

Montevideo, 11 de Febrero de 2019.-

## **Sentencia Definitiva No. 20/2019**

### **VISTOS :**

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados “SITRACK S.A C/ PODER EJECUTIVO - MTOP, AMPARO” iue 2-53520/2018, tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er Turno.

### **RESULTANDO :**

I.- Que a fs 95 y ss comparece el Sr K. V. R. en representación de la firma SITRACK S.A promoviendo acción de amparo contra el Estado - MTOP en mérito a los siguientes hechos : 1.- Su representada es una empresa con mas de 15 años en el mercado dedicada a la comercialización del servicio de monitoreo satelital de vehículos, enfocado principalmente al transporte carretero de carga nacional e internacional. 2.- Un buen día la Administración dicta sin explicitación de fundamento alguno una Resolución que define condiciones desconcertantes, con nulo sustento técnico y manifiestamente apartadas de cualquier razonabilidad, limitando severamente o inviabilizando la participación de SITRACK S.A en el mercado, tras quince años de trabajo. 3.- En el protocolo de homologación se estableció entre los requisitos técnicos que los servidores deberán instalarse físicamente dentro de territorio Nacional, no existiendo un solo fundamento ni motivo para semejante recorte en el ejercicio de derechos esenciales al trabajo y libertad de empresa. 4.- La Resolución no fue notificada ni publicada a pesar de ser trascendente y tampoco hay un solo antecedente que justifique lo decidido. 5.- Explicita la trayectoria de SITRACK S.A en el mercado y puntualiza que se controla desde un Data Center ubicado en Mendoza el 100% del trafico de datos generado por la totalidad de los vehículos. 6.- Refiere a las previsiones legales del SICTRAC (Sistema Integral de Control de Transporte de Carga) creado por la ley 17.296 art 271 de 21/2/2001 y las normas reglamentarias. 7.- En Enero de 2018 se dicta la resolución agravante, no notificada ni publicada, que establece que para la homologación de las empresas de gestión de información, aquellas deberán cumplir el protocolo de Homologación, que en el numeral tercero, donde se establece la documentación técnica del centro de monitoreo del operador (CMO), se impone que los servidores deberán estar instalados en el territorio nacional. 8.- Habiendo tomado conocimiento de la Resolución informalmente y al amparo de lo perpetuado en el art 140 del dec 500/991, SITRACK S.A se dio por notificada e interpuso recursos, y la Administración hizo lugar a los recursos interpuestos reconociendo que no se había cumplido con la exigencia de notificación. 9.- Cuando se accede a los antecedentes administrativos se constata que la ilegitimidad manifiesta emerge de : - La ausencia total de motivación suficiente, congruente y exacta, - el establecimiento de condiciones apartadas del principio de razonabilidad que carecen de cualquier sustento técnico que las justifique, - el manifiesto apartamiento de los principios de igualdad y de libre competencia. 10.- El contenido de la pretensión amparista refiere a los derechos constitucionales a la igualdad, libertad de empresa, comercio y trabajo (art 7, 8, 36, 53 y 72 de la Carta). 11.- Refiere a la configuración de los elementos objetivos del amparo, identifica los

derechos amenazados, aspecto que desarrolla en extenso con citas varias de doctrina. 12.- La ilegitimidad manifiesta surge de la falta de motivación de la resolución resistida, impone que los servidores se encuentren físicamente en territorio Nacional sin que exista razón técnica o que lo amerite, y con esta exigencia se desplaza a SITRACK S.A y a otras empresas del mercado violentando así el principio de libre competencia e igualdad. 13.- Postula la ausencia de otras vías idóneas para la tutela de los derechos amenazados, pues si no se logra la suspensión inmediata de la ejecución del acto la empresa esta obligada a retirarse del mercado. 14.- Descarta por las razones que expone que exista caducidad. 15.- Ofrece prueba, funda su derecho y solicita en definitiva se acoja la demanda de amparo y se disponga la suspensión de la ejecución de la Resolución del MTOP de 25/1/2018 hasta tanto se revoque por parte de la Administración o se suspenda su ejecución por parte del T.C.A o el TCA resuelva sobre la legitimidad o no de la decisión Administrativa cuestionada.

II.- Por dispositivo No. 2148/2018 de 29/11/2018 (fs 115) se convocó a las partes a la audiencia de precepto, donde fueron oídas las explicaciones que brindó el Estado - MTOP (fs 421 y ss) : 1.- No se dan en este caso los elementos constitutivos del amparo. 2.- La ilegitimidad tiene que surgir clara, evidente, inequívoca y grosera, que prácticamente se prueba incontinenti, concepto que abona con citas de doctrina y jurisprudencia. 3.- Para que proceda el amparo no puede existir otra vía idónea para la defensa del derecho. La demora en la tramitación de los medios jurisdiccionales o administrativos no es sinónimo de ineficiencia de los mismos. 4.- En el presente caso existen otras vías que fueron utilizadas y se encuentran pendientes de decisión. 5.- Respecto al fondo del asunto precisa que se encuentran en el marco de un llamado a expresión de interés que no es una licitación ni una convocatoria a procedimiento competitivo, sino un llamado a interesados a cumplir un servicio de gestión de información y provisión de dispositivos, en el cual resulta beneficiosa la máxima cantidad de interesados para que los particulares elijan libremente a quien contratar. 6.- La Administración fija pautas y niveles de servicio que entiende pertinentes para que se realice una buena gestión. 7.- La exigencia relativa a que los servidores deban estar dentro del territorio Nacional resulta de la aplicación de lo dispuesto en el art 3 del Decreto 92/014 reglamentario de la ley 18.719, norma que transcribe. 8.- Al ser datos confidenciales propiedad de MTOP el organismo no debe arriesgarse a que esos datos se vuelvan públicos. 9.- Cita asimismo el art 3 literal "F" del Decreto 451/009 y concluye que las normas citadas en su integralidad son de meridiana claridad y respaldan la exigencia de que los servidores de empresas prestadoras deban estar instalados físicamente dentro del territorio Nacional. 10.- Solicita en definitiva que se desestime la demanda.

III.- Celebrada la audiencia (fs 424), se agregó el informe del Ingeniero SOTUYO (fs 429 y ss), y continuando con la ritualidad procesal se recibió la declaración del perito mencionado (fs 451), se formularon las alegaciones de las partes y por decreto No. 187/2019 de 6/2/2019 (fs 451) se las convocó a la presente audiencia de lectura de Sentencia con sus fundamentos, retirándose el Oficio a considerar su decisión.

#### **CONSIDERANDO :**

1.- Que se habrá de acoger la demanda de amparo, disponiéndose la suspensión transitoria total de la ejecución de la Resolución de 25/1/2018 dictada por el Estado -

MTOP, hasta que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se expida sobre la procedencia de la medida cautelar, art 2 ley 15.869.

2.- A criterio del sentenciante se reúnen todos los elementos requeridos por los art 1 y 2 de la ley 16.011, que dan cima a la decisión anunciada, y ello por los fundamentos que se habrán de desarrollar a continuación.

3.- El decreto 348/017 en su Considerando No. I establece que “resulta conveniente y oportuno adecuar el Sistema de Control del Transporte de Carga que circula por el territorio nacional a los avances tecnológicos, lo que permite un seguimiento y control mas eficiente y eficaz” (a fs 20 final).

4.- La adecuación de los sistemas o guías del transporte de cargas a los nuevos desarrollos tecnológicos es el motivo esgrimido por el Poder Ejecutivo para dar inicio a todas las modificaciones que luego, en la órbita de la cartera demanda, se pretenden implementar en el protocolo resistido.

5.- El actor no pone en tela de juicio las legítimas potestades de la Administración para proceder a actualizar los sistemas de contralor vigentes para el transporte de carga (vide demanda a fs 95 vto numeral 3) y a la Sede no le compete efectuar comentario alguno al respecto por simple aplicación del principio de separación de poderes.

6.- Explicado que el designio del Estado era el transcripto, el MTOP efectuó el 25 de Enero de 2018 una convocatoria a empresas interesadas en la prestación del servicio de gestión de información y de provisión de dispositivos electrónicos a tal efecto (fs 24 y ss), convocatoria que se llevaría a cabo a partir del 29 de Enero de 2018 y por un período de seis meses ante las Oficinas de la Dirección Nacional de Transporte.

7.- Llama la atención a este decisor que esta Resolución no se notificara a las cámaras de empresas o empresas que ya están en el rubro, o se publicara en el diario Oficial y Diarios de plaza, puesto que según dice el Estado al contestar la demanda lo que procuraba era que se presentaran “la máxima cantidad de interesados para que los particulares elijan libremente a quien contratar” (fs 422 vto mitad).

8.- Véase que la Oficina de Difusión y Comunicación del MTOP dispuso el mismo 25 de enero de 2018 que se cursaran las publicaciones correspondientes (fs 194), y no obstante ello es recién en noviembre de 2018, es decir, diez meses después, producto de los recursos que SITRACK S.A interpuso, que se publica el llamado en el diario Oficial y diarios de circulación Nacional (fs 201 y ss), y se comunica del llamado a las cámaras empresariales eventualmente interesadas (fs 196 y ss), ampliándose el plazo hasta el 31 de diciembre de 2018.

9.- Salta a la vista la inadecuación existente entre el tramite verificado y lo que la Administración afirmó querer hacer, es decir, no existe un llamado a interesados que pueda tramitarse en reserva. Es inequívoco que la convocatoria debió publicarse de inmediato en el diario Oficial, tal como dispone el art 94 del Decreto 500/991. La publicación es sugerida en el informe jurídico que se labrara producto de los recursos Administrativos que presentó la empresa actora (fs 59), y no surge de los antecedentes porqué no se publicó en enero (cuando estaba así dispuesto por la Oficina de Difusión y Comunicación, como ya se dijo).

10.- Evidentemente que no es el aspecto central de agravio de la firma actora, pero el despacho ha destinado los anteriores considerandos al análisis de la cuestión procedimental porque es el telón de fondo que colorea la ilegitimidad manifiesta que existe en el aspecto sustantivo y que habrá de analizarse infra.

11.- Son compartibles plenamente las consideraciones que efectúa la parte actora respecto de que la exigencia contenida en el protocolo de homologación aprobado, en cuanto impone que “los servidores deberán estar instalados físicamente en el territorio nacional” (fs 152 mitad), representa un avasallamiento claramente ilegítimo a los derechos de libertad de empresa, comercio y trabajo.

12.- Como señala la actora, no existe en todo el expediente Administrativo un sólo fundamento que haya sido expuesto por la parte demandada de porqué motivo se exige que los servidores estén en el territorio Nacional.

13.- Hasta ahora el Estado admitió operar con empresas como SITRACK S.A y les concedió las habilitaciones necesarias sin dicha exigencia, es decir, sabiendo o debiendo saber que el servidor de la promotora se ubica en Mendoza - República Argentina.

14.- En el caso de la actora, el cambio de criterio de la Administración, la dejan fuera del mercado, dada la inversión que se debe realizar para dar cumplimiento a la exigencia (vide informe de la Contadora BOGGIO de fs 82 y ss : “en atención a los ingresos que percibe y percibiría dicha empresa...hacen inviable el negocio bajo este nuevo esquema”).

15.- Una modificación tan significativa en las reglas de juego vigentes, para ser legítima, debe ser producto de poderosos argumentos sustanciales que la justifiquen. Y es del caso, que la lectura del expediente y sus A.A permiten arribar a tres conclusiones: a.- Que no hay motivo que justifique la exigencia de que los servidores se encuentren en el país, b.- que no hay tampoco ninguna motivación expuesta en actuaciones Administrativas a ese respecto, c.- que las alegaciones de derecho efectuadas por el Estado demandado en autos, no aplican a la situación de SITRACK S.A.

16.- Por partes.

La inexistencia de motivo científico desde el punto de vista informático que avalen la exigencia de la Administración, surge acreditado de la pericia dispuesta a cargo del Ingeniero en Computación Ing FELIPE SOTUYO (fs 429 y fs 430).

17.- El perito expone : “que el servidor se encuentre físicamente instalado en territorio uruguayo no se encuentra sustentado por ningún fundamento técnico, ni por ningún requerimiento operativo documentado en el expediente” (fs 430 mitad a final).

18.- El perito declara : “en el expediente no hay nada que justifique el porqué” (fs 451 final), y agrega más adelante : “En el momento en que el protocolo se refiere a que el servidor deba estar en territorio Nacional, en mi opinión, queda como una oración colgada que no tiene una justificación técnica, yo hubiera expresado los motivos” (fs 452 supra).

19.- Por otra parte, surge del completo informe glosado por el actor a cargo del Ingeniero JAVIER FRADILETTI (fs 91 y ss), no solo que la exigencia carece de fundamento desde la órbita técnica, sino que en áreas sensibles como la E-facturación de la DGI no es obligatorio dicho extremo (fs 93 mitad).

20.- La conclusión a la que arriba el Oficio es que el requisito de radicación de los servidores carece por completo de respaldo científico y por tanto de razonabilidad, que es un principio General de Derecho que debe regir el designio de la Administración. Al respecto la doctrina ha dicho : “El principio de razonabilidad, también es propio del Estado de Derecho, y por lo tanto admite aplicación sólo en tal modalidad, siendo por ende extraño a cualquier visión totalitaria o transpersonalista conformado por un mandato que debe ser aplicado por el legislador, el administrador como por el Juzgador...Si como ya lo expresamos, la proporcionalidad es consecuencia de la propia concepción del Derecho vinculada “a lo justo” o a “lo proporcional”, no puede dudarse que tanto aquella como la razonabilidad son atributos de la inteligencia y por ende inherentes a la persona humana, quedando por consiguiente comprendidas por el texto del art 72 de la Constitución” (cfm GUARIGLIA C., “El conflicto entre Derechos Fundamentales”, Edit AMF, Montevideo, 2007, pag 276 y 277).

21.- Existe entonces un vicio de origen en el motivo de las actuaciones Administrativas. En términos trasladables ha dicho el T.C.A : “los motivos que llevan al dictado del acto administrativo “deben ser expuestos de manera correcta y precisa..., puesto que es “necesario que se precise una relación efectiva de causa y consecuencia entre la situación de hecho y la determinación del derecho (omissis) no siendo procedente la invocación de manera ambigua, genérica y vaga (Sents. 866/91 y 472/92) (Sentencia del T.C.A No. 560/2015 de 4/8/2015 en Estudios de Derecho Administrativo 2016 No. 13, Rva la Ley, pag 617).

22.- El segundo aspecto (literal “b” considerando 16), es que ni el protocolo de homologación ni el acto que lo aprueba (Resolución del 24 de enero de 2018, fs 133), establecen motivación al requisito, es decir, no se dice -ni aún escuetamente- el porqué los servidores deben estar físicamente en Uruguay.

23.- El deber de motivar las decisiones Administrativas regladas o discrecionales (como la hipotecada en autos), constituye un imperativo ineludible del Estado a la par que es un Derecho Humano fundamental de las personas que dimana del derecho Constitucionalmente reconocido a la seguridad, art 7 de la Carta, de la cual la seguridad jurídica no es sino una variante.

24.- En el Estado de Derecho son inadmisibles los actos carentes de motivación. En términos trasladables la Suprema Corte de Justicia ha expresado : “(la motivación) debe ser auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación “ad hoc” de los motivos del acto. En principio, todo acto administrativo debe ser motivado . La falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad” (Sentencia No. 337/1997 en base pública de Jurisprudencia).

25.- Como se dijo, se trata de imperativos que irradian de normas Constitucionales, pero que al caso, también se encuentran reconocidos en el ordenamiento inferior, art 123 del Dec 500/991 y art 21 final del Dec 30/003.

26.- En consecuencia de lo anteriormente expuesto, el despacho entiende que el acto atacado se encuentra viciado de absoluta nulidad por carecer de motivación, por ser esta un requisito para su válida emisión.

27.- Respecto del tercer punto (“c” considerando No. 16), el Oficio entiende que no son de aplicación las normas tardíamente alegadas por la Administración al evacuar el traslado de la presente demanda (fs 422 vto), Dec 92/014 art 3 y art 3 lit “f” Dec 451/009, que reiteran el criterio ya informado en sede de despeje de los recursos Administrativos oportunamente opuestos por SITACK S.A (fs 145).

28.- En efecto.

Como señala la firma actora (fs 452 vto), el Decreto 92/014 art 3 alcanza a los sistemas informáticos de la Administración Central, y a esos les impone el deber de encontrarse en centros de datos seguros en territorio Nacional”. Claramente no es la hipótesis de autos.

29.- Respecto a ése punto, si se entendiera que las empresas contratistas con el Estado en cualquier actividad, u homologadas por la Administración para el contralor y seguimiento de flotas de camiones (como es el caso de SITRACK S.A) deben radicar sus servidores dentro del territorio Nacional, esta exigencia no puede imponerse de forma jurídicamente válida por actos Administrativos; al implicar una limitación al Derecho a la Libertad el principio de reserva legal impone que sea un acto legislativo (ley formal) fundado en razones de interés general.

30.- En conclusión, tanto por razones sustanciales (violación al principio de razonabilidad, ausencia de motivo y de reserva legal), como por razones formales (puesto que el despacho participa de la opinión de que la falta de motivación es un vicio formal del acto Administrativo), la exigencia de que los servidores se radiquen en territorio Nacional para que las empresas accedan a la autorización del MTOP , resulta un requisito manifiestamente ilegítimo en los términos del art 1 de la ley 16.011, que afectan severamente los Derechos Constitucionales ampliamente reconocidos a la libertad de empresa y trabajo de la firma actora, art 36 y 53 de la Carta.

31.- El demandado controvierte que no existan otras vías para la tutela de los derechos en juego o que las existentes sean claramente ineficaces, como dispone el art 2 de la ley 16.011 (contestación de demanda a fs 421 vto).

32.- Para la Sede en cambio, compartiendo el criterio expuesto por SITRACK S.A, el amparo es la única vía de tutela eficaz, puesto que es sabido el tiempo que insume el agotamiento de la vía Administrativa presupuesto del posterior acceso a la tutela jurisdiccional.

33.- La ineficacia se patentiza porque en el interregno la firma actora dejaría de prestar los servicios a sus clientes, es decir, no es simplemente una cuestión de demora, sino de la gravedad de las consecuencias que la demora provocarían en el sub caso.

34.- Una precisión final : en términos generales, este sentenciante se ha afiliado a la tesis restrictiva, en cuanto a que si el interesado ha interpuesto los recursos Administrativos contra la volición del Estado, no puede en simultáneo promover la

acción de amparo porque su propia elección procesal demuestra que existen otras vías de impugnación.

35.- El despacho es consciente de que el justiciable se encuentra en una encrucijada ciertamente draconiana, porque el agotamiento de la vía Administrativa está prevista como un presupuesto de la acción de nulidad, art 319 de la Carta.

36.- En cualquier caso, se trata de preservar y prestigiar a la acción de amparo, para que su residualidad determine su aplicación "heroica" a aquellos casos en que el Magistrado verdaderamente actúa como el último segmento de tutela del Derecho Constitucional restringido, amenazado, o violentado; y en los amparos contra actos de la Administración, la practica forense de esta Sede evidencia que un concepto va atado al otro y así, cuando el interesado interpone los recursos Administrativos, generalmente tampoco existe la ilegitimidad manifiesta.

37.- Ahora bien.

Este criterio cede ante supuestos en que esta última resulta evidente, como en autos, pues un argumento de corte formal no puede determinar que el Juez sea espectador del avasallamiento de los Derechos Fundamentales de las personas.

Tal el caso de obrados y de ahí que se acoja la demanda.

38.- Se habrá de establecer como limite temporal de la cautela el momento en que el T.C.A se expida respecto de la suspensión transitoria del acto Administrativo.

39.- La conducta de las partes no amerita la imposición de sanciones en el grado, art 56 C.G.P.

Por lo expuesto y dispuesto en los art 7, 36, 53 y 72 de la Constitución, **FALLO:**

I.- Acogiendo la demanda y ordenando la suspensión transitoria total de la resolución del M.T.O.P de 25 de enero de 2018, hasta tanto se expida el T.C.A sobre la procedencia de la medida cautelar.

II.- Sin especial sanción procesal en la Instancia.

III.- Consentida o ejecutoriada, se archive (H.F 20 BPC).

Dr. Gabriel Ohanian Hagopian  
Juez Letrado