

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

CAUSA n° 8836/09 –S.I.- “GRUPO CLARÍN S.A. Y OTROS S/MEDIDAS CAUTELARES”

Juzgado N° 1

Secretaría N° 1

Buenos Aires, 13 de mayo de 2010

Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional-Jefatura de Gabinete de Ministros contra la resolución del 7 de diciembre de 2009 (fs. 286/292), que fue concedido el 28 de diciembre de 2009 y fue fundado mediante la expresión de agravios que corre a fs. 455/476, contestada por la parte actora a fs. 488/521,

Y CONSIDERANDO:

1. La resolución de fs. 286/292 dispuso la suspensión provisional de la aplicación de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual respecto de las actoras. El Estado Nacional-Jefatura de Gabinete solicita la revocación total de la medida cautelar dictada por el señor juez *a-quo*.

En breve síntesis, los argumentos desarrollados por el recurrente pueden enunciarse del siguiente modo: a) el juez de primera instancia omitió toda consideración sobre las razones y motivos que llevaron al legislador nacional a sancionar la ley 26.522, cuya razonabilidad reside en la voluntad política de impedir la formación de monopolios y de garantizar la libertad de expresión bajo los principios de pluralidad, no discriminación y de respeto por lo local; b) se equivoca el magistrado al considerar configurados los recaudos que habilitarían el dictado de medidas cautelares de alto impacto y tinte anticipatorio, que comportan adelantar el resultado de la sentencia de mérito; en este orden de ideas, el Estado Nacional niega la existencia de verosimilitud del derecho, como asimismo la configuración de daño irreparable, descalificando por su ligereza la cautela meramente juratoria impuesta en la resolución apelada; y c) califica de arbitrario el encuadramiento jurídico del reclamo de la parte actora, pues afirma que en materia de radiodifusión no hay derechos de propiedad comprometidos

USO OFICIAL

dado que el espectro radioeléctrico es un bien público no apropiable y las actoras no están imposibilitadas de continuar con su actividad bajo el régimen de la ley 26.522.

Asimismo, la parte recurrente afirma que los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 no violentan lo dispuesto en el decreto 527/05 –dictado en uso de las facultades consagradas en el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional-, sino que lo sustituyen puesto que ninguna persona puede arrogarse derechos adquiridos a explotar una licencia *sine die*. Cuestionan, también, la legitimación activa de alguna de las empresas actoras.

2. El Tribunal no tratará todas y cada una de las cuestiones introducidas en los agravios pues algunas exceden el limitado marco de una medida cautelar y su dilucidación exige medidas de prueba y el examen de un complejo bloque normativo que merece ser debatido con la amplitud de un proceso ordinario.

Con el alcance restringido de este proceso cautelar, el Tribunal entiende que la suspensión ordenada a fs. 286/292 no constituye una medida de tutela urgente ni anticipatoria, ni coincide con el debate sustancial de la acción de fondo, la cual, por lo demás, ya ha sido promovida ante el juez de primera instancia.

La medida cautelar que se discute en el *sub-lite* se origina en un proceso cautelar de función asegurativa y conservatoria, que está al servicio de una ulterior sentencia definitiva, cuya utilidad y eficacia pretende garantizar (confr. Vargas Abraham Luis, “Teoría general de los procesos urgentes”, en Medidas Autosatisfactivas, obra colectiva dirigida por Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Colzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 79/87).

Este tipo de medidas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, pues la finalidad del instituto cautelar atiende a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos 306: 2020; 324: 3213, ya citado). Si bien las normas impugnadas cuentan con la presunción de validez de los actos legislativos, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tal presunción debe ceder cuando la impugnación se sustenta en

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

bases *prima facie* verosímiles (doctrina de Fallos 307: 1702; 316: 2855; 318: 532; 324: 3213, entre muchos).

3. En la apreciación de la verosimilitud del derecho de la parte actora, este Tribunal ciñe su juicio al conflicto de derechos fundamentales, sin inmiscuirse en los ámbitos de política legislativa, en la convicción de que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener en sus facultades constitucionales, pero sin renunciar a la función propia de juzgar con capacidad de control de legalidad y constitucionalidad de los actos de los otros Poderes del Estado conforme al equilibrio previsto en la Ley Fundamental. En autos se ha suscitado una controversia en términos estrictamente jurídicos, que exige un pronunciamiento judicial conforme a la solución que en derecho corresponda (doctrina de Fallos 285: 410, considerando 7°).

La parte recurrente impugna la sentencia por cuanto el juez no ha examinado los motivos de política legislativa y las finalidades de interés público de la ley 26.522. Esa restricción no merece reproche pues a los jueces no les compete la revisión del mérito, la oportunidad o la conveniencia de las soluciones legislativas (doctrina de Fallos 318: 1256, entre muchos), sino dilucidar si su aplicación práctica en un caso concreto conduce a la privación o frustración de los derechos de los ciudadanos con un alcance inaceptable en un Estado de derecho.

4. El objeto procesal del *subjudice* se circunscribe a definir si la aplicación de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 a las relaciones contraídas según el régimen legal anterior –que comprende la ley 22.285 y sus modificaciones, el decreto 527/05, la resolución COMFER 214/2007, entre otras- afecta de manera sustancial y caracterizada y con rasgo de verosimilitud, el derecho de propiedad de los titulares actuales de licencias y autorizaciones vigentes.

5. Es oportuno recordar que nadie tiene derecho al mantenimiento de la ley ni a oponerse a cambios en la política legislativa, salvo que ello comporte la violación de derechos adquiridos o de una situación jurídicamente protegida al amparo de la legislación anterior (doctrina de Fallos 178: 431; 284: 218 considerando 8°; 296: 723, entre muchos).

En términos constitucionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antiguo que el derecho de propiedad alcanza a todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad (doctrina de Fallos 145: 307), y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, de modo que la protección constitucional alcanza a los bienes que son susceptibles de valor económico.

6. En cuanto al fondo del asunto, debe recordarse que el artículo 41 de la ley 26.522 establece: *“Transferencia de licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles. Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de la transferencia sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta. Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles”*.

Tal como se advierte, este artículo se refiere a los titulares de autorizaciones y licencias, como así también a los accionistas y cuotapartistas de sociedades titulares de licencias y autorizaciones. Condiciones que dan fundamento, en este estado liminar del proceso, a la legitimación procesal de las demandantes.

7. Por su parte, el art. 161 dispone: *“Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria*

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso- correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 41”.

8. De la normativa señalada se desprende, en lo que es pertinente para el presente conflicto, que por una parte el artículo 41 de la ley 26.522 impide la libre disposición de las licencias y autorizaciones –sin definir el ámbito temporal de aplicación de esta regla-, estableciendo excepciones que requieren previa autorización y que comprenden las transferencias resultantes del desprendimiento de activos que resulta del art. 161 de la ley.

Por otra parte, esta última norma obliga a los titulares a transferir las licencias que hoy explotan en tanto excedan los límites del nuevo régimen legal, y ello debe suceder en el plazo de un año y bajo apercibimiento de sanciones.

9. Atento lo precedentemente expuesto, el Tribunal advierte que la interacción simultánea y conjunta de ambas disposiciones legales conduce a una *desinversión forzada* que altera el régimen tutelado por la ley 22.285 (especialmente, las garantías del art. 53, inciso ‘h’ de la citada ley en materia de compensaciones), con prescindencia de los planes de inversión y de conductas consolidadas al amparo de situaciones conformes al decreto 527/05. Ello es así no obstante que los considerandos de esta última norma expresaron la necesidad de asegurar un horizonte de previsibilidad que involucre los plazos necesarios para recomponer la situación económico-financiera de los medios audiovisuales, por ser apreciados útiles al desarrollo social y económico en general.

En el limitado marco de evaluación de la verosimilitud del derecho a los fines de resolver la apelación de la medida cautelar, el Tribunal estima que la aplicación conjunta a la parte actora de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 importan consecuencias que modifican de modo sustancial las reglas de juego a las cuales tales empresas habrían ajustado su comportamiento y realizado sus inversiones, con afectación de derechos subjetivos adquiridos al amparo de la legislación vigente al tiempo del otorgamiento de las licencias y autorizaciones,

o de su prórroga, o de la suspensión de los términos que estuvieran transcurriendo (art. 1° del decreto 527/05).

La verosimilitud del derecho se configura por cuanto ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, conculcar derechos jurídicamente tutelados y ejercidos al amparo de la legislación anterior (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 137: 47; 151: 103; 178: 431; 238: 496; 317: 218; 330: 855 considerando 31°).

La situación expuesta torna verosímil que las demandantes se encuentren forzadas en un plazo sorpresivo, breve y fatal a vender las licencias que permitirían que una actividad sea económicamente sustentable y, a la vez, que les sea jurídicamente imposible en razón del artículo 41 de la ley 26.522, desprenderse de las licencias o autorizaciones cuya explotación no fuese redituable, *provocando en forma conjunta un efecto de indefensión patrimonial* que afecta la seguridad jurídica y pone en crisis el derecho de propiedad de las actoras (art. 17 y 18 de la Constitución Nacional).

Por lo demás, la desinversión forzada se impone abruptamente en el curso de la vigencia de licencias y/o autorizaciones o prórrogas acordadas con sustento normativo, sin fundamento en una previa verificación de infracciones – sancionadas y firmes- al régimen vigente anterior o al de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

10. Con respecto al peligro en la demora, hay que recordar que éste se refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente, sea que esté acreditado *prima facie* o que se presuma según las circunstancias del caso (Podetti Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, en Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo IV, Ediar Editores, Buenos Aires, 1956, pág. 57 n° 18).

Este requisito aparece configurado en forma patente respecto del art. 161 impugnado, pues el breve plazo establecido para concretar la obligación de desinversión forzosa para el tipo de empresas de que se trata –aun cuando sea computando a partir del cumplimiento de los pasos que indica la norma-, hace altamente improbable que se llegue a tiempo en el esclarecimiento de los derechos mediante sentencia a dictarse en el procedimiento judicial ordinario.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

En efecto, la alteración de las reglas de juego podría afectar la actividad periodística de las actoras, con claro desmedro de la libertad de prensa por conductas que serían manifiestamente incompatibles con los principios consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11. Por último, tratándose de empresas cuyo trabajo se vincula con la libertad de expresión y de comunicación, la afectación directa o indirecta de tales derechos provoca el peligro en la demora, puesto que las consecuencias lesivas sobre la comunidad serían de difícil reparación ulterior conforme a la tradicional doctrina del resarcimiento de daños.

12. No obstante lo anterior, eliminado el efecto nocivo de la interacción de las dos normas impugnadas, en razón de la suspensión -que se confirma- de la aplicación del art. 161 de la ley 26.522, el Tribunal entiende que el art. 41 de la nueva ley contiene un principio conocido en el régimen anterior – la intransferibilidad de licencias salvo autorización de la Autoridad de Aplicación- cuyos alcances en la nueva regulación y diferencias eventualmente dañosas exigen un debate propio del proceso ordinario.

En tales condiciones, en el estrecho marco de esta medida cautelar, la subsistencia autónoma del art. 41 de la ley 26.522 no impresiona como lesiva con suficiente convicción sobre el peligro en la demora, resultando prudente preservar su vigencia, sin perjuicio de que nuevas circunstancias tornen conveniente la revisión de este criterio.

13. El Estado Nacional reclama que se fije una caución real acorde con la magnitud e importancia de la medida cautelar otorgada (fs. 469vta.). La finalidad de esta contracautela es garantizar los daños y perjuicios que la traba de la medida pudiera ocasionar a la parte demandada, si finalmente no resultare fundada.

El modo en que se resuelve, la naturaleza provisional de la medida y la facilidad jurídica con que cuenta la parte demandada para reclamar la sustitución de la contracautela juratoria por una caución real en el supuesto de que el proceso ordinario avance hacia una hipótesis de debilitamiento de la verosimilitud en la posición de las actoras, convencen de mantener la caución juratoria tal como ha resuelto el señor juez de primera instancia.

Por lo demás, no se advierte el perjuicio económico que sufriría la parte demandada en tanto las actoras cumplan con las obligaciones comprometidas al ser acordadas o prorrogadas las licencias y autorizaciones, y sí se vería afectada la comunidad en el supuesto de cercenamiento de la libertad de opinión, de expresión y de información.

Por tanto, oído el señor Fiscal General ante esta Cámara, el Tribunal **RESUELVE:** confirmar la resolución apelada en cuanto ordena la suspensión de la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 respecto de las empresas actoras, y revocarla en lo que se refiere al artículo 41 de la ley 26.522.

El Dr. Martín Diego Farrell no suscribe la presente en razón de la recusación sin causa formulada a fs. 455/477 por el Estado Nacional (admitida en la resolución de fs. 535/536).

Regístrese, notifíquese por Secretaría con habilitación de día y hora y, oportunamente, devuélvase.

María Susana Najurieta

Francisco de las Carreras