

Poder Judicial de la Nación

Buenos Aires, *setena (14)* de diciembre de 2012.

Y VISTOS: estos autos caratulados "Grupo Clarín SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa" expte. n° 119/2010, de la Secretaría n° 1 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 1, a los fines de dictar sentencia en ellos y de los cuales,

RESULTA:

I.- A fs. 63/87 se presentan las actoras Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA por intermedio de sus apoderados, promoviendo la acción prevista en el art. 322 del CPCCN contra el Poder Ejecutivo Nacional -Jefatura de Gabinete de Gobierno- a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 46 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la Ley 26.522 y su inaplicabilidad respecto a las licencias y señales de las que eran titulares al momento de promulgarse la ley, con expresa imposición de costas.

Sostienen que la inconstitucionalidad cuya declaración peticionan es manifiesta, flagrante y surge de la ley; que su sanción y promulgación no ha guardado las formas y han sido tan escandalosas que deben tenerse presente las estridentes irregularidades y desvergonzadas inobservancias a los reglamentos de funcionamiento de ambas cámaras. Agregan que, pese a ello, dado el carácter restrictivo y la prudencia con que debe considerarse la inconstitucionalidad de las leyes en general, solo solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los artículos ya mencionados respecto a las licencias y señales que eran de su propiedad al momento de promulgarse la ley, pues el efecto de la vigencia de los mismos, además de aniquilar los derechos de propiedad y de libertad de

comercio de sus mandantes sobre activos de importancia estratégica, quita sustento operativo y económico a la actividad empresarial del Grupo Clarín, produciéndole daños patrimoniales gravísimos e irreparables que afectan directamente su independencia y libertades de prensa y expresión.

A tales efectos, argumentan que la ley establece -en forma irrazonable y arbitraria- limitaciones y restricciones a la propiedad de medios que no existían hasta su sanción (art. 45) disponiendo la venta de los mismos y de las empresas de manera compulsiva en la medida en que no se adecúen a la nueva normativa, y ello en el plazo máximo de un año (art. 161). Manifiestan que esto ocasiona el desbaratamiento de la empresa con graves daños a sus representadas, afectando su propiedad, derechos adquiridos y a ejercer el comercio.

En orden a los artículos cuya constitucionalidad cuestionan, señalan que art. 41 prohíbe a sus mandantes la venta y/o transferencia de las licencias de las que actualmente son propietarias, extinguiendo su valor patrimonial en atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio. Aducen que hasta la promulgación de la ley, cuyo principio es la intransferibilidad de las licencias y las acciones o cuotas partes de las sociedades titulares -salvo por excepción muy restrictiva-, la normativa vigente permitía su libre transferencia con la sola condición de solicitar la autorización del COMFER dentro de los 180 días posteriores a celebrarse la operación para lo cual sólo se requería la presentación de cierta documentación societaria. El único efecto de la falta de autorización era que el responsable ante el organismo seguía siendo el titular original, resultando los efectos de tal aprobación declarativos y no constitutivos.

Poder Judicial de la Nación

Así, la reforma introducida por la LSCA al respecto resulta contraria a la libertad de comercio y afecta el derecho de propiedad, al restringir -sin fundamento alguno- la libre disponibilidad de las acciones o cuotas partes de sociedades titulares de licencia así como la transferencia de la licencia misma.

Al respecto, efectúan un exhaustivo análisis de cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 45, indicando pormenorizadamente los perjuicios que considera le ocasionan.

Questionan en el apartado primero "en el orden nacional", inciso a), lo relativo al diferente trato que establece entre los operadores de cable (como su mandante) y el servicio de TV satelital privado o público. Ello por cuanto la TV satelital, de la que en Argentina hoy existe un sólo prestador de propiedad extranjera (Direct TV), puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la TV por cable requiere de múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios. De esta forma, y sin justificación económica o técnica alguna, se generarían costos de operación diferenciados afectando el equilibrio competitivo de la industria. Por otra parte, el Estado sí se hallaría facultado para acumular el servicio de TV satelital con el resto de los servicios previstos en la norma. De esta forma, se establecen mayores limitaciones a los operadores de TV por cable privados que a las empresas del Estado que brinden servicios de comunicación audiovisual.

Del inciso b), señalan que no existe justificación alguna para la limitación que allí se fija, no correspondiendo incluir aquellas tecnologías que no utilizan el espectro radioeléctrico para brindar servicio audiovisual, como la TV por cable o señales de TV paga. Su

inclusión en el cómputo de la multiplicidad -sostiene- tiene por único objetivo el de limitar la producción de contenidos por una empresa que brinda alguno de los servicios aquí enunciados. Además genera costos de transacción evitables, con el consecuente efecto negativo en precio y calidad para los consumidores. Indica asimismo que el límite de 10 licencias es totalmente arbitrario y no responde a un criterio de legislación internacional aceptado.

En punto al inciso c), aducen que la limitación que estipula la ley carece de justificación económica debido a que restringe el aprovechamiento de las economías de escala y densidad, que son inherentes a la industria de la TV por cable. Destacan que con esta restricción, no se permitirá la reducción de costos medios que podría obtenerse con un incremento del número de suscriptores y, por ende, se impedirá una disminución en los precios pagados por los abonados. Resalta que el límite impuesto generará varios efectos adversos sobre la industria de medios, ya que pueden proyectarse sobre el desarrollo y despliegue de la banda ancha e incentivar a que ciertos operadores de TV por cable a que se repartan mercados y limiten la competencia en zonas comunes. Además, si las empresas no pueden crecer más allá del límite impuesto, éstas no tendrán incentivos para reducir sus precios o mejorar su oferta de canales y servicios con el objeto de atraer más clientes. Cuestionan el carácter arbitrario de los rangos de participación de los mercados establecidos, les imputa que no estén basados en un análisis de mercado y que revelen una distorsión competitiva de la industria en cuestión; también que dichos límites estén en línea con los principios y prácticas internacionales de defensa de la competencia, pues aquellos no condenan posiciones dominantes sino el abuso de las

Poder Judicial de la Nación

mismas. Por otro lado, sostienen que la infraestructura de cable ya instalada será subutilizada, repercutiendo en los costos de los precios que deberán pagar los consumidores.

En lo relativo a las limitaciones impuestas en el orden local, señalan que la restricción no es razonable desde el punto de vista de la competencia, por cuanto genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, al impedir eliminar el doble margen, que derivaría de que las señales de TV abierta y el sistema de distribución de canales por cable se podrían caracterizar como servicios complementarios entre sí, lo cual obsta a aprovechar la reducción de costos y el ahorro de recursos que podrían obtenerse asociando la distribución de diferentes contenidos en la misma empresa.

Finalmente, respecto del apartado tercero (señales), indican que tal medida limita la integración vertical entre los productores de contenidos de TV y las empresas distribuidoras de TV por suscripción (cable y satélite) y afecta los incentivos de las empresas de cable a expandir sus servicios a más clientes, debido a los menores márgenes que se obtienen en las ventas de canales no afiliados respecto de los afiliados, teniendo que pagar un mayor precio por los contenidos, con el consecuente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Asimismo, sostiene que el gravísimo e irreparable daño patrimonial que tal limitación le causa no guarda correlato con un beneficio para el interés público, el que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del art. 45 privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, de acceso a una información variada, independiente e imparcial, e incluso de servicio audiovisual alguno.

En cuanto al art. 161 manifiestan que, en cuanto los obliga a desprenderse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un año, les provoca un gravísimo e irreparable daño patrimonial.

Señalan que las licencias de sus mandantes, luego de ser prorrogadas por 10 años mediante decreto de necesidad y urgencia 527/05, posteriormente ratificado por la Cámara de Senadores, vencen casi en su totalidad a fines de la década del 2020 y que en vistas a tal proyección, es que hicieron sus planes de negocios, inversiones y fondeo en el mercado de capitales. Ahora, la norma cuestionada desconoce esa situación, alterando en forma unilateral, retroactiva y perjudicial los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a vender activos vitales para su continuidad empresaria, en condiciones absolutamente negativas.

Afirman que el segundo párrafo del artículo 48 amenaza los derechos adquiridos de sus mandantes, violenta las garantías constitucionales más elementales y pretende privarlos de la posibilidad de invocar derechos adquiridos.

También, hacen expresa reserva de accionar judicialmente en el futuro contra otros artículos de la LSCA -así como contra otros efectos de los cuestionados en la causa- y de ampliar la demanda o iniciar una acción separada, por los daños y perjuicios (confr. fs. 71 vta./72).

Por su parte, en orden al ámbito de incumbencia de la ley (*ratio legis* de la LSCA), destacan que la justificación a las reformas introducidas, tienen apenas un barniz superficial de palabrería tan altisonante como vacía de contenido a los efectos que describe (v. pto. 4.4 de fs. 72). Afirman que, tanto en público como en privado, los máximos responsables del Poder Ejecutivo habrían proclamado

Poder Judicial de la Nación

reiteradamente que el único propósito de la LSCA era neutralizar a la prensa libre, comenzando por aniquilar operativa y económicamente al Grupo Clarín, como lección para los restantes medios que pretendan seguir independientes.

Destacan que el grosero atropello contra los derechos de propiedad y libertad de comercio de sus mandantes no tiene como objetivo principal provocar la pérdida de millonarias inversiones realizadas, sino que su objetivo táctico es restringir directamente sus libertades de expresión y prensa, ya que no resulta posible que medios débiles y desarticulados sean independientes.

Sostienen que la actual ley replica las restricciones a la multiplicidad de licencias impuestas por la dictadura militar, en cuanto prohibía cualquier tipo de propiedad cruzada de medios de comunicación, resultando ello congruente con la finalidad perseguida por el gobierno de facto tendiente a controlar y manipular la información que recibía la sociedad. No obstante, al restaurarse la democracia, la ley fue modificada por la 23.696 dictada por el Congreso Nacional. A partir de allí, durante los sucesivos gobiernos constitucionales, se siguió la tendencia mundial en la materia, permitiéndose la conformación de multimedios en Argentina.

Recalcan que la aplicación del art. 45 a las licencias y señales de su propiedad en combinación con la venta forzada y apresurada de las que excedan el nuevo régimen en el exiguo plazo de un año a candidatos aprobados por la Autoridad de Aplicación, según dispone el art. 161, tendría como objetivo que antes que comience la campaña electoral 2011, esos activos sean transferidos a un precio vil a quienes la autoridad de aplicación apruebe por contar

con su confianza y beneplácito (empresarios amigos y organizaciones sin fines de lucro adictas al oficialismo).

Exponen que la conformación de multimedios periodísticos es una tendencia mundial y que en Argentina existen, Grupo Clarín SA, Grupo Uno SA y Cadena 3, todos de capitales y accionistas controlantes nacionales. GRUPO CLARIN, en lo que hace a medios audiovisuales está conformado por: **A)** 4 licencias de televisión abierta: Arte Radiotelevisivo Argentino SA (ARTEAR), Canal 13, en Capital Federal; Telecor SA, Canal 12, en la ciudad de Córdoba; Teledifusora Bahiense SA, Canal 7, en la ciudad de Bahía Blanca; y Bariloche TV SA, Canal 6, en la ciudad de Bariloche; **B)** 8 licencias de radiodifusión sonora que explota Radio Mitre SA, en Buenos Aires (AM 790 y FM 99,9), Córdoba (AM 810 y F 102.9), Tucumán (FM 103,7), Bariloche (FM 92,1), Mendoza (FM 100,3) y Bahía Blanca (FM 96,3); **C)** 180 servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y 30 servicios de radiodifusión por suscripción con uso del espectro radioeléctrico (UHF y MMS), explotados por Cablevisión, mediante la que presta el servicio de televisión por cable e internet en gran parte del territorio nacional; y **D)** 7 señales de contenido para la televisión paga que se emiten por los distintos sistemas de cable que las adquieren a esos efectos: TN, Canal 13 Satelital, Volver, Metro, Magazine, Quiero Musica, T y C Sports, siendo esta última propiedad indirecta de Grupo Clarín solamente en un 50 %, conforme se desprendería de las copias de licencias respectivas y del prospecto de oferta pública (Anexo Documentales 6 y 7 del expediente de medidas cautelares), certificado por la Comisión de Valores, con detalle de todas las licencias y derechos patrimoniales de los que es titular el Grupo Clarín en

Poder Judicial de la Nación

forma directa e indirecta a través de sociedades que controla.

En lo relativo al daño concreto, grave e irreparable que los artículos de la LSCA impugnados les causan, señalan que el artículo 41, que prohíbe la transferencia de autorizaciones y licencias, quitándolas del comercio e impidiendo la libre disposición de su patrimonio, con carácter retroactivo, afecta la seguridad jurídica y los derechos adquiridos y viola la libertad de comercio; al quitar las autorizaciones y licencias ya otorgadas del comercio, impide que existan interesados por las mismas, ya que su transferencia al encontrarse prohibida, será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada, siendo nula de nulidad absoluta, salvo el caso excepcional del art. 161 y la excepción establecida en el segundo párrafo del artículo 41.

En cuanto al artículo 45 que prohíbe: a los licenciarios de Televisión por Cable explotar más de 24 licencias e impone un límite del 35 en el mercado de modo de impedir su conformación a nivel nacional; a los licenciarios de TV por cable ser propietarios de más de una señal de contenidos; la coexistencia de titularidad en licencias de TV por cable y licencias de TV abiertas en una misma localidad limita; la cantidad de señales de TV abierta y radio a nivel nacional, sostienen que tales limitaciones no responden a ningún criterio lógico. No comprende cuál sería la razón de imponer un límite de 24 licencias a los servicios por suscripción por vínculo físico, cuando otros servicios por suscripción, como los DTH o satelitales, se confieren para ser explotados a nivel nacional sin ningún tipo de restricción. En relación al tope de 35, entienden que la prescripción normativa

resulta confusa, pero además remarcan que la única referencia existente en relación a esa limitación proviene del derecho estadounidense, donde aquella refiere sólo a los servicios por suscripción y ha sido declarada inconstitucional por la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso "Comcast Corporation vs. Federal Communication Comisión".

Alegan que el sistema de prohibiciones que establece el artículo 45 y sus normas concordantes, hacen que el Grupo Clarín deba vender en forma compulsiva, dependiendo de las elecciones que haga o que se le permitan hacer a las siguientes empresas, con sus respectivas licencias de radiodifusión: i) todos los canales de TV abierta (ARTEAR, Telecor SA, Teledifusora Bahiense SA, Bariloche TV SA); ii) todas las emisoras de radiodifusión sonora que explota la sociedad Radio Mitre SA; iii) el 82% de los servicios de televisión por cable; o iv) el 88% de las señales de contenido que produce y comercializa.

La combinación de lo dispuesto por los arts. 45, 48 y 161 de la ley implica para sus mandantes: i) en materia de TV abierta, la desinversión de los canales de TV conferidos para las ciudades de Buenos Aires y Bahía Blanca, siendo que el correspondiente a Córdoba solo podría ser conservado en la medida que en dicha localidad se opte también por desinvertir sobre el servicio de radiodifusión por suscripción. De lo contrario, y teniendo en cuenta que el canal de TV de Bariloche será el único posible a conservar, la unidad de negocios en cuestión -que emplea a más de 100 personas- estará destinada a desaparecer; ii) en materia de radiodifusión sonora, la desinversión podría alcanzar también el 100% de las empresas para el caso que se opte por conservar alguno de los 36 servicios de radiodifusión por suscripción con uso del espectro

Poder Judicial de la Nación

radioeléctrico; iii) en materia de servicios de radiodifusión por suscripción con uso del espectro radioeléctrico (UHF y MMDS), la desinversión podrá alcanzar (en función de las elecciones que se hagan) el 60 de los servicios que integran ese rubro y que son explotados por Grupo Clarín.

En materia de servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico, el grupo debería desprenderse de 156 sobre un total de 180 servicios absorbidos. Por último, en materia de contenidos, se debería discontinuar la producción y comercialización de 6 de las 7 señales de contenidos producidos por sus mandantes.

Adjuntan, como anexo documental 1, una planilla de la cual surgiría el vencimiento de cada una de las licencias, muchas de las cuales habrían sido prorrogadas por diez años por el Decreto 527/05. Señalan que en tal oportunidad presentaron ante el COMFER diversos planes de inversión en tecnología, teniendo en cuenta la expectativa de vida de las licencias y que sólo Cablevisión desde diciembre de 2007 realizó inversiones por aproximadamente 550 millones, cuyo recupero y amortización estaba previsto con el horizonte de vencimiento de las licencias existentes. La alteración de las condiciones haría prácticamente imposible el recupero de dicha inversión.

Hacen una comparación de lo que se permitía y lo que se permite con la nueva ley, remitiéndose al informe realizado por la firma Buenos Aires Advisors a pedido de la Gerencia Financiera del Grupo Clarín y que obra como Anexo Documental 13 del expediente de medidas cautelares.

Afirman que el plazo impuesto por la ley (art. 161) y el hostigamiento gubernamental ha generado un grado de incertidumbre tal sobre el valor del Grupo Clarín, que

prácticamente lo ha excluido del mercado de capitales, ya que no existen condiciones ni nacionales ni internacionales para el acceso de préstamos a un plazo tan corto. Por otro lado, aquél reduce notoriamente el margen de maniobra con los proveedores, a quienes la situación de incertidumbre respecto del Grupo Clarín provoca zozobra y pérdida de confianza en la capacidad de la compañía de pagar a largo plazo. A ello se debe agregar, además, que existen una serie de perjuicios e inconvenientes operativos de difícil solución en el plazo impuesto, ya sea por la separación física de las redes, en el caso de venderse, que requiere de un periodo de planificación y ejecución de aproximadamente dos años, cuanto por el alto costo que ello demandaría. Lo propio ocurre respecto de la segregación de la facturación, de la compra de insumos y de la contabilidad, a que habría que adecuar los sistemas a una nueva facturación separada, lo que, estiman, llevaría dos años.

Aducen que la disposición del art. 48 al pretender impedir que aleguen derechos adquiridos amenaza colocar a sus mandantes y a sus bienes, en un estado de indefensión absoluto, claramente violatorio de los derechos y garantías constitucionales ya indicados.

Si bien -expresan- de acuerdo al art. 3 del Código Civil, las leyes pueden tener carácter retroactivo, esa retroactividad "en ningún caso podría afectar derechos amparados por las garantías constitucionales", dentro de los que se incluyen los derechos de sus mandantes, que encontrarían tutela directa en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Y en orden al fundamento por el cual los artículos impugnados son manifiestamente inconstitucionales recalcan que el hecho de que el Estado Nacional sancione

Poder Judicial de la Nación

una norma que obligue a sus mandantes a desprenderse de valiosos activos de su propiedad, en forma coactiva, sin indemnización de ninguna especie, previa autorización estatal de los eventuales adquirentes y, necesariamente, a un valor vil muy inferior al que podrían aspirar a obtener de no estar obligadas a vender en un plazo tan breve (bajo la amenaza de ser despojadas -por declaración de caducidad- de sus licencias y señales), constituye una violación clara y evidente del derecho de propiedad.

Exponen que el efecto de los artículos 41, 45, 48, segundo párrafo y 161 de la LSCA sobre activos estratégicos que pertenecían a sus representadas con anterioridad a la de su promulgación, causa un perjuicio patrimonial, además de afectar directamente el ejercicio de sus libertades de expresión y de prensa, transgrede los artículos 3 y 1324 del Código Civil, respaldados por los artículos 14, 17, 18, 28 y 32 de la Constitución Nacional, 13 y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el principio de seguridad jurídica, y lo hace con irrazonabilidad, arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.

Invocan la existencia de gravedad institucional, fundan la competencia y su petición en derecho, citan jurisprudencia, hacen reserva de caso federal, ofrecen prueba y formulan reserva de ampliar la demanda, solicitando que momentáneamente no se ordene correr traslado y concluyen solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, segundo párrafo del 48, 161 y cctes. de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

A fs. 123/124, luego de que la Excma. Cámara - Sala I- dispusiera confirmar la resolución de fs.107/108 (v. fs. 113/114), se presentan las actoras, representadas por apoderado, y amplían la demanda incoada por los daños y

perjuicios que alegan les causó y les causa la sanción y promulgación de la ley de servicios de comunicación audiovisual, los que deben adicionarse a los mencionados en el 4.6 de la demanda, por aplicación del art. 45 y 161 de la ley.

Expresan que el daño ya se ha devengado y se verifica con la imposibilidad de acceso al crédito y financiamiento con motivo de la situación de incertidumbre que le ha generado la ley, lo que le impide tomar fondos para realizar inversiones en una mejor y más avanzada tecnología.

Señalan que sus competidores inmediatos tienen acceso al crédito, lo que le permite tener una ventaja en la carrera para ofrecer mejor tecnología a sus abonados y que otro daño que le causa la falta de acceso al crédito es la posibilidad de refinanciar deuda existente a una tasa más conveniente.

Aducen que el monto reclamado es indeterminado y que resultará de la prueba pericial contable y de la testimonial a realizarse en autos.

Amplían el ofrecimiento de prueba y solicita que junto con la ampliación se corra traslado de la demanda interpuesta.

II.- A fs. 128 se imprime a las actuaciones el trámite de proceso ordinario y se ordena dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 8 de la Ley 25.344, lo que fue observado a fs. 160.

A fs. 162 vta. se dispone remitir los autos en vista al Sr. Fiscal Federal y, a fs. 167, se ordena correr traslado de la demanda y su ampliación a la Jefatura de Gabinete de Ministros por el término de 60 días.

III.- Que el correspondiente traslado se notifica a fs. 169 (confr. fs. 170) y la demandada Estado Nacional

Poder Judicial de la Nación

se presenta a fs. 486/590, por apoderado, contestando la pretensión y oponiendo las excepciones previas de incompetencia (desestimada a fs. 890 y confirmada por el Superior a fs. 924/925) y de falta de legitimación para obrar respecto de los litisconsortes actores Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA.

Como fundamento de la excepción de falta de legitimación activa, sostiene que Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA a la fecha de promulgación de la Ley 26.522 no eran titulares de licencias o señales en los términos de la derogada Ley 22.285, ni socios o accionistas autorizados de ninguna empresa licenciataria, de tal suerte que no revistieron nunca el carácter que ahora predicen para excitar la jurisdicción judicial. En especial, respecto de Teledigital Cable SA, argumenta que, mediante expediente n° 1053/COMFER/06 del registro del ex COMFER, aquella solicitó autorización para la absorción de diversas sociedades licenciatarias de servicios complementarios de radiodifusión, pero tales autorizaciones nunca fueron otorgadas. Con posterioridad, estando pendientes tales autorizaciones requeridas por expediente n° 2005-COMFER/08 ante el entonces COMFER, con motivo de diversas operaciones de fusión por absorción efectuadas por Cablevisión con relación a otras firmas, entre las que se hallaba Teledigital Cable SA, solicitó autorización de transferencia de las licencias que presuntamente habían sido adquiridas por aquella, concluyendo el procedimiento con la emisión de la resolución n° 0577-COMFER/09 desestimando expresamente tales solicitudes por contravenir el régimen de multiplicidad de licencias.

Así concluye que ambas coaccionantes no poseen suficiente interés propio en obtener una decisión jurisdiccional que proteja las "presuntas" garantías

constitucionales conculcadas, pues la norma impugnada no las afecta en forma concreta, directa y suficiente, única circunstancia que admitiría remedio mediante un pronunciamiento definitivo de un Tribunal.

Luego de ello, hace una síntesis de la situación en la que se encuentran las actoras; expresa que Grupo Clarín SA no es licenciataria de servicios de comunicación audiovisual ni socia autorizada de ninguna empresa licenciataria; y que Teledigital Cable SA tampoco es titular de ninguna licencia de servicios de comunicación audiovisual.

En lo que respecta al resto de las actoras, señala que la empresa Arte Radiotelevisivo SA es licenciataria de un servicio de televisión abierta (LS 85 TV Canal 13), en la Ciudad de Buenos Aires, adjudicado por Decreto 1540/89, siendo sus integrantes autorizados: Magneto, Héctor; Arte Gráfico Editorial SA; Herrera de Noble, Ernestina; e INVARAR SA.

La empresa Cablevisión SA es licenciataria de un sistema mixto de televisión adjudicado por resolución 209/COMFER/81 para el partido de Vicente de López, con extensiones hacia San Isidro, Pilar, Escobar y Ciudad de Buenos Aires, y la conformación societaria autorizada es: Jaliquias, Basilia; Wende, Natalio; y TCI internacional Holdings Inc.

En relación a la empresa Multicanal SA, efectúa una distinción entre la licenciataria Multicanal SA -antes Videocable Privado SA- de la actual Multicanal SA, y relata en detalle los sucesivos cambios de denominación social acontecidos hasta adoptar la denominación actual.

Lo propio acontece respecto de Radio Mitre SA, que es titular de servicios de comunicación radiofónica. La sociedad tiene como integrantes a: Herrera de Noble,

Poder Judicial de la Nación

Ernestina; Aranda, José Antonio; Magneto, Héctor; Pagliaro, Lucio; y las firmas Inversora Radiomar SA y Radio Inversora SA. Ostenta la titularidad de una licencia sobre una estación de radiodifusión sonora por amplitud modulada (señal distintiva LR 6, frecuencia 790 khz.), en la ciudad de Buenos Aires, adjudicada por Decreto 2008/83, originariamente a la firma Radiocultura SA aunque mediante la Resolución N°699-COMFER/85 se aprobó la modificación del tipo social, pasando a denominarse Radio Mitre SA. Tiene asignado además, un servicio de FM que opera desde Buenos Aires, (LA 100), un servicio de FM «LRI 436» en Bahía Blanca, un servicio de FM «LRJ369», en la provincia de Mendoza (100.3), un servicio de FM «LRK381», en San Miguel de Tucumán (99.5) y en la provincia de Córdoba (102.9).

Respecto a las señales de contenidos, expresa que, sin perjuicio de que de la documental adjuntada con la demanda no surgirían identificados a cuáles se hace referencia, pertenecen a Arte Radiotelevisivo Argentino SA las señales Todo Noticias, El trece Satelital, Volver, Magazine, Metro y Quiero Música en mi idioma. Por su parte, T Y C Sports pertenece a Tele Red Imagen SA, T Y C MAX es titularizada por Televisión Satelital Codificada SA y Canal Rural, por Canal Rural Satelital SA.

La LSCA, sostiene, no les produce ningún agravio.

Con relación a MULTICANAL SA aduce que ha sido ella quien ha generado procesos de reorganización societaria y de fusión por absorción en los términos de los arts. 82 y 83 de la ley de sociedades por parte de la litisconsorte CABLEVISION SA, dando como resultado la situación de infracción al régimen de multiplicidad de licencias dispuesto por la Ley 22.285, y como consecuencia de ello, a la emisión de la Resolución n° 0577-COMFER/09 de fecha 3/9/09 antes señalada, cuya presunción de legitimidad

viene de la ley (art. 12 ley 19.549), por cuanto las medidas judiciales que la litisconsorte promovió y obtuvo originariamente con carácter de medida cautelar, fueron luego dejadas sin efecto por la Cámara en lo Contencioso Administrativo, habiendo la CSJN en fecha 9 de marzo de 2011 desestimado la demanda entablada por falta de caso.

Respecto a Cablevisión SA, sostiene que no poseía, ni tenía autorizadas, en el marco de la derogada ley 22.285 el número de licencias de servicios complementarios sobre las que alega tener derechos adquiridos; que los procesos de reorganización societaria en los que estuvo involucrada, dieron causa a una situación de flagrante violación del régimen de multiplicidad de licencias previsto en la Ley 22.285 y sus disposiciones complementarias, por lo que la autoridad de aplicación la debió intimar a regularizar tal situación, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de las licencias involucradas en tal proceder. Indica que el otorgamiento del beneficio de suspensión del plazo de las licencias, instituido por el Decreto 527/05, quedó subordinado al cumplimiento de los planes y programas que en acogimiento a dicho régimen quedaron fijados en la propuesta que presentó ante el ex COMFER, lo cual motivó que emitiera la Resolución n° 60/COMFER/08 de fecha 25/2/08, dictada en el expte. n° 1754-COMFER/07.

Expone que con relación a Arte Radiotelevisivo Argentino SA y RADIO MITRE SA no se verifica la existencia de un caso o causa judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y 2° de la Ley 27 y que esa ausencia de caso federal es manifiesta.

Afirma que no se encuentran reunidos los requisitos previstos en el art. 322 del CPCCN para la procedibilidad de la acción; que las actoras no se ven

Poder Judicial de la Nación

afectadas por ninguna incertidumbre; que al no acreditarse tal estado de incertidumbre, no es posible alegar ningún perjuicio que se derive de aquel; que de la lectura de la demanda y su adecuación se verifica que se limitan a invocar los hipotéticos, eventuales y conjeturales perjuicios que les provocaría la aplicación del nuevo plexo que rige los servicios de comunicación audiovisual; y que no sólo no han expresado los motivos por los cuales las otras vías previstas en nuestro sistema legal no le resultaban aptas para hacer valer los derechos que invocan, sino que acumularon la acción declarativa a su pretensión resarcitoria.

A todo evento, contesta la demanda interpuesta, negando todos y cada uno de los hechos que no sean objeto de especial reconocimiento (v. pto. 6.1.1 y 2 de fs. 507/510).

Formula precisiones con relación a las características y relevancia de la actividad desarrollada por el Estado en materia de servicios de comunicación audiovisual. Señala que se encuentran sujetos a la jurisdicción nacional y que la administración de las frecuencias y la orientación, promoción y control de esos servicios, fueron y son competencia exclusiva del Estado Nacional, tanto en la derogada Ley 22.285, como en la Ley 26.522. Afirma que los servicios de radiodifusión fueron declarados de interés público por la Ley 22.285, estableciéndose que para su prestación, era necesaria la obtención de una licencia otorgada por el Estado Nacional. La nueva normativa -sostiene- contempla disposiciones similares, manteniendo el principio que la prestación de servicios de comunicación audiovisual es autorizada en virtud de una licencia concedida por el Estado Nacional.

Señala que se trata de una actividad regulada, basada en el otorgamiento de una licencia y que el poder de policía sobre los servicios de comunicación audiovisual se encuentra en cabeza del Estado Nacional.

Indica que el régimen jurídico que regula el otorgamiento de licencias implica que el derecho de un licenciatario a explotar un servicio de radiodifusión nace mediante la adjudicación y fenece por la extinción de la licencia, resuelta por el Estado Nacional. La ley prevé tanto los requisitos para su otorgamiento como los motivos de renovación y las causales de caducidad.

Agregan que la facultad de otorgamiento de licencias para la explotación de los distintos servicios de comunicación audiovisual se encuentra hoy en cabeza de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (anteriormente se hallaban en cabeza del COMFER). La adjudicación, renovación, modificación de parámetros de explotación y todo lo vinculado al desarrollo de la actividad de comunicación audiovisual, son aspectos expresamente regulados por la ley.

Por otra parte, expone que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia en nada se asemeja al derecho de propiedad que establece el Código Civil; por el contrario, presenta caracteres especiales propios del derecho administrativo. Es que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno pueden generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta. En efecto, si el sujeto interesado obtuvo un privilegio temporal para desarrollar una actividad que se prolonga en el tiempo, sabe que no tiene derecho a la intangibilidad de su situación jurídica. En suma, sostiene, no hay duda que el

Poder Judicial de la Nación

carácter provisorio de la licencia está implícito en su naturaleza.

Sin perjuicio de ello, aduce -ademas- que ninguna de las empresas que integran el grupo accionante acreditó haber dado cumplimiento a las exigencias del Decreto 527/05, lo que impide la alegación de cualquier tipo de derecho o agravio basado en las normas atacadas. Destaca que mediante aquel decreto, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso suspender por el plazo de diez años los términos que estuvieran transcurriendo de las licencias de servicios de radiodifusión o sus prórrogas previstos en el art. 41 de la Ley 22.285. Posteriormente, con fecha 17/04/07, mediante la resolución 214/2007, el COMFER estableció las pautas para formalizar la presentación del espacio de programación y el plan de incorporación de nueva tecnología; su incumplimiento importaba la sanción de "falta grave". Por su parte, la Resolución COMFER n° 1518/2007, aclaró el alcance de la aprobación del plan de incorporación de nuevas tecnologías presentado por los licenciatarios en cumplimiento de lo establecido por el art. 3° del Decreto 527/05. Sostiene que, tal como se desprende del art. 1° del decreto indicado, la suspensión por el plazo de 10 años refería a las licencias en sí, es decir, constituía un beneficio o cualidad que recae sobre la licencia y no sobre el licenciatario. Agrega que en el marco del Decreto 527/05, el COMFER aprobó los espacios de programación y los planes de incorporación de nueva tecnología correspondiente a las licencias que señala y, en el caso específico de las licencias de servicios complementarios involucrados en la demanda, expresamente el organismo regulador prescindió del análisis de los titulares de dichas licencias, al señalar que la aprobación de las mismas o su tramitación conjunta "no implicará reconocimiento alguno respecto de las

trámites de transferencia de las mismas ni del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 45, 46 y concordantes de la Ley 22.285".

Manifiesta que el mencionado decreto es una de las herramientas legales que hace razonable y aplicables las disposiciones del art. 161 de la Ley 26.522 y que la única contradicción con las disposiciones de aquel consiste en la conducta de la propia actora. En este sentido, muchas de las licencias que explotan Cablevisión SA, Teledigital SA y Multicanal SA, con fecha 25/2/08, obtuvieron el beneficio de la suspensión de los plazos de su vigencia, mediante la prórroga de 10 años; para acceder a dicho beneficio, la actora se comprometió realizar inversiones en innovación tecnológica, infraestructura y contenidos audiovisuales, pese a lo cual luego desistió de muchas de esas licencias y/o extensiones, tal como figura en la actuación N° 21788-COMFER/08. Así las cosas, cuestiona la posibilidad de desistir de obligaciones asumidas voluntariamente, incumpliendo un régimen jurídico, para luego invocar ese mismo régimen como generador de derechos.

Agrega, además, en relación a las licencias de servicios complementarios cuya titularidad alegan las empresas CABLEVISION SA, MULTICANAL SA y TELEDIGITAL SA, que por imperio de la Resolución n° 577-COMFER/09, las operaciones de transferencias fueron observadas por el COMFER, denegándose la autorización del pedido de fusión por absorción solicitado por Cablevisión SA. Ello así por cuanto pese a ser advertida de que como absorbente final de la totalidad de las licencias de servicios complementarios explotados, resultaba estar en infracción a lo dispuesto por los artículos 43, inciso b) y 44 de la Ley 22.285 -ya que acumulaba sobre un mismo titular más de una licencia de servicio complementario por localidad-, la propuesta

Poder Judicial de la Nación

presentada consistió básicamente en que la empresa CABLEVISIÓN SA absorbía la totalidad de los bienes, infraestructura, las redes, los cabezales y otros elementos, así como de las tareas asociada a la gestión de los servicios de frecuencias radioeléctricas incorporados a las licencias de las cuales desistía, "devolviendo" entonces la nominalidad de las licencias en infracción.

Concluye que, en función de lo establecido en la Resolución 0577-COMFER/09, la actora no sólo no es titular de las licencias que invoca, sino que además nunca pudo serlo en el marco de la Ley 22.285. Es decir, su proceder colisiona tanto con la LSCA como con aquella normativa.

Destaca -a partir de un reciente estudio que a tales efectos cita-, que la Argentina revela índices de concentración de medios superiores a la media de la región en un doble sentido: por un lado, en cada una de las industrias de la información (como en la prensa escrita, la televisión abierta o de pago) los cuatro principales operadores dominan más del 75 del mercado (audiencia/abonados/lectores); y por el otro, en ningún otro país latinoamericano el tipo de concentración multimedia "conglomerada" (grupos de comunicación con presencia en casi todos los mercados de medios y también en telecomunicaciones) es tan alto y complejo como en nuestro país.

Respecto del cuestionamiento particular que hace la actora acerca de los artículos cuya inconstitucionalidad se peticiona, la parte demandada rebate su dichos preguntándose -a partir de las afirmaciones de su contraria en cuanto a que las disposiciones del régimen de multiplicidad de licencias establecido por el art. 45 desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa- si ello fuera así, ¿cómo resulta sustentable

económicamente la actividad de los demás licenciarios de servicios de comunicación audiovisual que no explotan un número equivalente de licencias a las explotadas por la actora?

Por su parte, en lo relativo al diferente trato que merecerían la TV satelital y la TV por vínculo físico, destaca que la accionante omite señalar que esa situación ya estaba contemplada en la anterior Ley 22.285, pero con la diferencia que la actual LSCA les impone a ambos el mismo límite de mercado del 35 del total de abonados a servicios por suscripción y que declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Y en lo relativo al cuestionamiento en relación a que se afectaría la libertad de expresión al establecer mayores limitaciones a los operadores de TV por cable privados que a las empresas del Estado que brinden servicios de comunicación audiovisual, lo cual además le generaría una desventaja económica, la demandada explica que los servicios prestados por el Estado cumplen una función social específica que en nada permite asimilarlos a los prestadores privados, ya que los mismos son gratuitos y universales, y de acuerdo a lo que la propia ley le determina en su art. 121, deben tener entre otros objetivos, la promoción de derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional, el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico; el acceso a la información, contribuir con la educación formal y no formal de la población, con programas destinados a diferentes sectores sociales, etc.

Cuestiona, asimismo, el argumento de la actora en torno a los beneficios para los usuarios derivados del ahorro en costos medios de la integración de licencias entre sí. A tales efectos cita el dictamen N°770/09 de la

Poder Judicial de la Nación

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y afirma que ese ahorro que se denuncia, puede no trasladarse al usuario, con lo cual solo se beneficia la empresa.

Continúa realizando una comparación entre el sistema de otorgamiento de licencias, los límites a la multiplicidad de licencias y el régimen de transferencia de licencias, anterior y posterior a la sanción de la nueva ley. A ese respecto, destaca que no resultaría admisible la afirmación formulada por la actora en cuanto a que la sanción a la falta de autorización de la operación de transferencia era únicamente que el responsable ante el organismo seguía siendo el titular original, pues con tal argumento se pretende restar importancia a la autorización administrativa (de carácter constitutivo y no meramente declarativo), procurando que los hechos convaliden un derecho del que carecen.

Señala que la competencia asignada al órgano es un derecho-deber para éste que, en modo alguno, puede entenderse suprimido por su inactividad, siendo que la ausencia de actuaciones no puede interpretarse como generadora de efectos a favor del administrado (conf. art. 3 y cc. de la ley 19.549). Así, al no existir un derecho de propiedad en los términos que la actora lo introduce, sino una mera utilización privilegiada, producto de una relación de especial sujeción, y sometida a la normativa regulatoria, la consecuencia que pretende asignar las actoras a un supuesto silencio administrativo deviene a todas luces improcedente.

Concluye que la real pretensión de las actoras es que se las libere del cumplimiento de las normas y que se saneen, por este medio, sus irregularidades, desconociéndose no sólo el régimen de las licencias, sino las razones de interés público que la regulación contempla.

El propio régimen jurídico al que se sometieron voluntariamente es fatal para la suerte de la pretensión y nunca hubieran podido invocar, ni antes, ni tampoco ahora, derechos adquiridos en forma perpetua, o no sujeta a un término fijo, o incluso, que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en las que fueron conferidos oportunamente, máxime cuando ni siquiera cumplieron las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellos mismos tuvieron ocasión de reconocer de manera pública ante la Comisión Nacional de Valores. Invoca la teoría de los actos propios y sostiene que los artículos cuestionados son constitucionales.

Por último, se refiere a los daños alegados, argumentando que las conductas empresariales desacertadas del grupo fueron las que lo llevaron a la situación de vulnerabilidad que acusa frente a la vigencia de la nueva normativa, conductas que quiebran el nexo de causalidad entre el obrar del Estado y el supuesto daño o afectación al derecho.

Ofrece prueba, se opone a cierta prueba ofrecida por las actoras, invoca el derecho, cita jurisprudencia, y formula reserva del caso federal, para terminar solicitando el rechazo de la demanda.

IV.- A fs. 857/873 se presentan las actoras y contestan el traslado de las excepciones opuestas por la demandada.

En relación a la excepción de falta de legitimación, argumentan que Grupo Clarín SA tiene interés suficiente por resultar titular del 59,9 del paquete accionario de Cablevisión SA, del 99,2 del paquete accionario de Arte Radiotelevisivo Argentino SA y del 99,999 de Radio Mitre SA, siendo titular indirecto de los

Poder Judicial de la Nación

servicios de comunicación audiovisual que explotan estas empresas.

Sostienen que Teledigital Cable SA era una sociedad holding con participación en diversas sociedades de televisión por cable que fue fusionada por absorción con Cablevisión SA, por lo que ésta última es la continuadora de todos los derechos y obligaciones de aquella conforme lo establece el artículo 82 de la ley 19.550, fusión que se encuentra en trámite de inscripción ante la Comisión Nacional de Valores. A mayor abundamiento, indican que las tenencias accionarias de Teledigital Cable SA eran o son: el 97,51 de Cablevisión de Comahue SA, el 99,98 de Pampa TV SA, el 99,91 de Patagonia Televisora Color SA, el 99,99 de RCC SA y el 99,99 de Televisora Capitán Sarmiento SA y que la acreditación de la ocurrencia de la fusión por absorción en cabeza de Cablevisión surge de la prueba documental aportada.

Exponen igualmente que la argumentación esbozada por el Estado Nacional contiene un grueso error de derecho, pues no se requiere ser titular directo o socio autorizado de una empresa de servicios de comunicación audiovisual para interponer una demanda como la de autos, ya que la Ley 26.522 expresamente contempla a los titulares indirectos en sus disposiciones. El artículo 45 pone límites a la participación en sociedades titulares de servicios de comunicación audiovisual, que se aplican tanto a los titulares directos como indirectos. Lo propio sucede con el artículo 26 -que establece que las personas de existencia ideal no podrán tener participación en empresas de servicios de comunicación audiovisual cuando dicha participación signifique de modo directo o indirecto el incumplimiento a lo dispuesto por el art. 45 de la ley- y con el art. 27 -que en forma expresa dispone que los grados

de control societario, así como los grados de vinculación societaria directa e indirecta, deberán ser acreditados en su totalidad, a los fines de permitir a la autoridad de aplicación el conocimiento fehaciente de la conformación de la voluntad social-.

Por lo demás, reitera que la autorización expedida por el COMFER no sería constitutiva de derechos sobre las licencias de servicios de comunicación audiovisual y que el propio Estado Nacional habría reconocido la titularidad indirecta de Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA sobre diversas empresas titulares de servicios de comunicación audiovisual a través del dictado de la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior n° 257 del 7/12/07 y del dictamen n° 637 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Ofrece prueba, contesta oposición a la prueba, se opone a prueba ofrecida por la demandada y reserva caso federal.

V.- Que mediante providencia de fecha 18/8/11 obrante a fs. 929 se dispuso diferir el tratamiento de la excepción de falta de legitimación activa para la oportunidad en que se dicte sentencia definitiva por no ser manifiesta.

A pedido de la actora, a fs. 1009 se recibe la causa a prueba, designándose la pertinente audiencia que preve el art. 360 del CPCCN, celebrada con la presencia de las partes a fs. 1244 en donde se fijaron como hechos conducentes y para establecer los siguientes: 1. Si los demandantes fueron y son titulares de servicios de comunicación audiovisual, señales o autorizaciones, con vigencia a la fecha de promulgación de la Ley 26.552, y de ser así, servicios y productos comprendidos; 2. Si Teledigital Cable SA solicitó autorización para la

Poder Judicial de la Nación

absorción de diversas sociedades licenciatarias de servicios complementarios de radiodifusión y, en su caso, si tal autorización le fue concedida o no; 3. Si Cablevisión SA solicitó la transferencia de la licencia de Teledigital Cable SA y si dicha autorización fue otorgada o no; 4. Si la sanción y promulgación de la Ley 26.522 le provocó a los demandantes los daños y perjuicios cuya reparación pretenden en autos; 5. La autenticidad de la documentación acompañada por la actora que no emane directamente de la demandada o de organismos oficiales del Poder Ejecutivo Nacional (fs. 510); 6. Si las demandantes son accionistas de sociedades titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual, señales o autorizaciones, con vigencia a la fecha de promulgación de la Ley 26.522 y, en su caso, servicios y productos comprendidos; 7. Consecuencias económicas y sobre la libertad de expresión que tienen los artículos 41 y 45 de la mentada ley; 8. Existencia y extensión del derecho de propiedad que les corresponden a las empresas licenciatarias de servicios de comunicación audiovisual.

Para esclarecer esos hechos, se admitió prueba informativa y periciales contable, en economía e ingeniería en telecomunicaciones y consultores técnicos propuestos.

Dicha prueba se rindió con las constancias que corren agregadas a fs. 1622/2878.

VI.- Que a fs. 2895/2897 solicita tomar intervención voluntaria en el presente juicio la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, la que fue ingresada a la causa mediante resolución de fs. 3071/3076.

VII.- Que a fs. 1621 se ponen los autos a los fines del art. 482 del CPCCN, presentándose los alegatos que obran agregados, el de la demandada a fs. 3089/3126, y

el de la actora a fs. 3127/3174. Cerrado el debate de la causa a fs. 3076vta., se agregan los alegatos a fs. 3175 y se corre vista del planteo de inconstitucionalidad al Sr. Fiscal Federal a fs. 3176, quien emite opinión mediante el dictamen que corre de fs. 3178/3203. Así quedaron los autos concluidos para definitiva y se pasaron a dictar sentencia a fs. 3203vta.; y

CONSIDERANDO:

I. Que con carácter previo estimo imprescindible advertir que no he de seguir a las partes en todas sus argumentaciones, así como tampoco he de volcar en este fallo la totalidad del resultado del análisis de las pruebas producidas y de los planteos formulados en torno de ellas, sino que limitaré la exposición a aquéllos aspectos que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, pues conforme lo tiene dicho reiterada doctrina y la interpretación del Alto Tribunal, y se sustenta en pautas elementales de buen sentido, los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes sino precisamente aquéllas que sean relevantes para arribar a la solución definitiva (conf. Fassi, "Código Procesal... Comentado", T.I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, pág.439; Fenocchietto-Arazi, "Código Procesal... Comentado", T.1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág.551; Fallos: 258:304; 262:222; 365:301; 272:225, entre muchos otros).

Y en análogo sentido, también pongo de manifiesto que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas ni hacerse cargo de la totalidad de los planteos que se formulan, sino abordar aquéllos aspectos que se estimen apropiados y relevantes para resolver la cuestión (arg. art.386 in fine CPCCN; CS Fallos: 144:611; 274:113; 280:3201, entre otros), por lo que habré de ceñir los

Poder Judicial de la Nación

desarrollos de este fallo a las argumentaciones y aportes probatorios que considere decisivos para emitir la decisión de mérito.

II. Que en estos autos la parte actora plantea la inconstitucionalidad de los arts.41, 45, 48 (segundo párrafo) y 161 de la Ley 26.522, invocando -con respecto al primero de ellos- que la prohibición de venta y/o transferencia de licencias de las que es titular, extingue su valor patrimonial lo que comporta una clara vulneración de los derechos de propiedad y libertad de comercio.

En cuanto al segundo, afirma que el régimen de multiplicidad de licencias que la norma impugnada establece, desbarata la sustentabilidad operativa y económica de la empresa resultando a la vez irrazonable desde el punto de vista patrimonial pues genera la afectación de su independencia, trasladándose el agravio a la libertad de prensa y de expresión; agregando que tales perjuicios no guardan correlato con beneficio alguno al interés público, privándose a la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos y de acceso a la información independiente e imparcial, sin que se verifique estímulo alguno a la competencia ni beneficio a los consumidores.

Y a la vez también se objeta el principio contenido en el segundo párrafo del art.48 de la ley 26.522 -en virtud del cual el régimen de multiplicidad de licencias previsto en la ley no puede ser alegado como derecho adquirido frente a las normas generales que en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia se establezcan en esta norma o en lo futuro-, por considerarlo violatorio de las garantías constitucionales consagradas en los arts.14, 17, 18 y 28 de

la Carta Magna, en tanto se impide la invocación de derechos adquiridos contra arbitrariedades actuales o futuras.

El cuestionamiento del art.161 esta centrado en el hecho de que, la obligación que dicha norma impone a su parte de desprenderse de activos estratégicos en el breve plazo de un año le provoca un gravísimo e irreparable daño patrimonial, lo que importa asimismo un desconocimiento de los derechos adquiridos al afectar de manera retroactiva los alcances de las licencias de que es titular sin ofrecer indemnización alguna.

III. Que teniendo en vista del contenido, alcances y fundamentos de los derechos involucrados y planteos de inconstitucionalidad articulados, corresponde comenzar tratando la defensa de falta de legitimación activa, opuesta por la demandada Estado Nacional -Jefatura de Gabinete-. Al respecto cabe precisar que la legitimación que se requiere en orden a ejercitar las pretensiones que se deducen en autos resulta ser la de titulares de la relación jurídica sustancial en que la sustentan. En virtud de ello, dicha titularidad difiere en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad que persigue por un lado, y, por otro, en cuanto al reclamo por los daños que pudiere causarle la aplicación de la ley cuestionada.

A ese fin cabe destacar que para dar andamiaje a la primera es necesario determinar si a los accionantes los asiste un interés jurídico suficiente, dado por la configuración del casus, sustento de la impugnación constitucional.

Estimo que tal extremo ocurre en el caso, pues - más allá de la situación reglamentaria en que se hallarían las empresas Grupo Clarin SA y Teledigital Cable SA a la fecha de la promulgación de la ley cuestionada o del inicio de la demanda o su traba- las referidas entidades

Poder Judicial de la Nación

comerciales llevaban a cabo de hecho una actividad que se desarrollaba en el ámbito de la prestación del servicio público indirecto de marras, y que ahora se encontrarían alcanzadas por la nueva ley a los efectos para ser reencauzadas por un modo distinto al que venían teniendo con las consecuencias que de ello se pudieran derivar.

Desde esa perspectiva, habiendo quedado cuestionado el cómo se restringirían o conculcarían sus derechos, lo argüido constituye a mi juicio suficiente argumento para aventar cualquier posibilidad de que el reclamo constituya una mera consulta, sino que responde efectivamente a un caso en tanto busca precaver los efectos de un acto actual o en ciernes por parte de la administración (CSJN 20-08-85, cit. por Arazi-Rojas, "Código Procesal...Comentado..." T.II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág 73). Si existe o no daño consumado en resguardo de los derechos, al tiempo de efectuar el reclamo, no es requisito esencial para el ejercicio de la acción ya que el interés de la actora se agota en la mera declaración de certeza (CSJN 18.09.97 -ED 123-421).

En cuanto a la pretensión resarcitoria, la legitimación se halla inescindiblemente vinculada al daño invocado. Al respecto es doctrina del Alto Tribunal que la excepción de falta de legitimación activa sólo puede oponerse cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta (Fallos: 317:687). Tal circunstancia no se presenta en autos, en tanto existe correspondencia lógica entre el derecho deducido en juicio y las personas que lo hacen valer (conf. Fenochietto, "Código Procesal...Comentado...", T.II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 368). Ello pues las actoras demandan el resarcimiento del daño que se habría

producido en su patrimonio personal como consecuencia de la sanción, por parte del Estado, de la Ley 26.522. Así las cosas, la invocación del perjuicio resulta suficiente para admitirlas en juicio, amén de la suerte que pueda correr la acción, a la que más adelante me referiré.

En virtud de ello, corresponde desestimar la defensa de falta de legitimación activa opuesta por la codemandada Estado Nacional.

IV. Que sentado ello, he de adentrarme en el análisis constitucional de la Ley 26.522, el que debe ser realizado recordando que el sustento constitucional de la ley 26.522 ha de ser enmarcado en las cláusulas de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales (cuyas condiciones de vigencia y jerarquía han sido establecidas en el art.75 inc.22 de aquélla), en función de las cuales y a partir del precepto contenido en el art.14 de nuestra Carta Fundamental, el acceso a la información es la primera escala en el camino hacia el conocimiento, constituyendo la antesala de la opinión fundada y el presupuesto del análisis y transformación de la realidad en cualesquiera de sus manifestaciones, constituyendo de tal modo un derecho que no sólo pertenece al periodista, investigador o empresario de los medios de comunicación, sino fundamentalmente al hombre común, por cuanto la libertad de acceso, elaboración y difusión de información constituyen instancias sucesivas en el trayecto del derecho de expresión que el orden jurídico debe tutelar; y en este mismo sentido, se ha destacado que el derecho a la información es prioritario, y su efectivo ejercicio comporta una herramienta sustantiva para el goce de los derechos humanos, sociales y económicos, culturales y de incidencia colectiva, cuya satisfacción constituye un presupuesto de las libertades civiles y políticas (conf. Rosatti, "Tratado

Poder Judicial de la Nación

de Derecho Constitucional", T.I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, T.I, pág. 369/370; art. 4º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13.1 y 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, el poder regulatorio del Estado en punto al ordenamiento del espacio audiovisual resulta del art. 75 inc. 19, último párrafo CN, que contiene la cláusula del desarrollo humano la cual tiene estrecha relación con el precepto contenido en el art.42 que consagra los derechos del consumidor y del usuario, y con el art.15 que asigna jerarquía constitucional a la "competencia".

Por su parte, lo atinente a la libertad de pensamiento y de expresión, las prerrogativas que comprende su ejercicio y goce efectivos, así como las prohibiciones a diversas formas de restricción (por vías o medios indirectos), resultan del precepto contenido en el art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica), y en el art.19 punto 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre estos tópicos la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las mas diversas informaciones y opiniones; pues dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida

de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo, de modo que la equidad debe regir el flujo informativo (causa "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" sentencia del 29.11.11). También ha interpretado en la Opinión Consultiva N5/85 CIDH, que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la voluntad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de expresión de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas".

Así se ha dejado sentado como estándar de valoración, que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, pues aquélla representa un derecho de cada individuo para que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, e implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, de modo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile", sentencia del 5.2.01), siendo los medios de comunicación de una sociedad democrática verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que den lugar a las más diversas informaciones y opiniones (caso

Poder Judicial de la Nación

"Ivcher Bronstein vs. Perú" sentencia del 6.2.91). Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa...como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista. Así si el principio de la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas (conf. Opinión Consultiva citada).

Es de señalar la relevancia de los precedentes citados, pues como lo tiene dicho la CSJN, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 328:2056).

Ahora bien, establecido como se encuentra el marco convencional y constitucional concerniente a los derechos en debate, ha de recordarse ahora en lo concerniente al cuestionamiento que sobre aquélla base se articula en la causa -a título de principios generales aplicables a la materia litigiosa-, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, y sólo estimada viable si su irrazonabilidad es evidente (Fallos: 323:2409; 325:645; 329:5567 entre muchos otros). A lo que cabe agregar que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410).

Y continuando con la reseña de las pautas de análisis aplicables al caso, que resultan de los precedentes del Alto Tribunal, es apropiado tener presente también que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, de modo tal que los derechos y garantías que allí se reconocen se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional (Fallos: 314:1376; 315:2804). Es que el requisito de la validez de las modificaciones legislativas es su razonabilidad, sin que los jueces, bajo pretexto de tal examen, se arroquen la facultad para decidir sobre el mérito ni sobre la conveniencia de la legislación sobre la materia (Fallos: 325:11).

V. Que desde otro ángulo, estimo apropiado poner de manifiesto aquéllas reglas y principios que en el particular supuesto de la regulación de los servicios de

Poder Judicial de la Nación

radiodifusión conciernen al orden público interno, con especial referencia a la naturaleza y alcances de los derechos resultantes de las licencias otorgadas para el uso de frecuencias empleadas en el desarrollo y prestación de los servicios de comunicación audiovisual, lo cual comporta en definitiva el aspecto medular de la controversia.

Así pues, la ley 26.522 regula los servicios de comunicación audiovisual y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y el fomento de la competencia, y declara la actividad de dichos servicios como de interés público -en tanto a través de ella se exterioriza el derecho humano de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones-, fijando los objetivos a que deben propender los mencionados servicios, y establece la competencia del Poder Ejecutivo Nacional a través de la autoridad de aplicación- a los fines de la administración, asignación, control y cuanto concierna a la gestión de los segmentos del espectro radioeléctrico (al que se asigna el carácter de bien público) destinados al servicio de radiodifusión (arts.1, 2, 3 y 7 ley cit.).

Sin embargo, también es preciso recordar que según resulta incuestionable, entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público, sin que tal reglamentación, pueda -claro está- ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinados sujetos de la posibilidad de acceso a una licencia de radiodifusión, en tanto ello importaría, en

definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente. (Fallos 326:3142, causa "Asociación Mutual Carlos Mujica" del 01.09.03); pero en definitiva, y como tiene dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la prudente regulación y administración del espacio radioeléctrico y de los ámbitos geográficos, humanos y técnicos en los cuales se desarrollarán los servicios mencionados, imponen la necesaria intervención gubernativa en el otorgamiento de licencias, pues siempre ha de prevalecer el derecho de televidentes y oyentes y no el de los emisores, ya que es crucial el derecho del público a disponer de un acceso adecuado a las ideas y experiencias sociales, políticas, estéticas, morales y de otro tipo ("Red Lion Broadcasting v. FCC, 395 US 367 (1969), consultado en <http://caselaw.fidlaw.com>, y "National Broadcasting v. United States", 319 US 290 (1943)).

Debe pues considerarse en cuanto concierne particularmente al ámbito de la actividad de los servicios de radiodifusión y televisión, que tal ejercicio se encuentra reglado y requiere licencia de la autoridad, pues en definitiva el mecanismo de habilitación deriva de un acto de autorización que consiste precisamente en la adjudicación de una licencia para la instalación y explotación de un servicio de radiodifusión (conf. doct. Fallos: 326:3316 y 327:4969), siendo apropiado añadir en este orden que la actividad de radiodifusión por parte de particulares está supeditada al otorgamiento de una licencia, lo que no puede suponer aquí la configuración de derechos preexistentes ya que el derecho del licenciatarario constituye un derecho "ex novo" que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre constitutiva de derechos y no declarativa. Se trata del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a

Podex Judicial de la Nación

una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva (conf. CNCAFed, Sala II, causa 19.013/92 "Provenzano Sergio Luis y otro c/ E.N. -Comité Federal de Radiodifusión y otros/ juicio de conocimiento" del 31.03.99).

A su vez, nuestra doctrina y jurisprudencia son amplias en cuanto a las facultades que tiene la autoridad competente para reglamentar el servicio, incluso modificando las condiciones de su prestación para adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas (Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", T.I, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, año 2000, cap. XV, pág. 9). En la doctrina nacional es vieja la conclusión de que la concesión crea dos situaciones jurídicas: a) una legal o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra contractual, pero que no es necesariamente de derecho civil, sino de derecho administrativo, y que, como acto administrativo que es, atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario. Importante es la cuestión relativa a la facultad que la Administración tiene de modificar las condiciones y especialmente el funcionamiento del servicio público objeto de la concesión (conf. CNCAFed, Sala II, causa 52616/94, doct. fallo "Edesur S.A. c/ resolución 14/93 -ENRE- (expte. N° 119/93) del 3.2.98).

Y es entonces desde la perspectiva de los principios normativos (convencionales y constitucionales) y pautas de interpretación elaboradas en torno de ellos, así como en función de la necesidad y existencia de un marco regulatorio de la actividad de que se trata, que determina el otorgamiento de habilitaciones de especial naturaleza a los fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual (licencias; según quedara precedentemente

descripto), que se llevará a cabo la valoración de las normas impugnadas.

VI. Que por elementales razones metodológicas y de exposición, daré tratamiento conjunto a las objeciones vertidas por la parte actora a los arts.45 y 48 -segundo párrafo- de la ley 26.522, en tanto y cuanto se regula en ellos lo atinente a la multiplicidad de licencias, estableciéndose las limitaciones a la concentración de licencias (en el orden nacional, en el local y en cuanto a la titularidad de las señales), y se consagra el principio por el cual el mencionado régimen de multiplicidad previsto en la ley, no puede alegarse como derecho adquirido frente a las normas que en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan en el presente o en el futuro; preceptos cuestionados sobre la base de que las normas impugnadas desbaratan sin ningún criterio lógico el régimen vigente de propiedad cruzada de medios audiovisuales, limitando o casi prohibiendo la conformación de multimedios, y sin que se vislumbre en que beneficia todo ello el interés público, se defiende la competencia o se tutela al consumidor.

A tal fin y luego de reseñar las limitaciones y restricciones establecidas en el art.45 citado, la accionante señala que como resultado de la norma su parte deberá desprenderse de activos según la elección que formule o que se le permita concretar, desplegando las hipótesis que resultarían de diferentes alternativas de desinversión y retención de señales (que enuncia y describe en forma sucesiva), agregando que la aplicación de las pautas impuestas por el nuevo régimen de multiplicidad, serían catastróficas para la sustentabilidad operativa y económica del negocio que requiere grandes inversiones y una integración vertical multimedia.

Poder Judicial de la Nación

Sobre el particular corresponde tener presente que ha de reconocerse a la autoridad de aplicación, facultar para establecer diferentes limitaciones a los prestadores de servicios de radiodifusión a los fines de evitar una excesiva concentración en manos de un único operador y favorecer por tanto la diversidad. En esta línea se inscriben las restricciones encaminadas a regular el número de abonados (o proporciones sobre el total de concurrencia del mercado), la cantidad de canales que el sistema puede ocupar con programación obtenida de programadores afiliados, admitiéndose aún la posibilidad de denegar autorización a solicitantes que al mismo tiempo sean propietarios o controlen otros sistemas en la misma zona en circunstancias en que la concesión de la licencia eliminaría o reduciría la competencia de los servicios en una determinada área (confr. Calvo Charro, "La Televisión por Cable", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 139).

USO OFICIAL

A modo de ejemplo ha de mencionarse la consagración normativa del control estatal frente a las integraciones "verticales" (que tienen lugar entre los titulares de las distintas fases de las que se compone el sistema -operador, programador, titular de la red-) que pueden traducirse en acuerdos o prácticas que limiten la competencia o inhiban la difusión de programas a los consumidores, así como ante las "horizontales", a los fines de prohibir la propiedad en una misma área, de distintos sistemas (Ley del Cable de 1992, Estados Unidos de Norteamérica; citada en la obra referida en el apartado precedente).

Y en el mismo orden el Alto Tribunal ha reconocido que las frecuencias deben ser sometidas al control y regulación del Estado Nacional, justificándose de tal modo una planificación ordenada mediante planes de adjudicación.

de frecuencias que permiten a las administraciones de telecomunicaciones compatibilizar sus asignaciones de frecuencias en el interior y con otros países del mundo, estableciéndose criterios racionales para fijar un patrón técnico a los fines de la asignación y distribución de las señales (conf. doct. Fallos 319:998, causa "Comité Federal de Radiodifusión" del 20.06.96).

Sentado lo expuesto, corresponde a esta altura recordar que el estudio de la razonabilidad de las leyes en punto a su validez constitucional no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las provisiones en ellas contenidas, y en modo alguno sobre la base de los posibles o eventuales resultados de su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas (Fallos: 315:142; 321:3081; 322:2780 y 330:3565); por manera que el análisis de constitucionalidad de los preceptos impugnados, ha de ceñirse a las provisiones contenidas en ellas, lo que en el caso particular, impone considerar como relevantes los aspectos concernientes a la finalidad de las normas, su racionalidad así como la necesaria proporcionalidad entre los medios empleados y la aludida finalidad.

Y con particular referencia a los derechos de rango constitucional involucrados, ha de señalarse con respecto a la libertad de expresión, que esta garantía no concede una absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad a los operadores de las telecomunicaciones, de modo que la existencia de un régimen que articula los derechos de los operadores en ésta materia no limita la libertad de expresión, sino que por el contrario, la promueve (doct. Suprema Corte de Justicia EE.UU. "Central Telecommunications vs. TCI Cablevision" 610 F. Supp.891 (WD 1985)).

Poder Judicial de la Nación

Es que, tal como tiene dicho el Alto Tribunal, una inteligencia que prescindiera del análisis de las garantías involucradas, de los propósitos tenidos en cuenta para su adecuada tutela a los fines de garantizar el goce de los derechos, así como del debido resguardo de los principios de la competencia y las prerrogativas de usuarios y consumidores, antes que a preservar el predominio de la pluralidad informativa en la sociedad argentina -ideal que, sin dudas debe ser compartido- da por tierra con el sistema que el legislador organiza sobre la base del otorgamiento de licencias sujetas a normas técnicas que las limitan y sin cuyo respeto no se edifica aquélla, ni se aseguran los beneficios de la libertad (conf. doct. Fallos 318:359 "Pay TV SA" del 14.03.95).

USO OFICIAL

De tal suerte, y sin perjuicio de su justificación en el orden de los principios, debe advertirse que el análisis concreto de los dispositivos impugnados, en cuanto conciernen a la regulación de las multiplicidades de licencias y a las restricciones a la concentración de titulares y sus participaciones, contenidas en el art.45 citado, tanto respecto de la cantidad de licencias en el orden nacional (ap.1), como en el local (ap.2), así como en cuanto concierne a la titularización de señales (ap.3), no permite vislumbrar la afectación de la libertad de expresión (con ajuste a las pautas de valoración ya expuestas y a las que cabe remitir); así como tampoco resulta de la causa ni ha sido demostrado, que tal regulación carezca de razonabilidad o los medios implementados resulten inadecuados o inconducentes al logro de las finalidades propuestas, y a la cabal tutela de los derechos de rango constitucional

objeto de mención, todo lo cual conduce al rechazo de la impugnación en el ámbito que se lleva analizado.

Y desde otra perspectiva, en cuanto refiere a los particulares derechos de orden patrimonial invocados por la parte actora (sobre cuya base también se articula la tacha de los preceptos objeto de análisis en el presente capítulo), corresponde en primer término tener especialmente presente que aquéllas prerrogativas reposan sobre el sistema de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de radiodifusión cuyas características, naturaleza y marco regulatorio han sido reseñados -en los aspectos que resultan relevantes a los fines de la decisión por emitir- en el Consid.IV de este fallo, y a cuyos desarrollos cabe remitir para evitar innecesarias reiteraciones.

En este orden ha de reconocerse como principio general que cuando, como en el caso, se trata de concesiones otorgadas por la Nación, su extinción (revocación) o modificación -por razones de oportunidad- está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquellas, y sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente (Fallos: 114:124; v. asimismo notas aclaratorias y precisiones sobre los conceptos empleados en dicho precedente en Marichhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", T.II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pag.601, nota N°337).

De tal suerte que así como se otorga la licencia o concesión por motivos y a los fines de satisfacer objetivos de utilidad pública, análogas razones de interés general pueden determinar en el futuro el "rescate" de la concesión, calificación que si bien no resulta

Poder Judicial de la Nación

estrictamente aplicable al supuesto que aquí se analiza, tiene en sus consecuencias los mismos efectos y proyección que la revocación, en tanto ambos extinguen los derechos involucrados y concedidos al amparo de la concesión o licencia; mas el rescate propiamente dicho, si bien pone fin a la concesión, representa en la esencia de tal concepto el hecho de que la satisfacción del interés comprometido en la actividad en cuestión continúa, sea continuada a cargo del Estado o de otro concesionario o licenciatario que se hace cargo de la prestación directa del servicio (conf. Marienhoff, ob. cit., pág. 359/360).

Entendido pues el mencionado instituto como una medida de reorganización del servicio, sustentada en nuevas razones de oportunidad, mérito o conveniencia, distintas de aquéllas que dieran lugar y legitimaran las habilitaciones concedidas con anterioridad (conf. Marienhoff, ob. Cit., pág. 634), su legitimidad se encuentra condicionada tanto por la autoridad de que emana tal decisión como por las valoraciones, antecedentes, fundamentos y finalidades tenidas en mira al adoptar tal temperamento, en tanto guarden claro esta adecuada proporcionalidad y luzcan razonables.

Desde esta perspectiva corresponde advertir por un lado, que en el caso aquí analizado ha sido el Congreso de la Nación quien, a consecuencia de la pertinente valoración de los elementos involucrados, adoptó la decisión de reordenar y reformular lo atinente a la prestación y regulación de los servicios de comunicación audiovisual mediante el dictado de la ley 26.522; y por el otro, que a tal fin tuvo en cuenta la valoración de las situaciones involucradas así como las finalidades perseguidas, instrumentando un nuevo sistema -vigente a partir de su dictado-, que propendiera a los objetivos

fijados, implementando para ello los medios que estimó adecuados, prudentes y eficaces, entre los que se encuentran la limitación y restricción a la multiplicidad de licencias, en las condiciones establecidas en el citado art.45.

Así reiterando el principio constitucional de la relatividad de los derecho consagrados constitucionalmente y que las leyes que los reglamentan no admiten impugnación si resultan razonables (Fallos: 214:612; 289:67; 304:1293, entre otros), como así que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 329:5567, dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte), es necesario inferir que la pretensión de inconstitucionalidad de una ley no puede fundarse en apreciaciones de tal naturaleza. Por el contrario, la gravedad institucional de la petición requiere "sine qua non" que la relación de la norma con la cláusula constitucional, como lo subrayó el Alto Tribunal desde sus primeros precedentes en que realizó esta función jurisdiccional más eminente (Fallos: 314:425, causa "Avegno José Leonardo" del 11.04.74), sea "absolutamente incompatible" y que "haya entre ellas evidente oposición", para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 318:1256).

El debido respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes, como se enfatizó en el precedente "Avegno", imponen que una declaración como la pretendida solo encuentre cauce ante una "discordancia substancial" de la norma tachada con los preceptos de la Constitución Nacional, y que ésta sea "manifiesta", pues aun en los casos de duda entre la validez o la invalidez ha de estarse por la legalidad (Fallos: 207:238).

Poder Judicial de la Nación

Convine recordar una vez más que el interés general tenido en mira por el nuevo ordenamiento, responde al objetivo de diversificar la oferta informativa y ampliar la posibilidad de ejercer la libertad de expresión a la mayor cantidad posible de medios de comunicación, pues lo que se intenta no es afectar la libertad de prensa y de expresión, sino antes bien, que se genere una multiplicidad de canales de comunicación audiovisual.

En las condiciones expuestas, no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir lisa y llanamente -con los alcances y el sentido en el que ha sido formulada la pretensión actoral-, que el sistema de licencias múltiples de radiodifusión sea objeto de un nuevo tratamiento, regulación y distribución, aún cuando ello determine claro está la imposibilidad de continuar con el ejercicio de los derechos que resultaban de algunas de las licencias otorgadas al amparo del régimen jurídico anterior; pues a partir de la elaboración y valoración de nuevas consideraciones de interés general y con la finalidad de resguardar los derechos de pluralidad y acceso a la información, han de considerarse de tal modo revocadas o "rescatadas" las licencias o concesiones conferidas a sus anteriores titulares, debiendo procederse a su adecuación y nueva asignación, temperamento que como se viera, ha sido adoptado por las autoridades legítimamente constituidas.

Es que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público involucrado (conf. doct. Fallos: 325:2875 y 322:2750).

Sin perjuicio de ello, es preciso tener en cuenta también que la licencia de radiodifusión constituye un objeto inmaterial susceptible de valor, que conjuntamente con los objetos materiales afectados a un servicio de radiodifusión son bienes de la persona jurídica y concurren a conformar su patrimonio (art. 2312 del C.C.) (conf. CNCAFed, Sala II, causa 42.304/94 "Comodoro Rivadavia TV S.C.C. c/Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo ley" del 24.04.03; en igual sentido, Sala III, causa 28.552/96 "Comité Federal de Radiodifusión c/ Video Cable Comunicación Victoria S.R.L. s/ ejecución fiscal" del 16.02.06), por manera que si la necesidad de adecuación del grupo actor a la actual normativa, le impone desprenderse (desinvertir) de determinados medios, las consecuencias de orden económico y patrimonial resultantes de ello, encontrarán adecuada e integral reparación por la vía indemnizatoria.

Recuérdase en este sentido, que como oportunamente dictaminara el Sr. Procurador General de la Nación con fecha 19.11.11 -al pronunciarse sobre la admisibilidad de un recurso extraordinario interpuesto contra una medida cautelar dictada en esta causa-, si lo que está en juego de modo principal es el derecho de propiedad, cualquier daño que pudiere experimentar el reclamante ha de ser resarcido de manera adecuada.

De modo tal que los perjuicios de quien es titular de un derecho adquirido al goce de una licencia por el lapso para el que le fuera concedida, y que pudiere experimentar a consecuencia del deber de adecuarse a la nueva regulación y eventualmente desprenderse de activos, serían en todo caso de índole patrimonial y por ende sujetos a un integral resarcimiento; y en tales condiciones, cualquier menoscabo de naturaleza económica

Poder Judicial de la Nación

que pudiera sufrir la actora o las empresas que componen el grupo -el que sólo es susceptible de materialización y efectiva concreción una vez implementada y finalizada la adecuación- deberá ser objeto del pertinente reclamo indemnizatorio en su oportunidad, por la vía y forma que corresponda, motivo por el cual tampoco se advierte menoscabo concreto y actual a derechos constitucionales de naturaleza económica susceptibles de ser titularizados por las accionantes a consecuencia de las licencias de que en un futuro, eventualmente debieran desprenderse con motivo de la adecuación a la regulación vigente (art.17 CN), todo lo cual determina el rechazo de la tacha.

A modo de digresión debe precisarse que en cuanto a la impugnación del art.48 segundo párrafo, aparte de que la actora ha reconocido que dicho precepto no provoca a su parte daño patrimonial directo (v. esp. fs.79 y vta. ap. 4.6.4.), toda vez que pretendería esgrimir derechos adquiridos contra normas a las que tacha de manifiestamente ilegales, en tanto amenazan con colocar a sus bienes en un estado de indefensión, la cuestión encuentra suficiente respuesta en los apartados precedentes referidos al adecuado y completo resguardo de su parte, frente a las eventuales y futuras consecuencias patrimoniales disvaliosas que podría ser resultantes de la aplicación del nuevo régimen regulatorio.

VII. Que guardando estrecha vinculación con la impugnación de los referidos arts.45 y 48 (segunda parte), la accionante objeta la constitucionalidad de los arts.41 y 161 de la ley 26.522 en tanto este último dispone que los titulares de licencias que no cumplan los requisitos establecidos en la ley o fueren titulares de una cantidad mayor de licencias o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a sus

disposiciones en el plazo de un año, vencido el cual serán aplicables las medidas que correspondiesen, y el primero - como principio- declara intransferibles las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual.

Argumenta la parte actora la afectación de derechos patrimoniales que genera el deber de adecuación y consiguiente necesaria venta de activos (como resultado de la aplicación de las restricciones a la multiplicidad de licencias impuesta por el art.45) en un muy breve plazo y sólo a quien el Poder Ejecutivo apruebe, haciendo especial hincapié en las consecuencias de orden operativo y financiero derivadas de la imposibilidad de planificación y separación de activos (de plataformas físicas, segregación de facturación), que resultan del escaso término impuesto, cuando la mayoría de dichos permisos vencen en la década de 2020.

Afirma en sustancia que la norma desconoce tal situación de titularidad patrimonial y vigencia de los derechos acordados, imponiéndole la obligación de desprenderse de activos vitales para su continuidad en condiciones negativas y sin ofrecer indemnización alguna,

Sobre el particular debe destacarse en primer término que lo atinente a la cesación en el goce y explotación de los derechos resultantes de las licencias otorgadas, con anterioridad a la finalización del plazo de vigencia por el cual fueron concedidas (o en su caso prorrogadas), y a consecuencia de la aplicación del nuevo régimen regulatorio de la multiplicidad de licencias, ha sido materia de tratamiento y análisis en el considerando precedente, tanto desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de expresión y a la información, como desde la óptica de la naturaleza y características de los derechos

Poder Judicial de la Nación

resultantes de la referida habilitación, así como en sus eventuales proyecciones patrimoniales.

Cabe entonces estar a los desarrollos allí vertidos, en tanto brindan adecuada y completa respuesta a las objeciones constitucionales de la parte actora, sustentadas tanto en el derecho a la libertad de expresión e información, como en los de orden económico derivados de la afectación patrimonial que pudiera provocar la extinción para sus titulares, de los derechos de explotación contenidos en las licencias respectivas y de aquéllas de las que el futuro debiere desprenderse a consecuencia de la aplicación de la ley.

Por lo demás y en orden al plazo de adecuación, no puede prescindirse del efecto generado por las medidas cautelares dictadas en autos, a consecuencia de las cuales la aplicación de los preceptos impugnados se encuentra suspendida respecto de la actora, advirtiéndose que como resultado de todo ello han transcurrido hasta el presente mas de tres años desde el dictado de la norma, plazo que se estima como razonable para que las accionantes de autos hubieran elaborado racional, conveniente y organizadamente un programa progresivo de adecuación, por lo que queda también sin efecto ni virtualidad actual el fundamento de la tacha formulada.

Y por último, en cuanto al cuestionamiento articulado sobre la base de la prohibición de transferencia de permisos y licencias, contenida en el art.41 de la ley, debe decirse que dicha restricción no rige para supuestos como el aquí analizado.

Ello así por cuanto aparte de que el propio texto del art.161 de la ley 26.522 expresamente prevé que a los efectos de la adecuación prevista en esta norma, se permitirá la transferencia de licencias, el dec.1225/2010

(reglamentario de la ley citada), determina que la Autoridad de Aplicación establecerá los mecanismos de transición a los fines de adecuar la situación de la totalidad de los licenciarios a lo dispuesto en la ley y que, en los casos de (1)-Adecuación voluntaria- se posibilitará a los titulares de licencias de los servicios y registros regulados que a la fecha de sanción del precepto principal no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o a las personas jurídicas que al momento de la entrada en vigencia de dicha Ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, iniciar el trámite de adecuación mediante declaración jurada, a través del cual propongan la regularización de su situación; y que al sólo efecto de la adecuación por transferencia de licencias prevista en el citado art.161, se permitirá la transferencia de licencias, la que podrá efectuarse mediante los mecanismos que la propia norma describe.

Resulta claro de los propios textos, cuya redacción y consiguiente interpretación no ofrece dificultades -por lo que a sus previsiones cabe remitirse, conforme las tradicionales pautas hermenéuticas reiteradamente expuestas por el Alto Tribunal y que por conocidas omito citar-, que la libertad de transferencia de señales resultante de la adecuación voluntaria, constituye una prerrogativa, explícitamente reconocida para aquéllos titulares de licencias que deban desprenderse de activos a consecuencia de la nueva reglamentación, por manera que desde esta óptica el cuestionamiento carece de sustento lo que impone su rechazo.

VIII. Que en último término corresponde precisar que si bien en la pieza de ampliación de demanda de fs.123/124, la parte actora hizo mención a la existencia de

Poder Judicial de la Nación

los daños y perjuicios que causa a su parte la promulgación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, su proyección en el valor de cotización en bolsas respecto de las acciones del Grupo Clarin SA, así como remitió a aquéllos detrimentos que se producirían de aplicarse los arts.45 y 161 de la citada ley en función de la limitación a la propiedad cruzada de medios y la imposición de restricciones al volumen de negocios, con la consiguiente pérdida de acceso al crédito y deterioro financiero, y la secuela de imposibilitar el acceso a nuevos desarrollos tecnológicos y de refinanciar deuda existente a tasas mas convenientes (fs.123 y vta. punto 2.1), no puede ello ser considerado como un concreto y específico reclamo de daños y perjuicios susceptible de ser analizado y resuelto en esta causa.

Es que la norma contenida en el art. 330, Código Procesal, en cuanto prescribe que en la demanda se debe indicar la cosa demandada con toda exactitud, es uno de los pilares básicos del litigio. Trátase de una carga que es correlativa a la de la accionada de formular negativas categóricas y de plantear con claridad las defensas que opone al progreso de las pretensiones de su contrario. De tal modo, demanda y contestación -como enseñaba CARAVANTES-, constituyen la columna vertebral del proceso, pues delimitan el "thema decidendum" y la esfera en la que ha de moverse la sentencia, al propio tiempo que permiten al adversario el ejercicio de la garantía esencial de la defensa en juicio (conf. CNCCFed, Sala III, causa 2466/96 "Paniagua, Roberto A. c/ Rosa Roberto y otro s/ Daños y perjuicios" del 05.12.02).

Así pues, aludir en forma genérica a un reclamo de "daños y perjuicios" puede bastar, teóricamente y según los hechos que conforman la base de la causa, para

Identificar a algunos de ellos pero de ningún modo para precisar específicamente la pretensión real y concreta de demandar la reparación de todos y cada uno de los distintos daños que enumera el Código Civil. Y como la gran mayoría de éstos depende de circunstancias de hecho, es una obligación procesal enunciarlos con exactitud a fin de que el adversario tenga la posibilidad de ofrecer y producir prueba tendiente a cnervar el progreso de la pretensión, cuyas circunstancias fácticas deberá acreditar el reclamante (doctrina del art. 377 del Código de forma) (conf. causa 2466/96, antes citada).

Corresponde tener en cuenta que si bien los actores hicieron mención a diversos detrimentos patrimoniales susceptibles de ser experimentados a consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, lo real y concreto es que en modo alguno tales referencias - por cierto genéricas y carentes de toda vinculación y anclamiento a situaciones de perjuicio económico específico y susceptible de mensura-, alcanzan a configurar, tal como ha sido desarrollado el capítulo citado, el sustento de un verdadero, completo y suficiente reclamo reparatorio, en los terminos y condiciones que una pretensión de tal naturaleza ha de ser articulada por ante esta sede judicial.

Y a lo dicho se añade que, con arreglo a lo dispuesto por el art.330, inc. 3 y 6 CPCC, son inadmisibles las peticiones implícitas o genéricas. La demanda debe contener una exposición circunstanciada de las pretensiones articuladas y de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se sustenta el reclamo, motivo por el cual no corresponde admitir reparación alguna en tanto y cuanto no exista mediada pretensión indemnizatoria concreta, y siquiera se han indicado los rubros alcanzados, empresas

Poder Judicial de la Nación

(del grupo de la actora) involucradas así como la índole y magnitud de los supuestos daños (conf. CNCCFed, Sala III, causa 8071, "Rinaldi, Nestor H. y otros c/ Banco Hipotecario Nacional y/o Almagro Construcciones SA inc. s/ Inc. de Contrato. Daños y perjuicios" del 12.02.93).

Sin perjuicio de señalar que cuanto se lleva expuesto es suficiente para emitir la decisión pertinente al respecto, bien cabe remitir a los desarrollos vertidos en los considerandos precedentes, en punto al hecho de que, la eventual existencia de daños y perjuicios o de cualquier otro detrimento de orden patrimonial resultante de la aplicación de las normas de la ley 26.522 que aquí se impugnan, sólo será susceptible de concreción y en su caso de evaluación y de sustento para la formulación de un reclamo indemnizatorio, una vez materializada la obligación de desinversión y elaborado un panorama económico completo respecto de las consecuencias de la aplicación de los referidos preceptos, extremo que por cierto no se configura en el actual estado, y por cierto impide y torna insustancial todo pronunciamiento al respecto.

IX. Que con el dictado de este pronunciamiento, al margen de haberse dado cumplimiento al deber impuesto en el art.163 CPCC, también se ha de considerar satisfecho el cometido a que refiere el punto 1º de la Resolución CSJN del 27.11.12, por lo que corresponde dejar sin efecto las habilitación de días y horas inhábiles dispuesta por el suscripto en estos autos; por lo que a partir de la notificación de la presente sentencia regirán los plazos y su cómputo de conformidad con lo dispuesto por el art.152 CPCC.

Por las consideraciones vertidas y fundamentos concordantes expuestos por el Sr. Fiscal Federal en su dictamen de fs. 3178/3203, FALLO: 1) Rechazando la

excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada Estado Nacional -Jefatura de Gobierno-. 2) Rechazando la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA. 3) Ordenando como consecuencia de lo aquí decidido, y en virtud de las nuevas circunstancias configuradas, el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso. 4) Imponiendo las costas del juicio en el orden causado, atenta la novedad de los planteos formulados, la dificultad y complejidad de las cuestiones debatidas y la naturaleza de los derechos involucrados en la causa (art.68, 2° parte del CPCCN). 5) Dejando sin efecto la habilitación de días y horas inhábiles dispuesta en esta causa, en los términos y con los alcances expuestos en el Consid.IX. 6) Difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que quede firme o consentido el presente decisorio. 7) Regístrese, notifíquese y, oportunamente, ARCHÍVESE.

Fds: Horacio C. Alfonso
— Juez Federal subrogante.