

RADIODIFUSIÓN

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires - Nulidad del Decreto N° 374/95 del PEN - "Falta de motivación"- Concurso público para la adjudicación de la licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora en frecuencias que fueran otorgadas por licencia a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1925 - Carácter de la licencia otorgada - Irrazonabilidad del acto de revocación - Desviación de poder - Licitación: violación del principio de igualdad

Expediente N° 59 421/96

Buenos Aires I 6 de agosto de 1996

Señor Secretario de Gobierno:

Se requiere mi opinión sobre los hechos consignados a fojas 11/12, a cuyo respecto debo manifestar:

I. ANTECEDENTES

I. La frecuencia de radio en cuestión

La frecuencia objeto del presente (710kHz.) corresponde a "LS / Radio Municipal". Dicha emisora, dependiente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, titular de la licencia, fue creada por Ordenanza del entonces H. Concejo Deliberante N° 1.407, de 1925, bajo la originaria finalidad de realizar las transmisiones de las funciones del Teatro Colón, asegurando que ellas alcanzaran a gran parte del país. Luego, por Ordenanza N° 2.096, de 1927, se extendió tal objeto a la transmisión de las sesiones del H. Concejo Deliberante, a audiciones de la Banda Municipal, a conferencias y a todas aquellas noticias municipales que, por su índole, pudieran interesar a la población de la Capital.

Así pues, y desde siempre, "LS / Radio Municipal" ha estado estrechamente vinculada con actividades relativas a la difusión y promoción de la cultura y a la prestación de este servicio público en todo el ámbito del territorio nacional.

En el año 1958, por decreto del Poder Ejecutivo N° 3.221/58 se adjudicó a la emisora la frecuencia de 710kHz., asignándole un canal que garantizara el máximo de nitidez de las transmisiones, lo que la transforma en una frecuencia de características privilegiadas. No es casual, entonces, que se hubiera decidido adjudicar a "Radio Municipal" una frecuencia como la que nos ocupa, en atención a la finalidad primaria para la que fuera creada: verbigracia, de difusión de la cultura y la educación en todo el territorio nacional, excediendo aun los límites de nuestra ciudad.

2. Los Decretos Nros. 848 y 1.498/94 del Poder Ejecutivo Nacional

Por el primero de ellos, se autoriza al Comité Federal de Radiodifusión a llamar a concurso público para la adjudicación de la licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora en la ciudad de Buenos Aires, la cual emitirá en la frecuencia de 710kHz (Artículo 1°).

A tales efectos, se decide dejar en suspenso las disposiciones del Decreto N° 1.151/84 (Artículo 2°). se autoriza a dicho Comité a

elaborar los Pliegos de Bases y Condiciones Generales y Particulares que han de regir los pertinentes actos del concurso (Artículo 3°), se prevé la derogación del Decreto N° 3.221/58 Y de toda otra disposición que se oponga al presente (Artículo 4°) y se dispone que la Municipalidad de Buenos Aires continuará prestando el servicio de radiodifusión sonora con modulación de amplitud "...hasta tanto quien resulte adjudicatario de la licencia concursada comience sus respectivas emisiones regulares" (Artículo 5°).

En el ínterin, se suceden diversos y cada vez más enérgicos reclamos desde instituciones públicas y privadas, legisladores, concejales, vecinos y del Controlador General Comunal, D. Antonio Cartañá. Este último, por caso, a través de la Resolución N° 556/94, se dirige y exhorta al Poder Ejecutivo a dejar sin efecto el Decreto N° 848/94; en 16/6/94, el HCD se manifiesta explícitamente con respecto a los derechos de la MCBA sobre la titularidad de la frecuencia de 710kHz de "LSI Radio Municipal". A lo que se agrega un ulterior pedido de informes de fecha 24/6/94, por parte de diversos diputados (vgr. Muñoz, Pelaez, Felgueras y Golpe) y demás presentaciones efectuadas por otros tantos diputados, concejales y oyentes, con motivo de dicha licitación.

A posteriori, y acaso por ello, el Poder Ejecutivo Nacional resuelve, a través del Decreto N° 1.498/94, del 23/8/94, derogar lo dispuesto por el Artículo 4° de la norma anterior, restableciendo la vigencia del Artículo 1° del Decreto N° 3.221/58 (Artículo 1°), pero para asignar al Municipio la frecuencia de 1.650 kHz, con una potencia de 1 kW, bien que sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 5° del citado Decreto N° 848/94 (Artículo 2°).

Sobre tales antecedentes y de lo actuado en las actuaciones administrativas, el COMFER dicta la Resolución N° 61/95, del 25/1/95, en cuya virtud se dispone el llamado a concurso público para la adjudicación de la citada licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora con modulación de amplitud, en la frecuencia de 710kHz Y 25/5 kW de potencia (Artículo 1°) Y se aprueban los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, de Condiciones Particulares y de Condiciones Técnicas Particulares que integran el acto licitatorio (Artículo 2°).

La proximidad del llamado (13/2/95) Y la del acto de apertura de los sobres con las ofertas respectivas (5/4/95), dio lugar a la promoción

de diversas acciones de amparo y de medidas cautelares, ante Fatale, Jozami y otros), invocando su calidad de tales y de vecinos de distintos Juzgados del fuero, por parte de concejales (vgr., La Porta, la ciudad, del citado Controlador General, la del Secretario General de la Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires, junto a distintos trabajadores de "LS/ Radio Municipal" y aún, incluso, la intervención voluntaria o requerida, según los casos, del Defensor del Pueblo, Dr. Jorge L. Maiorano.

Importa destacar que, en el ínterin, la Dirección Nacional de Telecomunicaciones de la República Oriental del Uruguay, da en informar que la FM que se licita con la frecuencia de 710kHz de Radio Municipal, afectará las emisoras de FM de baja potencia de Colonia que transmiten en ciertas frecuencias conforme al acuerdo con 300 W de potencia y antenas de 60 m, como que, asimismo, se verá afectado el canal 6 de televisión de dicha ciudad. También, e fecha 7/6/95. el H. senado de la Nación dio media sanción a un

proyecto de ley del entonces Senador Dr. Fernando de la Rúa, a través del cual se propicia derogar el Decreto N° 848/94 (Expediente S-782-94, del 22/8/94) y con él, la licitación de la frecuencia de Radio Municipal.

Empero y no obstante el acogimiento de las medidas cautelares deducidas -tales los casos de sendos fallos dictados por las Sras. Juezas, Dras. Clara do Pico y Martha E. García, en la causa N° 5.361 "La Porta, Norberto L. c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo", de fechas 16/5/95 y 23/6/95-, la Sala 2 de la Excm. Cámara del fuero, dispuso revocar la orden respectiva, sobre la base de consideraciones atinentes a la inadmisibilidad de la vía procesal escogida. La sentencia en cuestión data del 22 de agosto de 1995.

3. El Decreto N° 374/95

Así las cosas, apenas dos días después del fallo recién citado, sobreviene el dictado del Decreto N° 374/95 -data del 24 de agosto-, por el que se aprueban los actos del concurso público convocado por el COMFER para la adjudicación de la licencia aludida, identificada con la señal distintiva "LRL 202" y, optativamente, de una FM identificada con la señal "LRL 312", bien que siempre con base en la frecuencia, por modulación de amplitud, de 710kHz.

Con fundamento en lo establecido en el Artículo 99, inciso 1° de la Constitución Nacional y en invocado ejercicio de las facultades otorgados por el Artículo 39, inciso a), de la Ley N° 22.285, el Poder Ejecutivo obtuvo, por fin, en objetivo de despojar de la licencia en cuestión a la Ciudad de Buenos Aires, no obstante el nuevo status jurídico atribuido a esta última por el Artículo 129 del nuevo texto constitucional, tras la reforma de Santa Fe.

Empero, en fecha 29/8/95, el Controlador General Comunal, D. Antonio Cartañá, promueve una nueva acción de amparo contra este último acto, junto a una medida de no innovar tendiente a suspender sus efectos, por ante el Juzgado del fuero N° 4, a cargo del Dr. Osvaldo C. Guglielmino.

La cautelar en cuestión, acogida en primera instancia mediante resolución dictada en fecha 1/9/95, dispuso ordenar "al Poder Ejecutivo Nacional suspenda los efectos del Decreto N° 374/95, hasta tanto se dicte sentencia en esta causa", mereció la revocación de la Excm. Cámara -por su Sala 5- en fallo del mes de abril ppto., quien, no obstante hubo de resolver como lo hizo, por remisión a consideraciones de rito, cuales las esgrimidas por la Sala 2 en el precedente registrado en la causa 5.361/95 "La Porta, Norberto el Poder Ejecutivo Nacional s/amparo Ley N° 16.986", en orden, en este caso, a la superposición de la medida en cuestión con el fondo del asunto.

Ahora bien, luego de la reforma constitucional de Santa Fe y, sobremanera, electo, designado y en pleno ejercicio de sus atribuciones, el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo Nacional carece actualmente de las facultades que se ha arrogado en el írrito Decreto N° 374/95. Ello, además, por cuanto, como lo ha establecido la doctrina, "la primera consecuencia de los dispuesto por la reforma es que el Presidente de la Nación ya no será más el Jefe inmediato y local de la Capital. Tampoco lo será más, aun en el caso de que Buenos Aires deje de ser capital de la Nación, ya que esta atribución -la del antiguo Artículo 86 inciso 3°- ha desaparecido con la reforma..." (cfr. Creo Bay, Horacio,

"Autonomía y gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", Astrea, 1995, p. 43).

En tales condiciones, se abre para la Ciudad Autónoma, de Buenos Aires un período transitorio hacia su institucionalización definitiva, durante el cual la Constitución Nacional y la prudencia política, imponen abstenerse de ejecutar actos administrativos o de gobierno que sobrepasen el ejercicio de la mera administración y conservación de los bienes de la Ciudad de sus bienes. Ello, naturalmente, para no afectar las futuras decisiones políticas del pueblo de Buenos Aires, a través de sus legítimos representantes. En ese contexto, también se ha dicho que "...la transición conduce a

un relevo de los titulares del poder, pero en tanto se aguarda ese relevo, el poder de turno que comienza la transición acusa un agotamiento, un agonía, durante los cuales los gobernantes protagonizan comportamientos que favorecen, o al menos no entorpecen, esa misma transición" (Cfr. Bidart Campos, El poder, Ediar, 1985, p. 389).

Sin embargo, en el caso planteado, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional afecta inequívocamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, considerada aun como un mero municipio, pues también se ha afirmado que ese ente territorial constituye "una descentralización de base geográfica y de tinte político Y no meramente administrativo. Por ese lado, entonces, el Poder... aparece ya en el municipio. Y por otro lado, el Poder Estatal... ha de respetar la autonomía municipal como una forma de pluralismo político y de democracia lo del autor y ob. cits., p. 232).

11. NULIDAD DEL DECRETO N° 374/95

A más de inconstitucional, no es siquiera justo, valioso o razonable que el pueblo de la Ciudad, que además de Jefe. de Gobierno, en poco tiempo contará con todas sus instituciones en pleno ejercicio, se vea privada de discutir, negociar y, en definitiva, decidir la posibilidad de continuar con la titularidad de la onda de la que, ilegítima e intempestivamente, se pretende despojarla.

Como se analizará a continuación, los decretos del Poder Ejecutivo Nacional Nros. 848/94, 1.498/94 Y 374/95 contienen vicios graves, de magnitud, que tornan procedente se los declare nulos, de nulidad absoluta e insanable. Ello, a tenor de las siguientes consideraciones

1. Ausencia (falta) de causa y motivación válida y suficiente

Por el Decreto N° 848/94, según hemos visto, el Poder Ejecutivo Nacional autorizó al Comité Federal de Radiodifusión a llamar a concurso público para la adjudicación de la licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora, con modulación de amplitud de la Ciudad de Buenos Aires la cual emitirá en la frecuencia de 710kHz.

Empero, como el uso de dicha frecuencia habría sido acordado por Decreto N° 3.221 del 20/3/58, a la estación de Radiodifusión "LS/Radio Municipal", también se dispuso derogar el citado decreto, implicando que se perdía así el uso de la citada frecuencia en 710 kHz. De otro lado, a estar a los considerandos del Decreto N° 848/94, dicha decisión obedecería a que la situación económica de la Comuna hace aconsejable una reducción del gasto público, hecho que implica la supuesta necesidad de eliminar las partidas presupuestarias asignadas a la financiación de la emisora.

y también se expresa, como mejor motivo de lo así resuelto, que para la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires resulta suficiente el funcionamiento de una estación de radiodifusión sonora con modulación de frecuencia y que es necesario ofrecer a los particulares la frecuencia a 710kHz.

Estos pretendidos fundamentos, como se demostrará, son falsos e inexistentes, configurándose en este acto el vicio de falsa causa por ser falsos los hechos y antecedentes en que se funda. En efecto, el Decreto N° 848/94 fue dictado en el Expediente N° 383/94 del Registro del Comité Federal de Radiodifusión. En esas mismas actuaciones, aparece luego el Decreto N° 1.498/94 por el cual se restableció el Decreto N° 3.221/58, se dejó sin efecto el Artículo 1° del Decreto N° 848/94 Y el Artículo 4° y se asignó a "LS I Radio Municipal" una frecuencia diferente: en lugar de la 710kHz, se le concedió la de 1650 kHz.

Para ello, se sostuvo en los considerandos del Decreto N° 1.498/94 que se procedía a la revisión parcial de lo dispuesto en el Decreto N° 848/94 atendiendo a los reclamos del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires y a distintas entidades y personas físicas. Se entendió así que debía mantenerse la transmisión de "LS I Radio Municipal" pero, invocando nuevas razones, igualmente falsas, se modificó la frecuencia limitándola, substancialmente, en su potencia y alcance.

Es decir, que los motivos expuestos en el Decreto N° 848/94 para llamar a concurso sobre el uso de la frecuencia 710kHz desaparecieron o eran falsos ya que se restablece la habilitación de "LS I Radio Municipal", lo cual significa que al decidir continuar el funcionamiento y transmisión de la emisora, bien que con otra frecuencia, se admite que ello no cambia la situación económica de la Comuna, como que no es suficiente la transmisión en frecuencia modulada -la que, además, está alquilada a "FM Tango"- ni tampoco resulta necesario ofrecer a particulares la frecuencia 710kHz.

Sin embargo, se modifica la frecuencia con nuevos fundamentos igualmente falsos. Así, se sostiene en sus considerandos que la potencia de la actual estación de radiodifusión sonora denominada "Radio Municipal" excede ostensible e injustificadamente el ejido urbano de la Ciudad de Buenos Aires, debiéndose asignar una potencia de emisión acorde con sus necesidades.

Por lo contrario, como se podrá comprobar técnicamente -está acreditado en dichas actuaciones y en las demandas ya promovidas-, ni la actual frecuencia 710kHz excede el mentado ejido urbano, ni la nueva asignada de 1650 kHz, con una potencia de 1 kW, es acorde con las necesidades de la transmisión de la radio. Con uno (1) kilowat de potencia, la radio no podrá escucharse en toda la Ciudad de Buenos Aires, tampoco quien no tenga receptores de última generación podrá llegar al mentado 1650 del dial ya que los receptores normales llegan sólo al numeral 1600.

Esta observación surge, además, de la nota enviada por el Director General de Consumos Públicos al Subsecretario Técnico de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación a fs. 92 del ya citado Expediente N° 383/94, de los registros del COMFER. Por ello, resultan falsos los motivos aducidos para el cambio de frecuencia. Esta decisión aparece fundada solo en el arbitrio y en el capricho irrazonable

Como bien se advierte, se trata de un amontonamiento de afirmaciones que sólo desnudan una manifiesta ausencia de sustento fáctico y normativo de los actos impugnados, teñidos de ilegitimidad, arbitrariedad y de irrazonabilidad, lindantes con el capricho o la lisa y llana desviación de poder. Es que, dentro de las limitaciones jurídicas cuya observancia es menester controlar, se halla la fundamentación expresa de los actos, siendo dable remarcar, en este orden de ideas, que éstos deben ser suficientes y razonablemente motivados, consignándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo.

En el caso concreto, el varias veces citado Decreto N° 848/94, entre otras circunstancias, se dictó considerando " *...la situación económica de la comuna metropolitana que hacia aconsejable una reducción del gasto público que implica la necesidad de eliminar las partidas presupuestarias asignadas a la financiación de dicha emisora*".

Sin embargo, del también citado Expediente N° 383/94, de los registros del COMFER, que dio origen a dicho acto surge que:

a) se inicia con un pedido del Sr. Interventor del COMFER al Director General de Concursos Públicos a fin de que proyecte el decreto que autorice al organismo a llamar a concurso público para adjudicar la frecuencia de 710kHz (fs. 38); y

b) el anteproyecto de dicho decreto nada aduce respecto de la situación económica de la MCBA (fs. 41/43) lo que se agrega recién cuando el proyecto es girado a la Presidencia de la Nación (fs. 82).

En tal contexto y más allá que no se habrían demostrado las razones que imponían o hacían aconsejable la mentada reducción del gasto público -máxime si se advierte que desde 1992, por Decreto N° 2.355, Y a los efectos de que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires incremente la obtención de recursos genuinos, se había exceptuado a la emisora municipal de la prohibición del Artículo 107 de la Ley N° 22.285 y que conforme surge del presupuesto general de gastos de la Municipalidad, referido al ejercicio de 1995, la incidencia de la cuenta especial de dicha radio no alcanza al 0.07 por ciento del presupuesto (fs. 347/8)-, es lo cierto que cuando el Decreto N° 1.848/94 procede a la revisión parcial del Decreto N° 848/94, ya no atiende a las presuntas necesidades económicas que antes se habían considerado y propone la continuidad de la citada emisora aunque esta vez adjudicándole una nueva frecuencia (1650 kHz), tras apreciar que la potencia de 710kHz excede ostensiblemente e injustificadamente el ejido urbano de la Ciudad de Buenos Aires, desvirtuando la finalidad que le es propia (!!).

Empero, el Decreto N° 1.498/94 no aclara en que consiste el exceso, sin que de la Ley N° 22.285 surja que la autorización de la frecuencia específicamente asignada -en el caso, por el Decreto N° 3.221/58- pueda resultar injustificada. En todo caso, y dentro del marco de dicha ley, la conducta de los servicios debidamente habilitados sólo pueden generar algunas de las responsabilidades en ella tipificados.

En síntesis, no se advierte en el *sub* examine que las presuntas razones que se aducen en la emisión de sendos Decretos Nros. 848/94 y 1.498/94 aparezcan fundadas. Ello así, pues:

a. El Decreto N° 1.498/94 resulta contradictorio respecto de su anterior, el N° 848/94 (al que sólo deroga en su Artículo 4°), en

cuanto este último predicó que resultaba suficiente para la Municipalidad de Buenos Aires contar la estación radiodifusora con modulación de frecuencia de 92.7 MHz, la que, por lo demás, se encuentra alquilada durante dieciocho horas del día a "FM Tango", fruto de la gestión del ex Intendente Bouer.

Además, la motivación de aquél no revierte supuestas razones económicas que fueron la base del Decreto N° 848/94 cuando, sin embargo, vuelve a asignar una frecuencia de 1650 kHz en la modulación de amplitud a la Ciudad.

Resulta obvio, en tal orden de ideas, que si el concurso público tenía por fin eliminar las partidas presupuestarias asignadas a la financiación de la emisora municipal, ello no se lograría si lo único que se cambia, en definitiva, es la frecuencia con la que habrá de operar (o mejor, técnicamente, no operar).

b. El Decreto N° 848/94, a su vez, se fundó en un hecho que el Poder Ejecutivo jamás pudo probar, no obstante su alegación en las actuaciones administrativas y demás constancias de las causas judiciales en trámite: las invocadas razones económicas que tornaban aconsejable la reducción del gasto público de la Municipalidad. En tal contexto, la única causa que confluía a conformar la voluntad administrativa para la emisión de los actos cuestionados, presuntamente económica, aparece así como una "motivación aparente", circunstancia que se corrobora por el curso de los hechos con posterioridad a la sanción del Decreto N° 848/94.

En tales condiciones, no cabe sino concluir en una notoria falsedad e ilegitimidad en los presupuestos de hecho y de derecho invocados para emitir el acto; lo cual se erige en ausencia de causa invalidante de la normativa en cuestión en cuanto que, según enseña la doctrina y jurisprudencia, el acto así viciado es aquél que obedece a la arbitraria intencionalidad del funcionario y cuyos motivos determinantes no existen o se han falseado (cfr. C.S., in re "Hochbaum", E.D. 40-425; y entre otros; asimismo, Boquera Oliver, J.M.;, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 19865, pp. 97, 121 y ss.).

Lo precedentemente expuesto evidencia, asimismo, que el Poder Ejecutivo ha incurrido en el vicio de "falta de motivación", puesto que los actos impugnados carecen además de una exposición razonada de los antecedentes de hecho y de derecho que pudieran justificar la medida adoptada.

En este orden de ideas, valga recordar que el Artículo 7°, inciso e), de la Ley de Materia N° 19.549, prescribe que la motivación del acto administrativo constituye un elemento o requisito esencial de legalidad. Su ausencia o irregular formulación priva por completo de validez al acto emitido. En los términos del ya citado Artículo 14, inciso b), del mismo texto legal, si el acto es portador del vicio de legalidad referido, viola "una forma esencia" con la consecuencia de incurrir en una causal de nulidad absoluta e insanable.

Ello ha sido declarado, en reiteradas ocasiones, por la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (cfr. Sala 2, "Santarelli SA c/ANA" del 16112/80, Rev. Impuestos, 1982, p. 1859; Sala 4, Expediente N° 292, "Cabulli, V. e/Estado Nacional", del 12112185; ídem, Expediente N° 11.118, "Russo, JA c/Estado Nacional", del 11/6/87, RAP 114: 121, y otros), en criterio que comparte la más autorizada doctrina (cfr. Gordillo, A.A., *Tratado de Derecho Administrativo* t° 3 capítulo X n. 8. Hutchison T. *Ley Nacional de*

Procedimiento Administrativo, vol. 1, p. 324; Rodríguez, G.A., *Derecho Administrativo - Actos y Contratos Administrativos*, Bogotá 1982, t° pp. 358/9).

2. Violación de la ley y demás garantías implicadas

Por lo demás, el resto de las aserciones de los decretos impugnados no son más felices ni mejoran un ápice la validez y subsistencia de dichos actos en el mundo jurídico.

Es que, sin perjuicio de lo ya expuesto, el Decreto N° 1.498/94 es también nulo, por "violación de la ley aplicable". En efecto, en los considerandos que lo informan se establece que se ejercen las facultades del Artículo 23 de la reglamentación de la Ley N° 22.285, aprobada por Decreto N° 286/81 .

La norma citada determina que la variación de frecuencia y de potencias asignadas no da derecho a indemnización, siendo esta norma reglamentaria de la del Artículo 27 de la Ley N° 22.285. Ella establece los supuestos que permitirán al Poder Ejecutivo Nacional variar las frecuencias o potencias, mencionándose los casos siguientes: de necesidad motivada por cumplimiento de contenidos internacionales, por requerimiento del plan nacional de radiodifusión o por razones de seguridad nacional. Como advertirá V.S., ninguno de estos supuestos, han sido invocados ni acreditados para poder variar la frecuencia, configurándose por lo tanto, en este sentido, un vicio grave de violación de la ley.

Es, asimismo, nulo, de nulidad absoluta, el Decreto N° 374/95, tanto como también la citada Resolución N° 061/95, del Comité Federal de Radiodifusión, sus modificaciones y además actos administrativos dictados en consecuencia.

Por este último decreto, el Poder Ejecutivo aprueba los actos del concurso público para la adjudicación de la licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora que operarán en las frecuencias de 710kHz y 25/5 Kw de potencia y 91.7 MHz, concediéndola a "Auditas SA (en formación)".

La nulidad de este acto se fundamenta en los vicios de falta de causa violación de la ley, finalidad encubierta y arbitrariedad, a tenor de lo variados fundamentos vertidos con respecto a sus actos antecedentes, siendo de destacar, por lo demás, que unos y otros aparecen en las citadas actuaciones administrativas N° 383-Comfer-94. Por tanto, siendo nulos los decretos que le sirvieron de base, pareja conclusión corresponde seguir con respecto a aquel último.

En cuanto a la ley aplicable, cabe destacar que se aplica al caso la Ley de Radiodifusión N° 22.285. Sin embargo, y como ha quedado demostrado, se intenta "privatizar" a LS / Radio Municipal, según se expuso en los considerandos del Decreto N° 848/94 bajo el aparente fundamento de que "resulta necesario ofrecer a particulares la frecuencia 710kHz". A cuyo efecto, no se trepidó en disponer el arbitrario cambio de frecuencia para LS/Radio Municipal, siendo con el trámite de privatizar la frecuencia 710kHz, despojándola de la Municipalidad de Buenos Aires.

Sin embargo, la misma Ley N° 22.285, determina los plazos en los cuales serán ofrecidos a particulares los servicios de radiodifusión prestados a través de estaciones, entre otras, de propiedades de Estados Provinciales y Municipalidades (Artículo 106). En tanto, el

Artículo 107 establece una situación de excepción para los servicios de radiodifusión sonora prestados a través de estaciones provinciales o municipales, las que podrán continuar con sus emisoras regulares siempre que se ajusten a lo dispuesto en el Artículo 35 de la misma ley. Allí se mencionan los fines que deben perseguir estas emisiones radiofónicas los que resultan ampliamente cumplidos por "LS / Radio Municipal".

A título de ejemplo, puede citarse la transmisión de todos los espectáculos que se realicen en el Teatro Colón (cfr. Decreto N° 371/47, B.M. 7917; la emisión de un programa de educación a distancia teniendo como objetivo el correcto uso de la lengua castellana (cfr. Ordenanza N° 40.649, B.M. 17.586); los espacios para defender los aspectos más salientes de la actividad del Concejo Deliberante o para que los Concejales expongan sus funciones y proyectos (cfr. Resolución N° 42.736, B.M. 18.303 Y Resolución N° 44.244).

3. Del supuesto carácter "precario" de la licencia otorgada

De otro lado y, por cierto, no menos relevante, se ha esgrimido en forma asaz reiterada en favor de la supuesta legitimidad del comportamiento estatal aquí en tela de juicio que, mediante el Decreto N° 3.221/58, el Poder Ejecutivo dio en asignar en uso meramente "precario" la licencia objeto de la licitación impugnada a la Municipalidad de Buenos Aires.

Se dice, en efecto, que tal como lo informa el Decreto N° 848/94, en su primer considerando, se acordó a dicha Municipalidad la mentada frecuencia "en uso precario", la que, dada tal naturaleza, ella sería esencialmente revocable, de donde se infiere como indudable que si el Poder Ejecutivo tiene facultades para dejar sin efecto un acto básicamente revocable, las tendría igualmente para modificarlo o sustituirlo, tal el caso de la reasignación de frecuencia dispuesta.

La falacia de la argumentación ensayada, bajo tal aspecto sólo aparente, ha menester de su consigna respuesta. Por lo pronto, acude en decisivo apoyo de la tesis opuesta jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema cuando, si bien se negó el carácter perfecto de un derecho cuando el acto que lo creó fue emitido por la Administración Pública en ejercicio de su actividad discrecional, esa posición es hoy claramente insostenible, por cuanto la Ley N° 19.549 (Artículos 17 y 18) no hace diferencia alguna entre acto emitido en ejercicio de actividad reglada o discrecional de la Administración.

Al respecto, como lo enseña un autor de la talla de Marienhoff, el derecho administrativo contemporáneo suprime la diferencia en la naturaleza del derecho o atribución emergente de un acto administrativo, según que éste proceda de la actividad reglada o de la discrecional (cfr., del autor cit., "Permiso especial de bienes del dominio público. Régimen jurídico. La precariedad", *El Derecho*, del 22/3/96). No es éste, pues, un extremo autónomo y suficiente para fundar la postura esgrimida en el decreto impugnado.

De otra parte, aun admitido, por hipótesis, que la facultad o atribución emergente para el mero permisionario no constituya un derecho perfecto, a pesar de ello la extinción o revocación del permiso requiere la observancia de las reglas mínimas de juridicidad propias de un Estado de Derecho. De ahí que el permiso no pueden ser extinguido arbitrariamente ni en forma potestativa o intempe-

tiva. La validez de un tal acto de extinción debe basarse, ante todo, en consideraciones objetivas.

Dicho de otro modo, como continúa el mismo Marienhoff en el trabajo citado: "...La 'razonabilidad' -garantía constitucional innominada hoy es regla básica de toda solución en derecho. Tribunales y escritores, tanto foráneos como vernáculos, pusieron límites racionales a la extinción de los 'permisos' de uso. En ese orden de ideas, quedan excluidas las decisiones arbitrarias o meramente potestativas..." (cfr. del autor y ob.cits., con la cita al pie de página, en el numeral indicado como [19] que, por su analogía con el caso de autos, bien vale la pena reproducir.

"...Así, se ha considerado que la revocación o extinción del permiso... es improcedente cuando ello tienda a favorecer a otra persona; tampoco procede si la extinción del permiso se la subordinare a condiciones ilegales..." (vid. Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, troisième édition, t. 3°, París, 1930, p. 376).

En efecto, hoy se requiere que tal revocación, magüer el invocado carácter precario, responda a algo más que a la mera expresión de voluntad de la Administración Pública; se requiere que esa voluntad responda a una razón plausible y no al mero arbitrio o a la mera potestad imperativa (cfr. Resta, Raffaele, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 121). Pues sería tanto como insensato, amen de ilegítimo, pretender la validez del acto de extinción de un "permiso" por invocación, como aquí se pretende, de la mera voluntad de la Administración (*ad nutum o ad libitum*). Tal validez requiere de un "mínimo de justicia", una razón de ser jurídicamente aceptable pues, como se ha dicho, incluso la discrecionalidad encuentra límites racionales en su ejercicio.

En otras palabras, y aun aceptando -lo que, por cierto, es bien discutible- la invocada precariedad de tal clase de permisos, su extinción requiere de una adecuada motivación; es decir, que el acto que dispone la extinción del permiso debe expresar los motivos en cuyo mérito se extingue. Es de principio que los actos que extingan o revoquen una decisión deben ser motivados, por caso, deben expresar la razón que les asiste para así decidir, excluyéndose lo arbitrario o lo potestativo y poniendo de manifiesto la razonabilidad o la juridicidad del acto de extinción.

En síntesis, el acto que dispone la extinción de un permiso debe ser objeto de motivación expresa. Tal motivación pondría de manifiesto la existencia de la razonabilidad actualmente exigida como sustrato inexcusable del acto de extinción como que carece de validez la que así lo dispone en forma arbitraria o meramente potestativa.

Tal es, en rigor, lo que ha acontecido con lo dispuesto en el írrito Decreto N° 848/94 quien no hesitado en despojar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la titularidad de una onda en la que opera desde más de setenta (70) años. Y es, por cierto, bastante difícil predicar de tal relevante y esencial circunstancia, una precariedad como la que pregona el Poder Ejecutivo Nacional en semejante temperamento.

A *contrario sensu*, bien vale la cita de un fallo de la Sala 4 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo cuando al pronunciarse afirmativamente sobre la validez de la extinción de un acto que otorgó el permiso, hizo mérito de que tal extinción "no fue arbitraria ni

irrazonable", para rechazar la acción de nulidad promovida con tal objeto (cfr. causa N° 3.491, in re "Hierrezuelo, Ricardo y otro", del 27/10/83).

Sólo una posición antojadiza, reñida con los más elementales principios que gobiernan la materia, podría pretender concluir en la precariedad de una licencia cuya titularidad, como se ha visto, ejerce la Municipalidad -hoy su continuadora, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- hace más de setenta años. Una decisión como la adoptada revela, a las claras, un comportamiento irregular y arbitrario por parte del Poder Ejecutivo, que no se sustenta en motivación válida alguna.

Tal como lo postulan Grecco y Muñoz, aún admitida con carácter general la revocación -con indemnización- la disposición del Artículo 18 de la Ley N° 19.549 parece tender a eliminar el precario por naturaleza, exigiendo que en cada caso tal carácter se determine expresamente en las normas que regulan la situación o en el título. En lo que atañe a su validez -agregan- más que una habilitación genérica, parece contener un reenvío a las disposiciones que regulan, en cada caso, la situación en que se inserta el precario (cfr. La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones, Depalma, 1992, p. 132).

En la especie, ninguna razón fáctica o jurídica autoriza la invocación del supuesto -y esencialmente erróneo- carácter precario de la licencia de marras, para sostener la validez del decreto impugnado y la solución que es su correlato. En todo caso, tal invocación no impide al Poder Judicial examinar a posteriori la legitimidad de un acto semejante, de cara al ejercicio de la concreta potestad revocatoria (cfr., de nuevo, Grecco y Muñoz, ob. cit., p. 132).

Para concluir, en este punto, con palabras señeras de estos dos distinguidos juristas:
"...En este plano, predomina el criterio según el cual la administración carece de facultades para autoatribuirse mediante las cláusulas de precario la facultad de extinguir, a su libre voluntad, las situaciones jurídicas sobre las cuales la precariedad proyecta sus consecuencias; que el necesario control judicial incluye el análisis y la valoración de los fines de interés público tenidos en cuenta al dictar el acto o celebrar el contrato, fines que deben ser cotejados con las razones de mérito aducidas como

fundamento del acto revocatorio...".

"...La valoración de las razones de interés público que operan como presupuesto del acto extintivo importa el ejercicio de facultades discrecionales. Por consiguiente, tales actos no pueden ser incausados, dado que la administración no debe actuar por antojo. Muy al contrario, el ejercicio de facultades discrecionales exige la precisa y rigurosa motivación del acto, pues la mera invocación del interés 'público no justifica cualquier decisión administrativa..." (cfr. Grecco, Carlos M. y Muñoz, Guillermo A., La precariedad en los permisos..., p. 133).

Este necesario e inexcusable control judicial no implica sustituir a la administración en el ejercicio de sus potestades, sino verificar si ellas han sido utilizadas en forma razonable y sin arbitrariedad. Por lo demás y como tiene muy dicho la Procuración del Tesoro de la Nación en jurisprudencia administrativa uniforme los excesos nulificantes de actos administrativos, cuales los impugnados, no se purgan so pretexto, incluso, del ejercicio de facultades regladas por parte del Poder Administrador, toda vez que "...el carácter legal de

una atribución, de una facultad y de la observancia de las formalidades *bastan para acordar legalidad al acto si hay substractum de arbitrari error técnicamente hablando o desviación de poder, que es lo mismo que ilegalidad*".

Es que, como es sabido, es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada -como los efectuados en la presente demanda-, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto. Dicho de otro modo, si bien es cierto, como principio, que no es revisable judicialmente la facultad de la autoridad administrativa ni, en general, el acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente, esto es así siempre que no concurra una causal de arbitrariedad o de lesión de derechos consagrados por la Constitución Nacional.

En tales condiciones, concurre en la especie una nulidad del obrar lesivo por violación de la ley en el sentido asignado a la expresión por la mejor doctrina sobre la materia (cfr. De Laubadere, A., *Traité de Droit Administratif* (t.º I, p. 575, Marienhoff, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 11, p. 529), por la jurisprudencia de la Corte Suprema (cfr. Fallos: 304:898, entre otros) y por el ordenamiento positivo (Artículo 14, inciso b), Ley N° 19.549), para establecer una causal de absoluta e insanable invalidez, por hallarse afectado el objeto de los actos administrativos aquí en tela de juicio (Artículo r, inciso c), ley cit.).

En razón de lo expuesto, y habida cuenta de la transgresión incurrida con base en la errónea aplicación de las disposiciones de la Ley de la materia N° 22.285, se acredita la inexactitud y falacia de las motivaciones expuestas en presunto fundamento de los decretos de marras, hallándose, en cambio, acreditado el cumplimiento de los fines que satisfacen las necesidades culturales de la población, al que acertadamente alude la prescripción contenida en el Artículo 35 de dicho texto normativo.

Sin embargo, parece que el fin de bien público o el interés general que debe existir y presidir a todo acto administrativo, ha sido debidamente evitado en el caso concreto, configurándose así el denominado vicio, de pareja magnitud nulificante, de "desviación de poder".

4. ¿Desviación de poder?

Es que otros intereses se estarán persiguiendo ... si se advierte que la adjudicación, origen y fundamento de la demanda se realiza en favor de una sociedad "en formación" -más allá de toda referencia o calificación de sus integrantes- contraviniendo también, sugestiva y flagrantemente, los claros requisitos exigidos por el Artículo 45 de la ley citada.

De interpretarse así, tales principios son precisamente los que aparecen conculcados con inocultable "desviación en la finalidad" perseguida mediante el dictado de las normas objeto de esta presentación. El desvío de poder incurrido se erige, así, en el último y no menos grave vicio nulificante de que aquéllas son pasibles.

Ello, con base en las enseñanzas de autorizada doctrina nacional (cfr. Gordillo, AA, op.cit., tº 3, cap. IX, p. 25; Mairal, HA, *Control Judicial de la Administración Pública*, vol. 11, p. 660; Marienhoff, M.S., op.

tº 11, p. 542; Linares, J.F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 248, p. 293; Cassagne, J.c., *Acto Administrativo*, p. 294; Diez, M.M., *Derecho Administrativo*, tº 11, p. 346 Y ss.), tanto como la mejor doctrina extranjera (Alessi, Renato, *Diritto Amministrativo*, Milán 1949, y sus notas).

A propósito, enseña al respecto el tratadista italiano que:

"...la desviación de poder, o sea, el uso de una facultad discrecional para un fin distinto de aquél para el que fue concebida, puede aparecer directamente "de la motivación del acto (en cuyo caso la jurisprudencia habla de 'motivos ilegítimos') o puede ponerse de relieve por distintos síntomas, como la contradicción del acuerdo con actos precedentes, entre las varias partes del acto, o con la resultancia de los actos; la motivación insuficiente; la motivación contradictoria; la irracionalidad del procedimiento seguido para la emanación del acto y, por último, la desfiguración de los hechos..." (op. cit., pp. 330/331)".

En igual sentido, se pronuncian García de Enterría, E. y Fernández, T.R., en su *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 1984, tº 1, p. 441 Y ss.; Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, vol. 1, p. 539; De Laubadere, A., op. cit., Parls 1953, p. 389).

5. Violación del procedimiento: el principio de igualdad

No hay pues, de otro lado, razón ni urgencia alguna que justifiquen las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en orden a quitarle a Radio Municipal su actual frecuencia a expensas de una licitación en un concurso que se dice público pero del cual -y en todo caso- se privó a la Ciudad de Buenos Aires a participar como oferente.

Desde este punto de vista, tal como está proyectado el Pliego de Bases y Condiciones mediante el cual se llamara a concurso público para la adjudicación de la licencia que permite el uso y la explotación de la frecuencia que hoy utiliza la Ciudad de Buenos Aires, a través de "LS I Radio Municipal", no fue posible que ésta pudiera participar como oferente, en caso de pretender conservarla, lo que viola el principio de igualdad ante la ley, contemplado en el Artículo 16 de la Constitución Nacional.

En efecto, tal como resulta del texto del Artículo 15 del Anexo I de dicho Pliego, sólo podrían presentarse como oferentes en aquella licitación las personas físicas o sociedades comerciales, regularmente constituidas o en formación, que se ajusten a las disposiciones de la Ley N° 19.550.

Se advierte así también la arbitrariedad de dicho instrumento mediante el cual se llamó a concurso para la adjudicación de la onda en cuestión, toda vez que del texto de sus disposiciones se impedía a la Ciudad a presentarse como oferente de dicha frecuencia, con la cual opera su principal medio de difusión.

En cuanto aquí interesa, y habida cuenta que aun cuando la ley deja un margen de arbitrio al Poder Ejecutivo, éste puede limitar su propia libertad de acción dictando disposiciones generales y obligatorias, ello ocurre a condición de que el dictado de tales actos, de contenido substancialmente normativo, debe preservar un tratamiento parejo e igualitario de los administrados garantizando así la vigencia del señalado principio constitucional de la igualdad (Artículo 16, Constitución Nacional).

Ello no ha sido en modo alguno respetado en la especie en donde, a las severas deficiencias constitucionales y normativas denunciadas, se unen la irrazonabilidad y la desviación de poder incurrido para con la situación de la Ciudad de Buenos Aires.

En suma, los supuestos de ilegitimidad denunciados permiten afirmar que el Poder Ejecutivo Nacional, tanto como el Comité Federal de Radiodifusión, en la órbita de sus respectivas competencias, han transgredido irremisiblemente los requisitos esenciales que informan a todo acto administrativo; tanto más en una materia tan delicada como la acometida con esta singular concesión, que importa, a no dudarlo, una grosera exorbitancia institucional, una pareja transgresión normativa y una injustificada, desigual y, por demás, irrazonable decisión que se consuma en el ilegítimo despojo de los bienes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La mencionada repartición constitucional se hace tanto más evidente, sino grosera, si se repara en la sencilla observación de que, tal como se ha reafirmado, "...a esta altura de los tiempos la expectativa de un nuevo régimen institucional para la Ciudad de Buenos Aires, ha necesario que estas decisiones sean tomadas por las autoridades del futuro gobierno representativo, de origen genuino, sin interferencia de otros poderes, con abuso de su competencia, ni tampoco desviación de poder de la autoridad comunal actual", razonamiento no sólo aplicable al episodio de marras, sino que constituye una premisa general que abarca todo acto administrativo y de gobierno que comprometan la libre decisión de las nuevas autoridades que surgirán de la voluntad popular del Estado Autónomo de Buenos Aires.

Dicho criterio esencial, fue receptado en la sentencia pronunciada por el juez Guglielmino al acoger la medida cautelar peticionada en el citado precedente registrado en la causa N° 39.944 caratulada "Cartañá, Antonio (Ombudsman de Bs.As.) c/Poder Ejecutivo Nacional amparo Ley N° 16.986", de fecha 1/9/195, en ocasión de señalar que:

"...parece por ahora consistente el argumento del actor, referido a la nulidad del decreto -impugnación que involucra, naturalmente, el cuestionamiento de todo el procedimiento que le precedió- por contravenir la voluntad del constituyente, expresado en el Artículo 129 de la Carta Magna en tanto una decisión de esta naturaleza, configuraría en principio, una potestad que la Constitución Nacional, ha querido dejar en las próximas -y necesariamente inminentes- autoridades municipales, elegidas por el sufragio de los ciudadanos...".

En otras palabras, se pretende con los inconstitucionales e ilegítimos decretos en entredicho, consumir un verdadero e inadmisibles "despoja" de los bienes de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto necesaria continuadora de una licencia que pertenece, en calidad de indiscutida titular, a la entonces Municipalidad de Buenos Aires, desde el año 1925, vervigracia, nada más ni nada menos que hace setenta años (!). Y ello, no sólo con una inocultable transgresión constitucional, a la luz de la cláusula autonómica consagrada en el citado Art. 129 de la Carta Magna, sino mediante argumentos inexactos, falaces e indignos de ser invocados, como tales, por el Poder Ejecutivo Nacional.

111. CONCLUSIONES

Habiéndose demostrado la nulidad del Decreto N° 374/95 del

Poder Ejecutivo Nacional con fecha 24/8/95, así la de sus actos

antecedentes y los Decretos Nros. 848/94 y 1.498/94 Y la Resolución del Comité Federal de Radiodifusión N° 061/95, en cuyo marco se aprueban los actos del concurso público en el que se decidió la adjudicación, corresponde arbitrar los medios para la protección de los intereses comprometidos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a saber:

1. Promoción de las acciones jurídicas pertinentes, peticionando la declaración de nulidad de las normas cuestionadas.
2. Requerimiento -en las actuaciones judiciales- de las medidas cautelares que fueren menester.

A estos efectos, debería dictarse el pertinente decreto que encomiende al Sr. Secretario de Gobierno y al suscripto, la promoción de las citadas acciones judiciales, para lo cual se adjunta al presente el correspondiente modelo.

En tal sentido me expido

Procuración General, agosto 16 de 1996.

Ernesto Marcer

Procurador General - Ciudad de Buenos Aires