su representación a favor del Estado la confianza de que no ejercitaría pretensión indemnizatoria. Respecto de una excepción de caducidad no comparte la posición contraria consulta mediante

10

citando el art. 318 de la Constitución y su deber de pronunciarse.

5) Se convoca a las partes a audiencia preliminar para el día de la fecha por auto No. 3038 de fecha 2/11/2018, en la que se dispuso el dictado de la presente interlocutoria.

CONSIDERANDO:

1) En la especie se trata de resolver en juicio ordinario y en audiencia preliminar, frente a la actitud de la demandada, oposición de la vía presupuesta procesal, falta de agotamiento de la vía administrativa pues si bien se han opuesto además excepciones previas, conforme al orden lógico y natural de examen atento a lo dispuesto por los arts 1331, 342, 2 y 3, se habilitaría el examen de estas solo si la cuestión previa no fuera amparada. Sobre el particular véase Sentencia Interlocutoria No. 16 de fecha 29/11/2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, Dr. L. Samon.

2) La demandada funda a existencia de la falta de dicho presupuesto procesal como consecuencia que la Administración a no haber dado respuesta a la

petición de la actora solicitando la licencia clase B ante la URSEC el 30/7/2008, operada la denegatoria ficta, configurada el 27/12/2008, no interpuso recurrencia administrativa; y además al haber reiterado la petición original con fechas a la URSEC el 27/9/2010 y 19/7/2011, ante DINATEL el 19/9/2016 y ante URSEC el 26/10/2016 (extremos estos incontrovertidos, en cuanto a la reiteración de peticiones y sus fechas), solicitando en todas ellas, al igual que en la primera la referida licencia; operando denegatoria ficta y falta de recurrencia administrativa correspondientes, perjudicó su derecho, no estando en condiciones de acceder a la presente acción reparatoria; pues las peticiones posteriores son meras reiteraciones de la denegatoria original producida, por tanto no lesivas; y que dichos extremos obran explícitamente referidos por la actora al presentar demanda. No obstante cuando la actora controvertiera la tesis de la demandada, en cuanto a la procedencia de la cuestión previa al amparo del texto constitucional, y además subsidiariamente sostuviera que ante la posición contraria, ello no tendría el efecto de

alcanzar a la totalidad de su pretensión, en tanto que esta refiere a hechos y actos de la Administración independientes de este, y además que esta acumula pretensión por responsabilidad legislativa, a estar a la demanda rectamente interpretada (Odrizola, en Judicatura, Año I, Nro. 10, pág. 244 y ss), conforme lo sintetizara esta con posterioridad al exordio, el objeto y la causa petendi, dice relación con reclamación de daños y perjuicios por la acción y omisión del Estado, entendiéndose en este a la Persona Pública Mayor (por cuanto véase que asimismo esta se opusiera a la presentación por separado del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, luego que este último contestara demanda, difiriendo la Sra Jueza Suplente, su consideración a audiencia preliminar, fs.1087-1088 auto N°891/2019, agregando que ello ocurriera desde el 2008 a la fecha de la demandada, posicionando a la empresa en situación de absoluta e ilegítima desventaja competitiva frente a otra entidad estatal y otras empresas, materializada en la aprobación de disposiciones legales y reglamentarias, así como en el actuar omiso frente algunas empresas, ocasionando

a RISELCO situación dañosa, de completa disminución de competitividad que hará que deba cerrar sus operaciones; y más adelante expresó que la ilegítima limitación del Estado le impone a su representada al no otorgarle la licencia solicitada la prohibición de realizar innovaciones y cambios en su red para adaptarla a la evolución tecnológica y finalmente en el 2014 se aprobó la Ley N° 19.307 que regula toda la actividad de su representada, la que termino de posicionar en situación de inconstitucional desigualdad y pérdida de capacidad competitiva. Todos ellos por tanto supuestos de pérdida de capacidad competitiva en favor de la empresa estatal ANTEL y de sus competidores, detallados. Extremos por los cuales, sin perjuicio de la solución de admisión con consecuente carga de contradicción (arts. 130.2 y conc. C.G.P.) solo alcanza a los hechos, a las plataformas fácticas planteadas, con exclusión de los fundamentos jurídicos que puedan haber sido invocados por los pretensores, debiendo entenderse por tales no sólo la concreta norma que se pretende hacer valer sino también la valoración de los hechos a la luz de las proposiciones

jurídicas y las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, que quedan sometidos a la actividad del juez en posibilidades de intervención "iura novit curia" (Sents. Nos. 224/01; 306/06; 27/07, 320/2007); entiendese que no corresponde el desglose de lo pretendido, pues no se trata la especie de simple acumulación subjetiva de pretensiones, a opción de la actora, sino objetiva, en la que las pretensiones son conexas y la conexidad se encuentra en el objeto y la causa antes referidos, de modo que una de ellas no puede ser lógicamente entendida sin la otra, y es en razón de ello que debe ser estudiado la falta de presupuesto procesal previo (Cfte. Enrique Tarigo: "Lecciones de Derecho Procesal Civil" t. I p. 121); Lino Palacio: "Derecho Procesal Civil" t. III p. 219; Luis Torello: "Litisconsorcio e Intervención de Terceros" en "Curso sobre el Código General del Proceso" t. I p. 75; Enrique Vescovi y otros en "Código General del Proceso, Comentado, Anotado y Concordado" t. I p. 106/107).

Constituyendo hechos admitidos la petición inicial de la actora y las posteriores con iguales fundamentos, sin mediar

recurrencia administrativa, referido en el numeral anterior (artículo 130.2 inc 3 del CGP LEY 19.090, siendo innecesaria la prueba al respecto, en tanto el artículo 137 del referido cuerpo normativo, establece de manera inequívoca que solamente los hechos controvertidos requieren prueba, excluyendo solamente de la aplicación de esa regla, a los asuntos que versen sobre cuestiones indisponibles (véase RUDP, año 1994, pág. 69 y stes., VIII Jornada de Derecho Procesal pág. 203); no obstante la prueba incorporada por la demandada, Poder Ejecutivo, intimación mediante, que fuera acordonada en autos, Expediente Administrativo No. 2008/020009/1/1646, iniciado el 30/7/2008, por el que la actora solicitara, a estar al asunto, licencia Clase B1 y a lo que emerge a fs. 59 del mismo.-

- 3) Respecto de los extremos referidos, estudiando la conducta de la actora en vía administrativa y en la presente, la que podría quedar absorbida por la teoría de los actos propios, conforme sostuviera este sentenciante, en casos similares a la presente, teoría que importa, siguiendo el estudio realizado

sobre el tema por la Dra. Laura Barbieri en su trabajo "La Doctrina de los actos propios y nuestra jurisprudencia", (ADCU, T. XXX, año 1999, p. 767 y ss), la que expresa "muchas veces en la dinámica de una relación jurídica, las partes asumen conductas que luego pretenden desconocer con un comportamiento posterior, en esta situación se verá enfrentado el juez, quien de interpretar como contradictorio o incoherente el segundo, lo declarará inadmisibile. Con origen en el derecho romano, la prohibición de contradecirse en detrimento de otro, es una máxima impuesta en los distintos sistemas jurídicos. La doctrina del acto propio es aplicación concreta del principio de buena fe, de consagración constitucional arts. 7, 72 y 332, regla el negocio jurídico, cuando se consagra que las convenciones deben ejecutarse de buena fe, art. 121 del Código Civil. Por su parte el Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno, integrado entonces por los Dres Minvielle, Klett y Chalar, en sentencia No. 82 de fecha 19/07/1999 expresaron que: "El venire contra factum proprium non vallet, significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad

que contradicen el sentido que, conforma a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular del mismo, constituye una extralimitación; luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibles y debe ser desestimada por los tribunales. Se torna inoponible la conducta de un sujeto de derecho cuando es contradictoria con otra anterior, jurídicamente válida y eficaz, emanada del mismo sujeto (ACDU, T. XXX, C. 1115, P. 431 y ss); pues no sería atendible su comparecencia en la presente, pretensión reparatoria; como consecuencia de no haberse interpuesto recurrencia administrativa operada la denegatoria ficta, considerando la petición administrativa originaria de 2008 y su denegatoria ficta, extremo este al igual que sus antecedentes, (admitidos e incontrovertidos), puesto que las peticiones posteriores, con igual contenido, admitidos por la actora al evacuar el traslado del excepcionamiento, no son útiles para la presente resolución, puesto que no se innovara en lo solicitado.-

4) Consecuencia de lo expuesto, al planteo de la controversia, la cuestión a dilucidar en la

presente, es si la Constitución establece como cuestión previa, en el caso, el agotamiento de la vía administrativa. Sobre el particular y conforme lo viniera sustentando este magistrado en anteriores pronunciamientos, con amparo en la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno en sentencia No. 475 de 7/8/2002, el que sostenía que el art. 312 de la Constitución Vigente regula la opción en caso de **actos administrativos definitivos**, pero porque presupone que se llegó hasta ese estado; esto es, hace nacer la opción porque parte de la base de que, con anterioridad, el damnificado utilizó los medios a su alcance para obtener solución ante la propia Administración, a través del agotamiento de la vía administrativa. Ninguna necesidad habría tenido de aludirse a actos definitivos si la opción se pudiese ejercitar antes (es decir, ante el solo dictado del acto). La opción se establece recién en el momento en que el acto es definitivo, porque el art. 312 está refiriendo a dos vías jurisdiccionales de contralor (anulatória y reparatoria), y no a la previa de contralor administrativo, que reglamentó mediante otra norma,

el art. 317. En esencia, todo el régimen recursivo administrativo perdería gran parte de su utilidad si pudiese acudir directamente a la reparación... Y lo que es más grave: al no recurrir, el administrado estaría plegando su voluntad al proceder administrativo que luego cuestiona. En igual sentido, la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 220/2016 de fecha 27/7/2016, siendo redactora la Ministra Dra. Martínez Rosso, manifestó siguiendo la tesis que Carlos Labaure Aliseris llama "afirmativa" — "El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución Vigente"; RDP 1998 No. 13, págs. 41/44, FCU; y en "Contencioso Anulatorio y de Reparación patrimonial; Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VI, págs. 33/43, FCU 1998_"; afirma que la opción consagrada por la nueva redacción del art. 312 de la Carta, en virtud de la remisión a los actos administrativos a que refiere el art. 309, alude a los actos definitivos, o sea, aquellos contra los cuales se ha agotado la vía administrativa. Antes de ello no puede haber opción, ya que el no recurrir tornaría desde ya inviable una de las alternativas del texto

constitucional -la pretensión anulatoria- dada la exigencia impuesta por el art. 319. Asimismo, se ha señalado, que 'admitir la reparación sin previo agotamiento de la vía administrativa impediría el contralor de la actividad de los órganos sometidos a jerarquía o tutela administrativa, y la revisión de su proceder por la propia Administración. Sostuvo la Corte que el requerimiento de este presupuesto no se desprende a contrario sensu del texto, sino implícitamente del mismo y de los demás contenidos en la Sección, sin que ello signifique alterar el principio establecido por el art. 24 de la misma. Cfte. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, T. 2/2015, FCU, noviembre de 2016, P. 298 y ss_

Como consecuencia de la jurisprudencia citada a la que adhiere este sentenciante, en especial a la del Tribunal referido, recogida por la Corte, entre otras, en reciente postura; se requiere la existencia de acto administrativo definitivo, y siendo como claramente surge reconocido por la actora que luego de ocurrida la denegatoria ficta, sin haber efectuado ninguna actividad, habrá de acogerse la falta de presupuesto procesal invocado

21

por la demandada; por lo que conforme al art. 305 del CGP, la ausencia de proceso previo tiene como consecuencia la falta de un presupuesto procesal; existe ausencia de jurisdicción del tribunal del proceso ulterior para resolver, constituyendo un presupuesto procesal de este (Abal Oliú, Alejandro, Curso sobre el CGP del IUDP, T. II, P. 66; Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código, T.II, p.343-344, Barrios de Angelis, Dante, Introducción al Proceso, p. 212-218); significando su ausencia, manifiesta improponibilidad de la demanda, atento a la conexión objetiva relevada, su nexo causal entre la omisión de no otorgar la licencia, la desigualdad en que es colocada legislativamente frente a sus competidores, y el daño por no haber podido prestar el servicio; así se declarará.-

5) No se impondrán sanciones procesales.-

Por los fundamentos expuestos y conforme a lo dispuesto en las disposiciones referidas y del Código General del Proceso, **FALLO:**

ACOGESE LA FALTA DE

PRESUPUESTO PROCESAL PREVIO, FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA; Y EN SU MÉRITO, ORDENASE EL ARCHIVO Y CLAUSURA DE LAS PRESENTE ACTUACIONES. SIN ESPECIAL CONDENA. HONORARIOS FICTOS \$ 60.000. EJECUTORIADA O CONSENTIDA, ARCHÍVESE. -