SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

CAUSA N° 119/2010 –I- "GRUPO CLARÍN S.A. Y OTROS C/PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA".

Juzgado n° 1
Secretaría n° 1

En Buenos Aires, a los 17 días del mes de abril de 2013 se reúnen los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para dictar sentencia en los autos mencionados en el epígrafe. De conformidad con el orden del sorteo efectuado, la doctora **María Susana Najurieta** dijo:

1. La sentencia del 14 de diciembre de 2012 (fs. 3204/3232) rechazó en primer lugar la defensa de falta de legitimación activa opuesta por el Estado Nacional-Jefatura de Gabinete. En cuanto al fondo, rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. –por la cual se habían impugnado los artículos 41,45, 48 (segundo párrafo) y 161 de la ley 26.522-, ordenó el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso e impuso las costas del juicio en el orden causado, en atención a la novedad de los planteos formulados, a la dificultad y complejidad de las cuestiones debatidas y a la naturaleza de los derechos involucrados.

2. En cuanto a la primera cuestión, el magistrado estimó que, más allá de cuál fuese la situación reglamentaria en que podrían hallarse las empresas del Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A., todas las entidades podían ver afectadas sus actividades por la alteración de las condiciones de su desarrollo en virtud de la nueva ley, con consecuencias relevantes, razón por la cual existía correspondencia lógica entre el derecho deducido en el litigio y las personas que pretenden hacerlo valer, situación que conducía al rechazo de la excepción de falta de legitimación activa.

En cuanto a las cuestiones sustanciales, la sentencia recordó la importancia del acceso a la información, de la libertad de pensamiento y de expresión, así como la prohibición de las restricciones indebidas, de conformidad con la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recordó, asimismo, los principios y criterios esenciales para el control de constitucionalidad de una norma legal por parte de los jueces, dentro de las líneas jurisprudenciales establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en

USO OFICIAL

especial, las pautas de Fallos 323: 2409; Fallos 314: 1376 y Fallos 315: 2804. El juez *a-quo* destacó que el litigio versaba sobre modificaciones legislativas que habrían afectado sustancialmente las licencias adjudicadas a las empresas actoras, por lo cual parecía necesario señalar que se trataba de un servicio público sujeto a concesión, gozando la autoridad pública de la facultad de modificar las condiciones de la prestación para adecuarla a cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas.

Seguidamente, el señor juez efectuó el control de constitucionalidad de las normas impugnadas, tratando en forma conjunta los reproches dirigidos a los artículos 45 y 48 (segundo párrafo) de la ley 26.522. Recordó el magistrado, en primer lugar, que el control debía verificarse sobre el texto de la propia norma y no sobre eventuales derivaciones o resultados de su aplicación. Concluyó que los preceptos sobre restricción al régimen de multiplicidad de licencias y a la concentración de titulares o de participaciones, no se vislumbraban como irrazonables ni desproporcionados en atención a los fines de la ley. Destacó que la revocación o modificación de las licencias o concesiones por razones de oportunidad, estaba sometida al criterio y apreciación de la Nación, y que ningún interés de orden privado podía sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente, por motivos de interés público.

Recordó, no obstante, y con cita de jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la "licencia de radiodifusión" constituye un objeto inmaterial susceptible de valor y que, conjuntamente con los objetos materiales afectados a un servicio de radiodifusión, son bienes de la persona jurídica y concurren a conformar su patrimonio. Por tanto, si el titular de un derecho adquirido al goce de una licencia por el lapso para el que le fuera concedida, experimenta un perjuicio como consecuencia del deber de adecuarse a la nueva regulación y, eventualmente, tener que desprenderse de activos, en ese supuesto su perjuicio sería de índole patrimonial y sujeto a un integral resarcimiento (fs. 3228vta.). Sin embargo, este daño sólo podría materializarse una vez finalizada la implementación de la adecuación y, por tanto, la pretensión indemnizatoria debía ser presentada en su oportunidad y no cuando no se advierte un menoscabo concreto y actual de derechos patrimoniales de la parte actora.

El juez estimó que las consideraciones vertidas respecto de los artículos 45 y 48 (segundo párrafo) de la ley 26.522 guardaban estrecha vinculación con las impugnaciones deducidas por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (considerando VII). En efecto, ponderó que la aplicación del nuevo régimen no producía agravio constitucional ni desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de expresión y de información, como tampoco

se advertía un perjuicio actual desde la óptica de los derechos patrimoniales de los demandantes.

En cuanto al plazo de adecuación contenido en el artículo 161 de la ley 26.522, el *a-quo* señaló que la aplicación de la norma se hallaba suspendida como resultado de las medidas cautelares trabadas y que, en consecuencia, habían transcurrido más de tres años desde la sanción del precepto, lo cual significaba un tiempo razonable para que las demandantes hubiesen elaborado de manera conveniente y organizada un programa progresivo de adecuación a la ley. Finalmente, el magistrado ponderó que la prohibición de transferencia de permisos y licencias contenida en el artículo 41 de la ley 26.522, no regía para los supuestos de desinversión contemplados en el art. 161 del cuerpo legal, puesto que el texto legal reconocía la libertad de transferencia de señales resultante de la adecuación voluntaria, como una prerrogativa de quienes debían desprenderse de activos como consecuencia de la nueva reglamentación.

Finalmente, con relación a la pretensión de resarcimiento de daños contenida en la ampliación de la demanda (fs. 125/126), el señor juez *a-quo* estimó que se trataba de una petición genérica e imprecisa, que no respondía a las exigencias del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que resultaba claramente inadmisible. Sin perjuicio de ello, el magistrado reiteró que un reclamo de daños y perjuicios sólo sería susceptible de formulación una vez materializada la obligación de desinversión y una vez elaborado un panorama económico completo respecto de la aplicación de los preceptos cuestionados, situación que tornaba insustancial un pronunciamiento en este expediente.

USO OFICIAL

3. Esta sentencia ha sido apelada por la parte actora, por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. El recurso de la demandante, concedido a fs. 3245 y fs. 3256, fue fundado mediante el memorial de fs. 3346/3434 y fs. 3435/3440. Recibió la contestación del Estado Nacional a fs. 3457/3615 y de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual a fs. 3616/3617. El recurso del Estado Nacional fue concedido a fs. 3258. El memorial de agravios corre a fs. 3300/3323 y fue respondido por la parte actora a fs. 3446/3456. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual presentó recurso a fs. 3259, que fue concedido a fs. 3260. La expresión de agravios corre a fs. 3279/3298 y recibió la contestación de la parte actora a fs. 3442/3445.

4. El Estado Nacional- Jefatura de Gabinete de Ministros cuestiona lo resuelto en los puntos 1) y 4) de la sentencia apelada y solicita que se dejen sin efecto. Sus

agravios reclaman: a) que se revoque lo decidido respecto de la defensa de falta de legitimación activa opuesta oportunamente y se declare que Grupo Clarín S.A. y Telegidital Cable S.A. no eran titulares de licencias al tiempo de promulgarse la ley 26.522, no eran socios ni accionistas autorizados de ninguna empresa licenciataria y que, por tanto, no son los titulares de la relación jurídica sustancial que se ventila en esta causa; el apelante afirma que el juez resolvió el punto de manera dogmática, con prescindencia de toda la prueba producida por el Estado en respaldo de su posición procesal; b) que se rechace de manera específica la pretensión improcedente de daños y perjuicios, puesto que los considerandos VI y VII del fallo dejan abierta la posibilidad al reclamo de un resarcimiento; estima que esta equivocación nace de equiparar la naturaleza de las licencias de servicios de comunicación audiovisual con "concesiones" y aplicar un régimen extraño a la figura de la licencia, cuya característica es que no otorga derechos que puedan considerarse irrevocablemente consolidados en cabeza de los licenciatarios; y c) que se revoque la distribución de costas en el orden causado y se respete el principio objetivo de derrota, puesto que no existen razones justificadas de novedad ni de complejidad en esta causa. Afirma que lo complejo es aparente, dado que es el resultado de producir prueba superflua y de haber pretendido un reclamo temerario de daños.

5. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) presenta en esta instancia los siguientes agravios: a) corresponde declarar la falta de legitimación activa de dos coactoras, punto respecto del cual se adhiere a los fundamentos del memorial del Estado Nacional; b) es equivocada la afirmación del magistrado en cuanto a que la ley 26.522 regula un "servicio público"; la naturaleza de los servicios de comunicación audiovisual fue definida por el legislador en el artículo 2° de la ley, como actividad social de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población; c) la confusión del juez *a-quo* respecto de los conceptos de "concesionario" y "licenciatario" conduce a afirmaciones erradas respecto de un eventual derecho a resarcimiento o "derecho al rescate", que no es tal; afirma la recurrente que la ley 26.522 se refiere a "licencias" y "autorizaciones", que conciernen a un régimen unilateral no consolidado y esencialmente precario, que está sujeto a las decisiones que el poder administrador pudiera adoptar por razones de mérito o conveniencia o interés público. La AFSCA expone que se ha modificado la política pública con la finalidad de eliminar los monopolios y fomentar la libre competencia, dando cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Esta línea política de la nueva legislación es ajena a la

revisión de los jueces que no tienen competencia para juzgar su acierto o conveniencia. Afirma que la actividad lícita del Estado Nacional no puede dar derecho a resarcimiento, puesto que ha actuado de conformidad con los artículos 28, 42 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Finalmente, se agravia por la distribución de las costas en el orden causado e invoca razones de gravedad institucional para modificar el fallo en el sentido de las quejas formuladas.

6. A continuación, presentaré de manera sucinta los agravios formulados por la parte actora ("Grupo Clarín") contra la sentencia del 14 de diciembre de 2012.

En el memorial de fs. 3435/3440 se agravia contra lo resuelto en el punto 3 de la parte resolutiva del fallo. Entiende que la decisión de levantamiento de la medida cautelar ha comportado un exceso en la jurisdicción puesto que no fue pedido en este expediente y que, por lo demás, la resolución de la Corte Suprema de Justicia del 27 de diciembre de 2012 dejó implícitamente sin efecto lo dispuesto por el juez de la primera instancia. Para esclarecer el punto, la recurrente solicita que el tribunal se pronuncie expresamente y revoque el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia.

En el memorial de fs. 3346/3434, la parte actora solicita la revocación del punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia, a la que considera viciada de arbitrariedad, por haber omitido en forma completa el examen de la prueba considerada pertinente (en la audiencia convocada conforme al art. 360 del Código Procesal), y por vicio de incongruencia, por no haber tratado los planteos serios y fundados por su parte. Afirma que la prescindencia de los hechos relevantes de la causa, condujo a una sentencia que es una pieza dogmática y sin fundamentos circunstanciados.

Enunciaré las diversas impugnaciones, si bien con alguna modificación en el orden de presentación: a) la sentencia efectúa un control de constitucionalidad superficial, que prescinde del análisis de razonabilidad de las normas cuestionadas, soslayando que los medios implementados no son idóneos ni conducen a satisfacer los fines invocados por el legislador; b) el magistrado ha prescindido de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que consiste en interpretar las normas presuntamente inconstitucionales en el contexto social en el que se aplican; la correcta interpretación conduce a la conclusión de que la concentración de medios en manos del Gobierno o controladas por el Gobierno vulnera gravemente la libertad de información y de expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional); c) la sentencia omite la naturaleza de las "licencias", que no se confunden con un permiso; afirma que el razonamiento del juez es aún menos válido respecto de señales o de licencias por

USO OFICIAL

cable, las que no necesitan ni ocupan el espectro radioeléctrico; sostiene que el desmesurado poder de policía que se ha consagrado en la ley, resulta contrario al art. 32 de la Constitución Nacional, a los artículos 13.1 y 13.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la OEA; d) es errónea la premisa según la cual las empresas actoras están incursas en concentración ilegítima y, por tanto, merecen sanción; ello comporta omitir la vigencia del decreto de necesidad y urgencia n° 527/05, ratificado por resolución de la H. Cámara de Senadores el 28/10/09 y desconocer los efectos de la confianza legítima que ese acto generó en los licenciatarios, que realizaron cuantiosas inversiones; en esas condiciones, la aplicación retroactiva de un nuevo sistema que obliga a transferir las licencias con perjuicios económicos, es inconstitucional por confiscatorio y suscita derecho al resarcimiento; e) las restricciones contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522 constituyen exceso de poder, abarcando licencias y señales ajenas a la utilización del espectro radioeléctrico, es decir, un área que no está bajo la potestad discrecional del Poder Ejecutivo; la regulación ignora que la televisión abierta no compite con la televisión por cable por suscripción y obliga a prácticas antifuncionales e irracionales que perjudican al consumidor; f) las excesivas restricciones previstas en el art. 45 de la ley tornan la actividad no sustentable, con violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que la prensa para expresarse libremente necesita recursos económicos propios que le permitan desarrollar su actividad con prescindencia del sostén económico de publicidad oficial o subsidios; g) los informes periciales producidos, incluso el dictamen del experto propuesto por la demandada, coinciden en que la destrucción de la economía de escala, densidad y alcance derivada de la nueva regulación perjudica a usuarios y consumidores y reduce competitividad; h) la sentencia ha omitido toda vinculación entre la libertad de prensa e internet; en tal sentido afirma que las redes de Cablevisión S.A. y el servicio de internet que se brinda bajo la marca Fibertel comparten las mismas redes y no pueden escindirse, con lo cual el resultado es una restricción ilegítima a la información "*on line*"; i) es inconstitucional el artículo 41 de la ley 26.522 al tornar "intransferibles" las licencias de manera retroactiva, obligando a trabajar "a pérdida"; en tal sentido, afirma que la impugnación deducida tiene un alcance mucho mayor que lo exclusivamente atinente a la desinversión contenida en el art. 161 de la LSCA; j) el articulo 161 debe ser relacionado con la desinversión y no con la medida cautelar; en tal sentido, la parte actora reclama la ponderación de los informes periciales, que han fijado un tiempo necesario para la recuperación de las inversiones efectuadas por los titulares de los

medios bajo la confianza del sistema vigente; k) es equivocada la conclusión del magistrado que descarta la pretensión de daños por prematura, toda vez que se ha probado en el expediente que las restricciones excesivas e innecesarias establecidas en el art. 45 de la ley 26.522 conducen a perjuicios económicos ciertos (pérdida del valor de las empresas, caída del precio de las acciones, pérdida de competitividad y de recursos para el desarrollo tecnológico); l) la sentencia omite efectuar el control de constitucionalidad respecto de los derechos de libertad de prensa y de expresión, limitándose a tratar las impugnaciones con una mirada estrecha, centrada en la libertad de comercio y en el derecho de propiedad. Recuerda en tal sentido la doctrina de Fallos 248: 291 y denuncia violación al principio de igualdad ante la ley, en virtud de la evidencia de la aplicación selectiva de las restricciones, como sanción a opiniones o a una línea editorial poco complaciente con el Gobierno.

7. He leído y reflexionado la totalidad de argumentos presentados en esta instancia por cada una de las partes litigantes, como así también las respuestas que han recibido.

Organizaré el tratamiento de los memoriales en torno a los siguientes ejes temáticos, que me permitirán dar respuesta a las impugnaciones de las partes litigantes: a) el rechazo de la defensa de falta de legitimación activa opuesta por el Estado Nacional respecto de Grupo Clarín S.A. y de Teledigital Cable S.A.; b) las facultades de los jueces en el control de constitucionalidad de una ley de la Nación; c) la naturaleza y caracteres de las "licencias" y la situación de las empresas actoras al tiempo de la promulgación de la ley 26.522; d) el control de constitucionalidad concreto y circunstanciado respecto de los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo) y 161 de la ley 26.522; e) los agravios relativos a la acción de daños y perjuicios; f) el agravio que la parte actora dirige contra el levantamiento de la medida cautelar; y g) lo atinente a las costas del juicio.

8. El Estado Nacional –mediante reproches a los que se adhiere la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual- insiste en su recurso en la falta de legitimación sustancial activa de las empresas Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. En el planteo de la excepción (fs. 494), el demandado afirmó que no revisten la calidad de titulares o autorizados ni socios o accionistas autorizados de empresas licenciatarias.

La decisión sobre la legitimación sustancial activa no puede escindirse de las concretas pretensiones deducidas y, en el caso, se promovió una acción declarativa de

USO OFICIAL

inconstitucionalidad de ciertas normas de la ley 26.522 –artículos 41, 45, 48, segundo párrafo, y 161- y de su inaplicabilidad respecto de las empresas actoras. En la ampliación de demanda de fs. 125/126, la parte actora reclamó resarcimiento de daños y perjuicios que, sostuvo, le causó y le causa la vigencia de los artículos impugnados. Como se advierte, ni la titularidad concreta de las licencias ni la existencia de un daño consumado, son presupuestos fácticos que condicionan la resolución de esta cuestión, pues la posición subjetiva de las dos coactoras –frente a las cuales se opuso la excepción- las hace titulares de derechos sustanciales que se dirimen en este litigio y destinatarios de efectos del proceso (conf. Fenochietto Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 2, Editorial Astrea, 1999, p.368). En este sentido, los argumentos que reitera el Estado Nacional no son pertinentes para refutar la conclusión del señor juez de primera instancia, que propiciaré confirmar sobre el punto.

Respecto de Grupo Clarín S.A. bastará señalar dos hechos –que selecciono entre otros- que se han probado en esta causa y que revelan que es titular del 92,2% del paquete accionario (fs. 603, punto 14, inciso 'c', del Dictamen n° 637/07 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) de Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. –ARTEAR, titular de LS85 TV Canal 13 (fs. 1845vta. y fs. 1859)- y tiene, entre muchas otras tenencias accionarias, el 94,7% de tenencias directas y 3,4% de tenencias indirectas de Radio Mitre S.A. (fs. 1773), que opera las licencias de radiodifusión sonora que el experto detalló a fs. 1848vta. La información consta, asimismo, en el detalle de antecedentes fácticos contenidos en el Dictamen n° 637/07, citado.

Al respecto, destaco que los artículos 41 y 45 –directamente impugnados- comprenden en su regulación no sólo a titulares directos de licencias sino, tratándose de personas de existencia ideal, a titulares de acciones o cuota partes de sociedades titulares de licencias y que el artículo 161 involucra el control de la composición societaria de las personas jurídicas titulares de licencias, todo lo cual se vincula con las condiciones de admisibilidad para devenir licenciatario o "socios de personas de existencia ideal titulares de servicios de comunicación audiovisual" (artículo 25, ley 26.522).

Con relación a Teledigital Cable S.A., la impugnación se basa en que "presuntamente" titularizaba licencias cuya transferencia a Cablevisión S.A. fue rechazada por la Resolución 577/COMFER/09 del 3/9/2009.

En los considerandos de tal resolución se informa que por expediente 1053/COMFER/06, Teledigital Cable S.A. tramitó el pedido de autorización para la operación de absorción de diversas sociedades licenciatarias de servicios

SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

complementarios de radiodifusión. Las sociedades involucradas habían celebrado un Acuerdo Definitivo de Fusión que había sido inscripto ante la Inspección General de Justicia-Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires el 16 de agosto de 2006 (fs.1 del expediente 1053/COMFER/06). Ello significa que, desde el punto de vista societario (art. 82, segundo párrafo, ley 19.550), se había producido la transferencia de derechos patrimoniales a la sociedad incorporante (ver dictamen a fs. 338 del expediente administrativo citado). La fusión es una sucesión a título universal (conf. Nissen Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, tomo 2, Editorial Abaco, p. 136) y una vez inscripta es oponible a terceros. Para el accionista o titular de una cuota parte de un capital social, esa inversión es un derecho patrimonial que comporta a su vez derecho de voto y, eventualmente, de dirección de la voluntad social, todo lo cual justifica un interés legítimo en defender la composición del patrimonio de la sociedad.

Ahora bien, en el régimen de la ley 22.285, vigente al 31 de agosto del año 2006, la obligación consistía en someter la autorización para la operación de transferencia de la titularidad de las licencias dentro del término de ciento ochenta días de materializada la operación societaria (artículo 85, inciso i, ley 22.285; regla incorporada por el decreto 1005/99). La sanción grave del art. 85 estaba reservada a la conducta de *no someter el pedido de autorización* a la autoridad competente en el plazo dado. Se trataba sin duda de un régimen imperfecto, que favorecía largos períodos de tramitación administrativa sin lograr un pronunciamiento de la autoridad de aplicación sobre la aprobación de la transferencia de las licencias.

USO OFICIAL

En la documentación incorporada al expediente 1053/COMFER/06 (caja G-79 A), no consta la finalización del trámite administrativo, que aparece vinculado a otras operaciones anteriores y posteriores, como la autorización solicitada por Cablevisión S.A. por expediente 2005/COMFER/08. En este último, en septiembre de 2009 se dictó la Resolución COMFER 577/09 por la que se denegó la aprobación requerida por Cablevisión S.A. como sociedad absorbente. Esa decisión no estaba firme al tiempo de la promulgación de la ley 26.522 pues fue impugnada judicialmente, pero, lo que interesa en el punto que se discute, es que la negativa a autorizar la fusión por absorción de Cablevisión S.A. dejó en cabeza de la empresa absorbida las licencias sobre las que tenía derechos al tiempo de la operación societaria. Esta conclusión es coherente con el artículo 7° de la Resolución 1488/06 COMFER del 28/8/2006 relativa a quiénes son responsables de la prestación de servicios ante la Autoridad de Aplicación hasta tanto no se expidan las autorizaciones de los artículos 46, inciso f) y 85 inciso 'i', de la ley 22.285. Los derechos de la coactora resultan de manera indirecta de las tenencias accionarias respecto de empresas que prestaban servicios de

comunicación audiovisual, tal como aparece reseñado en el punto 39 del Dictamen n° 637/07 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (fs. 608). Lo expuesto justifica la legitimación sustancial activa de Teledigital Cable S.A. respecto de las pretensiones deducidas en este expediente.

En suma: los agravios que la parte demandada ha reiterado en esta instancia, no forman convicción suficiente para revocar la decisión del juez sobre la legitimación activa de Grupo Clarín S.A. y de Teledigital Cable S.A.

9. Me parece oportuno recordar que la facultad de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes se sustenta en el artículo 28 de la Constitución Nacional que establece: "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio". Ello comporta que, como consecuencia de la separación o distribución de los poderes que es principio fundamental de nuestra estructura política e institucional, corresponde a los tribunales de justicia y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como máximo tribunal federal e intérprete último de la Constitución, la esencial misión de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos estatales, cuando se insta la jurisdicción en protección de los derechos constitucionales individuales de los justiciables o en conflictos que revisten un interés colectivo y no meramente individual (conf. Saggese Roberto M.A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 110).

Desde su origen, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera contundente la existencia de la facultad del control de constitucionalidad de las leyes como competencia de todos los jueces (doctrina de Fallos 10: 427; Fallos 32: 1887). Como señala el señor Fiscal General ante esta Cámara, en Fallos 14: 425, la Corte destacó que sólo una razón puede obstar a la aplicación de una ley y ella es que sea contraria a los preceptos de la Ley Fundamental o a los principios que le sirven de base.

Tal atribución del Poder Judicial es una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (Fallos 33: 162). Deriva del principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (artículo 31). La Corte Suprema de Justicia afirmó que el control de constitucionalidad es una de las funciones fundamentales y más delicadas que corresponde ejercer al Poder Judicial (doctrina de Fallos 316: 188; 318: 1154; 320: 2851; 321: 3620).

SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

Desde antiguo la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la doctrina de que los derechos constitucionales no son absolutos y que toda reglamentación legislativa debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y procurando los fines que se pretende alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (doctrina de Fallos 136: 161; 199: 483; 201: 71; 297: 201, entre otros).

Ciertamente, la pretensión de inconstitucionalidad de una ley no puede fundarse en apreciaciones de acierto, mérito o conveniencia de las soluciones legislativas (antigua doctrina de la Corte Suprema, reiterada en Fallos 327: 5614; 328: 1416; 329: 385 y 329: 5567, dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte; y recientemente en A.910 XLVI del 4/12/2012). Por el contrario, la gravedad institucional de la petición requiere que la relación de la norma con la cláusula constitucional sea absolutamente incompatible (doctrina de Fallos 14: 425; Fallos 315: 1190) y que haya entre ellas "evidente oposición" para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 318: 1256).

USO OFICIAL

Uno de los criterios para examinar la irracionalidad evidente, es la falta de proporcionalidad entre los fines de la norma legal y los medios implementados para su satisfacción. La Corte Suprema de Justicia ha afirmado que aun supuesta la legitimidad de los fines de la ley, la misma se torna arbitraria cuando los medios que se adoptan para lograr esos fines no guardan adecuada proporción con ellos o con las circunstancias que la motivaron (doctrina de Fallos 299:428).

Por lo demás, desde antiguo el Alto Tribunal federal ha reconocido la necesidad de atender a las consecuencias de las decisiones judiciales (doctrina de Fallos 234: 482), pues su consideración es uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación. Tal interpretación no puede prescindir del contexto social en el que las normas se aplican y de los fines que las informan (doctrina de Fallos 267: 215; recientemente, Fallos 324: 2153 y 331: 1262).

Corresponde subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera (R.401 XLIII "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", del 27/11/2012, considerando 13°).

10. En estos autos se ha producido prueba pericial contable y prueba pericial económica, designándose peritos de oficio y consultores técnicos de ambas partes. Como experta contable designada de oficio, ha intervenido la Dra. Débora Liliana Romero, cuyo dictamen obra a fs. 1758/1777 y ha ilustrado al Tribunal sobre la estructura del Grupo Clarín. Se compone –incluyendo las licencias explotadas por las sociedades controladas- por 158 licencias de televisión por suscripción (cable), 8 licencias de radiodifusión sonora (a través de Radio Mitre S.A.), 4 licencias de radiodifusión televisiva (fs. 1770) y 9 señales de contenidos (fs. 1769). Esta información –con la diferencia de registrar ocho señales de contenidos- aparece en el punto 1.7 del dictamen del experto Lic. Alessandría, como prueba pericial económica (fs. 1847).

Todas las partes expresan agravios respecto de la naturaleza de las licencias de titularidad de la parte actora. Las demandantes afirman que no son un privilegio que otorga el Gobierno, que no debe confundirse con un permiso ni con una concesión. El Estado Nacional sostiene que una licencia es un "privilegio" para desarrollar una actividad que se encuentra sometida a una sujeción especial y que el licenciatario no cuenta con el derecho a la intangibilidad de esa situación jurídica. La AFSCA, por su parte, sostiene que la ley 26.522 contempla licencias y autorizaciones, que se refieren a un régimen unilateral de carácter no consolidado, que no genera derechos adquiridos porque es esencialmente precario. En suma: en la posición de la demandada y del tercero, la modificación de las licencias constituye un régimen sometido a las decisiones que puede adoptar el poder administrador, que no suscita el derecho al resarcimiento.

11. La ley 26.522 no contempla los "servicios de comunicación audiovisual" como un servicio público, sino como una "actividad de interés público" (artículo 2°) y distingue "autorización" o "licencia" según la naturaleza de las personas a las que se adjudica el título. Así, en el Artículo 4° (Definiciones) se refiere a la "autorización" como el título que habilita a las personas de derecho público estatal y no estatal y a las universidades nacionales e institutos universitarios nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley, y a la "licencia de radio y televisión" como el título que habilita a personas distintas a las personas de derecho público estatales y no estatales y a las universidades nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley y *cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación* (agrego el resaltado). Ello significa que, según el texto de la nueva ley, corresponde definir la naturaleza de los derechos de la parte actora según el

SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

concepto *al momento de la adjudicación de las licencias* que se ven afectadas por la nueva normativa.

En tal sentido, encuentro razonable la afirmación de la AFSCA en cuanto a que no deben asimilarse los conceptos de "concesionario" y de "licenciatario" y que, además, tampoco es aplicable el régimen del rescate. No se trata de una concesión del derecho administrativo. Ciertamente, tampoco se trata de un mero permiso precario. Tal como expresa el Dr. Medrano en su dictamen (fs. 3634), el "permiso" es caracterizado en la ley 26.522 como algo excepcional y específico, con carácter precario y del que no se deriva ningún derecho para su titular. En el caso bajo juzgamiento no están involucrados "permisos" de esta naturaleza. Conforme a la precisión del párrafo precedente, es pertinente examinar la caracterización dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia federal y en vigencia de la ley 22.285.

En la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria que no genera derechos y que meramente depende del arbitrio de la Administración. La licencia constituye una situación jurídicamente protegida, que genera derechos que gozan de protección constitucional. En el régimen de la ley 22.285 y sus modificaciones, bajo el cual todas las licencias que hoy se discuten fueron adjudicadas, se establecía como causal de extinción "razones de interés público, en cuyo caso corresponderá indemnizar al titular de una licencia conforme a derecho" (artículo 53, inciso 'h', ley 22.285).

En Fallos 322: 2750, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó 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 impongan la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público. Así, la naturaleza escasa del espectro radioeléctrico no fue considerada suficiente para excluir a una asociación mutual en un concurso público para acceder a una licencia de radio de frecuencia modulada, habida cuenta que la "Radio Comunitaria La Ranchada" funcionaba desde hacía diez años en una zona periférica de Córdoba con autorización precaria y no se advertía fundamento razonable para su exclusión de un concurso público (Fallos 326: 3142).

En un caso de revocación de la adjudicación de una licencia (para explotar una estación de radiodifusión sonora), por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que cuando el sacrificio del derecho de los particulares –por razones de interés general- es causa eficiente de un perjuicio, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su

USO OFICIAL

obrar lícito (doctrina de Fallos 301: 403; 305: 321; causa E. 187 XXXVII R.O. "El Jacaranda S.A. c/Estado Nacional", del 28/7/2005, considerando 8°).

Ello significa que es perfectamente aplicable la doctrina del Alto Tribunal según la cual el término "propiedad" utilizado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (Fallos 145: 307), de modo tal que la protección constitucional de la propiedad alcanza a los bienes que son susceptibles de valor económico apreciables en dinero o al dinero mismo y a todo derecho que tenga valor reconocido por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos (Fallos 330: 3483, voto del juez Dr. Lorenzetti, considerando 4°).

Como resulta de los fallos citados precedentemente, tal doctrina fue aplicada a las licencias referidas a servicios que utilizan el espacio electromagnético, que es reducido y necesita reglamentación estatal. Con más razón parece procedente su aplicación con relación a los otros servicios de comunicación audiovisual que fueron adjudicados por licencias y que no se sirven del espectro radioeléctrico.

Por lo expuesto, concluyo que los derechos de la parte actora no son precarios por su naturaleza y gozan de la protección constitucional que merece la propiedad, si bien pueden verse alterados por una nueva regulación dictada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En este punto –y para citar un autor invocado por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (fs. 3291vta.)- no puedo dejar de señalar que la prohibición de arbitrariedad alcanza al ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración pues la arbitrariedad es uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad (conf. Cassagne Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, p. 191/196).

12. Todos los litigantes coinciden en que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso y que, por lo tanto, debe asignarse con racionalidad.

En mi comprensión del conflicto, un punto relevante es la diferenciación de los servicios que se prestan con uso del espectro radioeléctrico, de los otros servicios cuyas tecnologías no utilizan tal espacio como son la televisión por cable o las señales de televisión por suscripción sin utilización del espectro radioeléctrico. Los primeros –por afectar recursos limitados que pertenecen a la comunidad y son patrimonio común de la humanidad- están sujetos por su naturaleza a las legislaciones nacionales así como a tratados internacionales (conf. Coalición por una Radiodifusión Democrática,

Punto 4, "21 puntos básicos por el derecho a la comunicación", citados en el debate parlamentario de la ley 26.522, www.coalición.org.ar).

Respecto de los segundos –medios de comunicación audiovisual en todas sus modalidades y regímenes, *que no utilizan el espacio radioeléctrico*-, destaco que también están incluidos en la regulación de la ley 26.522 (artículo 1° y 4°). A su respecto, y puesto que no afectan un recurso limitado que debe ser necesariamente administrado por el Estado Nacional, no es aplicable la doctrina de la justificación de los límites en razón de la naturaleza reducida del medio utilizado (Fallos 322: 2750). En este caso, las restricciones se sustentan en las políticas que subyacen en las regulaciones legislativas de defensa de la competencia y en el bien común. Estos objetivos que son definidos por el legislador deben ser necesariamente equilibrados, en un Estado democrático, con el respeto al derecho de libertad de información y de expresión. Una reglamentación restrictiva e irrazonable, que no respeta los márgenes de la libertad de expresión, es incompatible con la protección contenida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

USO OFICIAL

En efecto, los medios son el vehículo por el que se transmiten las ideas y las informaciones. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la libertad de expresión resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información o acceder a su conocimiento. En Fallos 326: 3142, el dictamen del Procurador General afirma: "Bastaría una simple restricción a la actividad de tales medios para coartar el pleno ejercicio de esa libertad (conf. Fallos 315: 1943, considerando 10°). Es por ello que las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social" (apartado V del dictamen citado).

Ello es así, pues en nuestro sistema constitucional no es posible omitir la vigencia del art. 32 de la Constitución Nacional –que tiene su fuente en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica- y, si bien ello no inhibe toda legislación, es evidente que comporta la prohibición de alterar la sustancia del derecho que se garantiza (conf. Calogero Pizzolo, *Constitución Nacional Comentada, concordada y anotada con los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los órganos de control internacional,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Primera reimpresión, 2004, p. 413).

De manera concordante, el párrafo 114 de los "Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente", publicado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –citada en las "notas" de la ley 26.522-, sostiene lo siguiente: *"El artículo*

13 de la Convención Americana ampara el derecho de todas las personas a fundar medios masivos de comunicación para ejercer, por esta vía, su libertad de expresión. El derecho a fundar y gestionar medios masivos de comunicación se encuentra así revestido de las mismas garantías reforzadas que protegen a la libertad de expresión. En este sentido, las sociedades democráticas deben procurar la existencia de una radiodifusión libre, independiente y plural, que se encuentre blindada contra interferencias arbitrarias y que cumpla con responsabilidad las obligaciones legítimas, razonables y proporcionadas, que le imponen la ley y la Constitución".

De lo anterior se infieren dos primeras conclusiones: a) que aun los títulos referidos a los servicios que utilizan el espectro radioeléctrico, respecto de los cuales se justifica mayor facultad de reglamentación, suscitan derechos constitucionalmente protegidos; y b) que existe una relación entre los medios de comunicación audiovisual y la libertad de expresión y de información (doctrina de Fallos 326: 3142), lo cual significa que el objetivo de la diversidad de los medios y de las fuentes (la propiedad de los medios) debe garantizar el "libre intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas, *de conformidad con la protección que brindan las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión*" (agrego el énfasis; considerando de la Declaración para la Promoción de la Diversidad de los Medios de Comunicación, del 12 de diciembre de 2007, .www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=719&lID=2).

13. La parte demandada argumenta, además, que la parte actora no puede invocar derechos adquiridos regularmente al amparo de la ley anterior en razón de la ilicitud de su posición, por infracción al artículo 43, inciso 'b', de la ley 22.285 respecto del régimen de multiplicidad de licencias (exceso que habría sido constatado en el expediente 2005-COMFER-08 y en la Resolución COMFER 577/09 del 3/9/2009).

De la prueba documental producida y del texto de la Resolución 577/09 del 3/9/09, surge que el exceso consiste en la superposición de licencias a nombre de Cablevisión S.A. como resultado de la operación de fusión por absorción de otras sociedades absorbidas titulares de servicios complementarios de radiodifusión (denominación que incluía a los servicios de cable en el régimen de la ley 22.285). Según la citada resolución, Cablevisión S.A. presentó un régimen de desistimiento de licencias a fin de cesar en la superposición y adecuar sus actos a la normativa vigente. El COMFER entendió que los desistimientos eran sólo "nominales" y que no podían

considerarse válidos a los fines de subsanar la infracción a los artículos 43, inciso 'b', y 44 de la ley 22.285. Consecuentemente, denegó la aprobación de la operación en virtud de la cual Cablevisión S.A. absorbería a las empresas Multicanal S.A., Delta Cable S.A., Teledigital Cable S.A., Pampa TV S.A. y Televisora del Plata S.A. Por el artículo 2° de la Resolución 577/09, el COMFER ordenó la presentación de un informe sobre la nómina de licencias por las que Cablevisión S.A. optaría como titular y la presentación de un plan de adecuación en un plazo de sesenta (60) días con el objeto de no continuar infringiendo el régimen de multiplicidad de licencias establecido en la ley 22.285.

Un mes más tarde del dictado de tal acto administrativo, el Congreso de la Nación aprobó la ley 26.522. En lo que interesa en esta causa –que es ajena a toda revisión judicial de la Resolución 577/09 COMFER-, esas actuaciones administrativas revelan que no están en juego todas las licencias de la parte actora involucradas en este litigio, sino que la irregularidad afectaría *el exceso respecto de los límites a la multiplicidad de licencias en los términos de la ley 22.285 y sus reglamentaciones y sólo en relación a algunas de las empresas actoras.*

De acuerdo a las constancias agregadas a la causa, la explotación de tales licencias se habría llevado a cabo al amparo de la operación de concentración notificada a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los términos del artículo 13, inciso 'a', de la ley 25.156, la cual dio lugar a la autorización decidida por la Resolución 257/07 SCI del 7/12/07. Asimismo, consta en autos que, posteriormente, se dictaron la Resolución 1101 SCI del 23/12/09 y la Resolución 113/2010 del señor Ministro de Economía del 3/3/2010 (fs. 2250), por las cuales se declaró el "cese de efectos" de esa autorización. Tales actos administrativos no están firmes al tiempo de esta sentencia, habida cuenta que fueron impugnados judicialmente y no se ha llegado a la decisión definitiva del litigio.

El conjunto de esas circunstancias fácticas y jurídicas –que se han ventilado o se ventilan en otros procesos judiciales que se hallan aún pendientes de decisión definitiva- no transforma la naturaleza de los derechos patrimoniales de la parte actora respecto de las restantes licencias de variados servicios que se discuten en el caso bajo juzgamiento.

14. La parte demandante sustenta la impugnación constitucional del art. 41 de la ley 26.522 en la desnaturalización del derecho del titular sobre las licencias que explota, sin ceñirse al supuesto de las transferencias que serían habilitadas en el marco de los planes de desinversión contemplados en el art. 161 de la ley. En opinión de este

USO OFICIAL

litigante, el legislador ha transformado retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles, soslayando que si un bien queda fuera del comercio pierde su valor, con el consiguiente perjuicio patrimonial para su titular.

El sistema original de la ley fue la intransferibilidad de las licencias (art. 45 de la ley 22.285, texto original). La regla se completaba con las exigencias y condiciones para ser adjudicatarios, tanto respecto de una persona humana como de personas de existencia ideal, en especial el art. 46, inciso 'f', en su redacción original. El régimen fue modificado por el decreto 1005/99 "Modificaciones de la ley N° 22.285 a los efectos de posibilitar su adecuación a las transformaciones operadas en los campos económicos, social y tecnológico". El sistema de la transferencia de las licencias fue alterado radicalmente, según una diferente política legislativa, con muy breve explicación en los considerandos: "Que resulta oportuno suprimir el concepto de intransferibilidad de las licencias, atento que la realidad del mercado no puede ser soslayada, condicionando su procedencia a la conformidad de la autoridad que corresponda, según el servicio de que se trate". Este propósito se concretó mediante la supresión del artículo 45, el mantenimiento de la autorización del COMFER o del Poder Ejecutivo Nacional para la transferencia o cesión de partes, cuotas o acciones – en el caso de adjudicación a sociedades, artículo 46, inciso 'f'-, y una nueva redacción del artículo 85, referido a caducidad de licencias. En la redacción previa a la promulgación de la ley 26.522, el texto decía: *"Artículo 85. Son causales de caducidad de licencia: ....i) la transferencia de la titularidad de la licencia del servicio de que se trate, en tanto no sea sometida a la autorización del Poder Ejecutivo Nacional o el Comité Federal de Radiodifusión, según corresponda, en el término de ciento ochenta (180) días de materializada".*

Este sistema presentó en la práctica serias deficiencias –tal como resulta del informe de la Sindicatura General de la Nación (fs. 2001 y ss)- lo cual motivó la siguiente recomendación de la SIGEN en el expediente que dio lugar a esa auditoría, que es ajeno al grupo actor: "Resultará ineludible el dictado de una norma aclaratoria que confiera carácter previo a la autorización del COMFER para la transferencia de licencias, reglamentando un plazo perentorio para el pronunciamiento de este Órgano y sujeto a un procedimiento eficiente y dotado de celeridad y control necesarios para obtener certeza respecto a los titulares de licencias y sus socios" (fs. 2020; SIGEN – Comité Federal de Radiodifusión. Autorización de transferencias de paquetes accionarios. Informe de avance al 15/6/2001).

Si bien dicho informe fue emitido en la investigación de otro grupo de medios ajeno a la parte actora, sus conclusiones respecto de los riesgos de informaciones y

resoluciones tardías de los pedidos de autorización, y a la debilidad del marco jurídico como resultado de esas prácticas (fs. 2029), son enteramente pertinentes pues reflejan incertezas y posibles abusos en las transferencias y fusiones, sin oportuno control por parte del COMFER.

El artículo 41 de la ley 26.522 impugnado por la parte actora establece: "*Transferencia de las 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%) del capital suscripto o por suscribirse y que represente 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 transferencias 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*".

USO OFICIAL

Este artículo procura prevenir mediante el sistema de la "previa autorización" mediante acto fundado, los excesos que se pusieron en evidencia en la práctica del régimen instaurado en 1999. En tal sentido, los medios implementados son conformes con la finalidad perseguida por la regla, esto es: evitar incumplimientos y fraudes (conf. argumentos del Estado Nacional a fs. 3599) mediante sucesivas operaciones de transferencias y fusiones que impedían controlar al titular y responsable de la licencia en un momento dado. Además, debe considerarse que la posibilidad de transferir –previa autorización- una importante proporción del capital social, hace que el agravio relativo a la lesión indebida del derecho a la libertad de comercio no revista entidad suficiente. Puesto que se exige la motivación del acto administrativo que resuelva conceder o negar la aprobación, ello garantiza la tutela jurisdiccional posterior y descarta el riesgo de violación de derechos por negativas arbitrarias o discriminatorias.

En suma: estimo que el precepto contenido en el artículo 41 de la ley 26.522 no es absolutamente incompatible con los derechos fundamentales de propiedad y de libertad de comercio que se hallan en juego, lo cual conduce a descartar la impugnación de base constitucional.

15. La parte actora dedica varios agravios a la impugnación constitucional del art. 45 de la ley 26.522, que establece un nuevo régimen de restricciones a la multiplicidad de las licencias. En particular, los reproches cuestionan la prescindencia total de los dictámenes periciales; el desconocimiento de la realidad de la industria de los medios, que necesita –sostiene el litigante- una economía de escala y densidad para competir en un mundo que avanza hacia un proceso de convergencia tecnológica; la arbitrariedad de confundir mercados que no compiten entre sí, como la televisión abierta gratuita y la televisión por suscripción paga; la irracional limitación de señales de televisión cerrada que no ocupan el espectro radioeléctrico y la innecesaria restricción de las licencias de televisión por cable, con criterios rígidos y arbitrarios, que no favorecen la competencia y crean el campo propicio para maniobras de colusión. La parte actora afirma que la aplicación del art. 45 de la ley 26.522 conlleva la obligación de trabajar a pérdida, sin posibilidad de sustentabilidad a largo plazo del grupo empresario demandante. Y ello configuraría la sanción a una línea editorial independiente del Gobierno, incurriendo en grave daño al derecho constitucional de la libertad de expresión e información. El resultado –en la posición de la actora- sería menos pluralismo, menos competencia y gran perjuicio para el consumidor, quien retrocedería en el uso de avances tecnológicos, con grave menoscabo a la posibilidad de acceder a contenidos plurales y riesgo de eliminar el debate independiente de ideas y opiniones.

Destaco que la actora no dirige impugnación específica al inciso 'a' del apartado 1 del artículo 45, que se refiere a una licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital, puesto que no es titular de una licencia de tal naturaleza.

16. En lo pertinente, la ley 26.522 establece: "*Artículo 45. Multiplicidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias. En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites: 1. En el orden nacional: a).....b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones*

emergentes- de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias. La multiplicidad de licencias –a nivel nacional y para todos los servicios- en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda. 2. En el orden local: a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM); b) una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio; c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta; d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción. En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias. 3. Señales: La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas: a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales; b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia. Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona".

El debate parlamentario de la ley 26.522 revela que existió consenso entre los legisladores respecto de poner límites a la concentración de los medios de comunicación audiovisual, fomentando la competencia, con fines de "abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación" (artículo 1° de la ley 26.522). Es evidente, pues, un cambio en la política legislativa respecto de la ley 22.285 y las modificaciones posteriores, especialmente la plasmada por el decreto 1005/99. En la "nota" a los artículos 2° y 3° de la ley 26.522 se expresa, entre otros conceptos: *"Los objetivos de la ley están alineados con los textos internacionales de derechos humanos, en particular los que se exponen vinculados a la libertad de expresión: Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, artículo 13.1), Convención UNESCO de Diversidad Cultural, Constitución Nacional. Artículo 14, 32, 75, inciso 19 y 22.*

USO OFICIAL

Principio 12 y 13 de la Declaración de Principios de Octubre de 2000 (CIDH), artículo 13.3 inciso 3 de la CADH. Se agregan aspectos relacionados con expresiones de la Cumbre de la Sociedad de la Información en orden a la eliminación de la llamada brecha digital entre ricos y pobres".

Ahora bien: el control de constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522 no puede prescindir del contexto general y de los fines que informan las disposiciones cuestionadas, que deben ser interpretadas en la racionalidad de los términos y en la voluntad del legislador que subyace en ellos. El juicio sobre la compatibilidad constitucional de una norma concreta no debe soslayar la ponderación de todos los derechos fundamentales comprometidos, y no solamente uno o alguno de ellos. En tal sentido, y en lo que atañe al art. 45 de la LSCA, no sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad sino el derecho a la libertad de expresión e información en su doble faceta: no solamente como derecho inalienable de toda persona sino como derecho indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

Habida cuenta que se ha invocado el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su sentencia del 22 de mayo de 2012 (conf. dictamen del señor Fiscal General ante la Cámara, fs. 3638vta.), corresponde precisar que el Alto Tribunal afirmó que la parte actora no había aportado ningún elemento probatorio que relacionare directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Agregó: "Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar" (considerando 10° de la sentencia del 22/5/2012 *in re* G.589 XLVII RHe).

En la actualidad, corresponde el juzgamiento de la sustancia del conflicto, sin las limitaciones propias del marco cautelar y en relación a la totalidad de las normas impugnadas como incompatibles con los derechos constitucionales y no solamente en relación al artículo 161 de la ley 26.522. En tales condiciones, el control de constitucionalidad no puede prescindir del artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece: "*No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*".

En cuanto a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin duda debe ponderarse el Principio 12, que expresa la necesidad de control de los monopolios y oligopolios en

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

los medios de comunicación social, pero también debe efectuarse una apreciación conjunta y coordinada del Principio 1, que destaca el derecho inalienable a la libertad de expresión como indispensable para la existencia de una sociedad democrática, y del Principio 13, que sostiene lo siguiente: *"La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión; entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión".*

Teniendo presente esos derechos y principios, examinaré la prueba producida.

USO OFICIAL

17. Me parece oportuno recordar que, si bien las opiniones de los peritos no resultan vinculantes para el juzgador (arts. 386 y 477 del Código Procesal), corresponde asignar a tal medio probatorio significativa importancia cuando la materia sometida a peritación excede los conocimientos propios de los jueces. Asimismo, es línea jurisprudencial firme la que sostiene que el apartamiento de las conclusiones de los expertos requiere expresión de fundamentos sobre la base de elementos objetivos y razones serias que justifiquen prescindir de sus datos (conf. Palacio L., *Derecho procesal civil*, 4ta. Reimpresión, tomo IV, p. 720; doctrina de la Corte Suprema de Justicia: Fallos 312: 592; 321: 2118; esta Sala 1, causa 16.710/03 del 27/4/2010; causa 5037/01 del 11/8/2011). Por lo demás, aun cuando la tarea de los consultores técnicos puede tener valor para el esclarecimiento de los hechos y contribuir con ello a la labor judicial, su función se asimila a la de un "patrocinante técnico" de la parte que lo ha propuesto y ello debilita la garantía de imparcialidad (esta Cámara, Sala I, causas 2633/96 del 10/9/96 y sus citas; causa 625/92 del 9/3/06; Sala II, causa 3980/94 del 3/11/98; Sala III, causa 14854/94 del 9/6/95; conf. Carnelutti F., *Instituciones del proceso civil,* Buenos Aires, 1973, n° 109 y n° 111; Palacio L., *Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial,* 3° edición, tomo X, p.159, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993).

Ahora bien: en los términos del artículo 477 del Código Procesal, prescindiré de las manifestaciones del perito único de oficio Lic. Alessandría respecto de las tendencias de la industria de medios en general y de lo que califica como necesaria

evolución hacia estructuras de convergencias tecnológicas a escala nacional, regional o global (fs. 1842), como así también de consideraciones genéricas sobre el derecho de la competencia de otros mercados cuya realidad se desconoce en este expediente. Destaco que el legislador argentino no ha puesto el acento en la convergencia tecnológica entre las telecomunicaciones y los medios audiovisuales, sino en la obtención de objetivos que están detallados en el artículo 3° de la ley 26.522.

Adelanto que mi función es examinar si las herramientas implementadas por el legislador para concretar los objetivos que se propuso -y que consisten, en lo esencial y en relación al régimen del artículo 45 de la ley 26.522, en impedir prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios-, son compatibles con los derechos y garantías que gozan las empresas actoras de conformidad con los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y normas concordantes que preservan la libertad de expresión y de información.

18. Desde ese enfoque, las reglas contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522 que se refieren al uso del espectro radioeléctrico y que comportan el ejercicio de las facultades del Estado Nacional respecto de la gestión, asignación y control del tal espectro destinado a los servicios de radiodifusión, guardan proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador. Me refiero a las reglas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso 'a' y artículo 45, apartado 1, inciso 'b' con excepción de la frase "más la titularidad del registro de una señal de contenidos" (punto que será tratado al examinar el apartado 3 del artículo 45). Este juicio de compatibilidad constitucional también comprende a las reglas del apartado 2 del artículo 45, incisos 'a' y 'b'.

Creo ello así, pues en el ámbito que se analiza, cobra fuerza el principio según el cual nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad del derecho objetivo (doctrina de Fallos 310: 2845; 329: 976), y no es lícito paralizar el ejercicio del poder normativo del Estado con fundamento en el marco jurídico preexistente, sin perjuicio de las consecuencias económicas que pudieran derivarse de tales facultades legítimas.

El espectro radioeléctrico está tratado en el artículo 7 de la ley 26.522 y en otras normas concordantes, como el artículo 21, que se refiere a la intervención de diversos actores en la prestación de los servicios (medios comunitarios, universidades, pueblos originarios), y el artículo 89, que establece la obligación de la Administración de efectuar "reservas" en las frecuencias del espectro radioeléctrico, a fin de cumplir los fines del legislador de dar protagonismo a otros operadores de servicios como

SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

entidades sin fines de lucro. Como ejemplo, transcribo el inciso 'd' del artículo 89 que se refiere a la siguiente "reserva": "*En cada localización donde esté la sede central de una universidad nacional, una (1) frecuencia de televisión abierta, y una (1) frecuencia para emisoras de radiodifusión sonora. La autoridad de aplicación podrá autorizar mediante resolución fundada la operación de frecuencias adicionales para fines educativos, científicos, culturales o de investigación que soliciten las universidades nacionales;...* ".

Habida cuenta que se trata de un medio limitado, como reconocen todas las partes en este litigio, la satisfacción de los fines que se propuso el legislador –ver nota al artículo 7° de la ley- exige tener disponibilidad de frecuencias radioeléctricas a fin de asignarlas de acuerdo a los nuevos criterios establecidos por el legislador, a fin de asegurar la oportunidad de participación de los tres tipos de prestadores que aparecen en el artículo 21 de la ley. Ésta es una opción de política legislativa que a los jueces no les corresponde sustituir.

No obstante, en la medida en que los medios implementados para satisfacer esos fines definidos por el legislador comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias *-que utilizan el espectro radioeléctrico-*, la compatibilidad constitucional de la aplicación de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas y explotadas conforme al régimen anterior, supone el resarcimiento de los daños "causados por la actividad lícita del Estado por razones de interés general". Ello responde a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa E.187 XXXVII R.O. "El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional s/juicio de conocimiento", fallada el 28/7/2005, considerandos 8° y 9°.

19. La impugnación constitucional que la actora formuló contra el artículo 45, comprende asimismo el apartado 1, inciso 'c' (en cuanto limita a veinticuatro licencias el número admitido en caso de explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones); el último párrafo del apartado 1 (en cuando fija un tope máximo según el cual la prestación no puede superar el treinta y cinco por ciento del total nacional de habitantes o de abonados según corresponda); el apartado 2, en los incisos 'c' y 'd' y párrafo final (según los cuales no puede coexistir en el orden local la titularidad de una licencia de radiodifusión televisiva por suscripción con una licencia de radiodifusión televisiva abierta); y el apartado 3 ("señales"), que limita la titularidad de los registros de señales.

USO OFICIAL

El perito experto en economía ha ilustrado al juzgador sobre las siguientes circunstancias, que son pertinentes para el punto en discusión: la televisión abierta es más costosa para producir y se ha convertido en una actividad de baja rentabilidad (fs. 1845); la posibilidad para quien explota televisión abierta, de producir señales y de distribuirlas por cable, es una articulación horizontal inherente al negocio, que lo hace sustentable (fs. 1845vta.); no hay justificativo razonable en las limitaciones a las señales de contenidos, puesto que no usan espacio radioeléctrico escaso (fs. 1850); la limitación numérica a valores absolutos de las licencias de TV por cable no se justifica por el uso de un "medio limitado" y tampoco económicamente, pues incrementa los costos medios y, en el caso concreto del Grupo Clarín, conduce a pérdida de eficiencia y subutilización de la red de fibra óptica que ha sido tendida sobre la base de las autorizaciones que precedieron a la sanción de la ley (fs. 1849); la limitación de licencias contenida en el art. 45 coloca a Cablevisión S.A. en desventaja competitiva respecto de la televisión satelital, porque sólo Direct TV cuenta con licencia satelital de alcance nacional; no existe ninguna razón económica ni de defensa de la competencia por la cual un prestador de televisión abierta no pueda ser titular de una licencia por cable en la misma zona (fs. 1851); la limitación a la cantidad de señales afecta doblemente al Grupo Clarín: por ser titular de licencias de TV abierta, debería limitar sus señales a una (1); por ser titular de licencias de TV por cable, sólo podrá ser titular de una (1) señal de generación propia; estas limitaciones restringirían la competencia en el mercado de señales, en beneficio de grandes grupos internacionales productores de contenidos (como CNN, Sony, Walt Disney, etc.; conf. fs. 1852); la reducción de la audiencia implica menos participación del mercado publicitario, menor generación de fondos y reducción fuerte de los servicios a prestar, afectando la sustentabilidad del Grupo Clarín (fs. 1852/53/54).

Ante esta información técnica, entiendo que las normas examinadas en este considerando importan, en conjunto, una restricción innecesaria e irrazonable, puesto que no son proporcionadas ni idóneas a los fines queridos por el legislador (doctrina de Fallos 200: 450 y muchos otros). Como resultado del conjunto de limitaciones, la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Las reglas impugnadas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos. El Grupo Clarín está comprendido entre los prestadores contemplados en el artículo 21, inciso 'b', de la ley 26.522 y, en tal carácter, tiene derecho a la generación, comunicación y distribución de ideas e informaciones, que también integran la "diversidad y pluralidad de voces" imprescindible en una sociedad democrática.

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

Destaco que el concepto de "pluralidad" respecto de los medios de comunicación social es altamente complejo, pues no solamente comprende la diversificación de los propietarios de los medios, sino también la variedad de opiniones independientes que se generan y se comunican con libertad y sin la indebida influencia de centros de poder dominante, ya sea gubernamental o privado ("*Report of the High Level Group on Media Freedom and Pluralism. A free and pluralistic media to sustain European democracy*", European initiative for Media Pluralism, www.mediainitiative.eu).

La sustentabilidad financiera de una empresa guarda correspondencia con el grado de independencia y de eficacia en su función de expresar, comunicar e informar ideas y opiniones. Cuando una empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos, puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando se conjuga la reducción de la audiencia, la disminución de la publicidad privada y la falta de avisos oficiales, ello conduce a inseguridad económica que afecta a la actividad periodística. Ello es así pues la empresa debe optar por mantener su integridad en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno. Esta conclusión, sentada en los votos de los doctores Fayt, Petracchi y Bossert en Fallos 320: 1191, fue reiterada en la disidencia de los Ministros Carmen Argibay y Enrique Petracchi en Fallos 330: 3908, considerando 5°, y es perfectamente aplicable a la especie.

USO OFICIAL

Respecto de la cuota máxima del mercado –el 35% del total nacional de habitantes o abonados a los servicios referidos en el artículo 45 de la ley 26.522-, el experto informó de un caso fallado por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, que juzgó una restricción similar del derecho norteamericano como "caprichosa y arbitraria" y contraria a la Primera Enmienda, puntualizando que tenía un impacto negativo sobre otros actores del mercado y que disminuía la competencia frente a las empresas telefónicas que prestaban el servicio de fibra óptica (Caso n° 08-1114, "COMCAST Corporation v. Federal Communications Commission and United States of America", United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, 28/8/2009).

En cuanto a las restricciones sobre "señales" (artículo 45, apartado 3, ley 26.522), cuya generación y circulación no necesita del espacio radioeléctrico, repercuten negativamente en la competencia y conducen a menos creatividad y a mayor dependencia de contenidos de producción extranjera.

El Estado Nacional ha manifestado en el expediente que el acento del legislador fue puesto en elaborar una ley antimonopólica y no tanto en el tema de la libertad de expresión (fs. 3314vta.). Ello constituye un desequilibrio que perjudica desproporcionadamente los derechos de un medio independiente y conduce a la inconstitucionalidad de las normas que se examinan. El vicio es el exceso en la regulación restrictiva que cambia las reglas de juego retroactivamente, provocando con ello un perjuicio que no puede compensarse con resarcimiento, puesto que es daño a la libertad de expresión, que es una de las libertades que poseen mayor entidad en la vida de la comunidad puesto que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal (doctrina de Fallos 248: 291). "Es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático" (Fallos 330: 3908).

Las restricciones contenidas en el art. 45 de la ley 26.522, *en cuanto a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico*, son innecesarias pues no perturban el uso y las reservas de frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o de publicidad oficial. No son proporcionadas –pues existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia- y tampoco son idóneas para los objetivos de lograr mayor pluralidad de voces para el debate democrático. Ello es así, pues destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de internet –donde compite con los grandes grupos de las telecomunicaciones-, es una forma de restringir por vía indirecta la libertad de expresión y de información, en violación de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y del art. 13, incisos 1 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20. La norma contenida en el artículo 165 de la ley 26.522 en el sentido de que las "disposiciones de esta ley se declaran de orden público", no incide en mis conclusiones pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre" (Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párr.69; citado en Fallos 330: 3908, considerando 10°).

En consecuencia, propiciaré la declaración de inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso 'c' y párrafo final; apartado 2, incisos 'c' y 'd' y párrafo final; y

apartado 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el apartado 1, inciso 'b', del artículo 45, ley 26.522.

21. La parte actora impugna por inconstitucional el segundo párrafo del artículo 48 de la ley 26.522, que establece: *"El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro"*.

El rango y alcance del título que habilita a una persona, cualquiera fuese su naturaleza, a prestar servicios de comunicación audiovisual mediante autorización o licencia, se define al momento de su adjudicación, disposición que también goza del carácter de orden público (artículos 4° y 165 de la ley 26.522). Respecto de las licencias ya adjudicadas, la aplicación retroactiva del segundo párrafo del art. 48 transcripto comporta una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial surgido de la licencia, puesto que equivale en sus efectos al establecimiento con carácter general de una regla que restringe y perjudica la acción de quien estima que sus derechos han sido sustancialmente vulnerados. Este límite no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad (Fallos 330: 3483, considerando 4°, voto del Dr. Lorenzetti) sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva, que goza de garantía constitucional (doctrina del artículo 18 de la Constitución Nacional; arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctrina de Fallos 327: 4185).

Estos argumentos conducen a la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 48 de la ley 26.522.

22. El artículo 161 de la ley 26.522 establece: *"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 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*

USO OFICIAL

artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41".

Lo expuesto en los considerandos precedentes tiene consecuencias relevantes respecto de la aplicación de este precepto. En efecto, en la solución que propicio, las empresas actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el artículo 45, en la medida en que los preceptos han superado el control de constitucionalidad (es decir, al art. 45, apartado 1, inciso 'a' e inciso 'b' – salvo en cuanto a la limitación referida a señales de contenido-; apartado 2, inciso 'a' e inciso 'b').

Si esta solución deviene la sentencia definitiva de la causa, las empresas actoras deberán presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de desinversión en los términos que resultan de este pronunciamiento. El carácter limitado de esta obligación y el tiempo transcurrido, permite concluir que, en las actuales circunstancias, el artículo 161 de la ley 26.522 no impresiona como irrazonable ni arbitrario y tampoco conculca de manera significativa los derechos fundamentales de las demandantes. Rechazo, pues, la impugnación constitucional que la parte actora ha dirigido contra este precepto.

23. La declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no habilita a los jueces a sustituir en su función a los otros poderes del Estado (doctrina de Fallos 256: 386; 328: 690, voto de los jueces Dra. Highton de Nolasco y Dr. Maqueda). En consecuencia, no corresponde al tribunal proponer otros límites al régimen de multiplicidad de licencias, reemplazando al legislador en las funciones de política legislativa que le son propias. Por ello, esta sentencia se ciñe a declarar cuáles son las reglas objeto de este litigio que son absolutamente incompatibles con los derechos constitucionales de la parte actora –materia examinada en los considerandos 19, 20 y 21 precedentes-, y que, por tanto, no le son aplicables por no haber superado el control de constitucionalidad y convencionalidad.

La parte demandada ha invocado haber cumplido su función de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto da mandato a las autoridades para proveer a la protección de los derechos de los consumidores, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, habiendo los legisladores satisfecho lo establecido en el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, en cuanto cláusula complementaria del progreso general del país.

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

Como he expresado anteriormente, en la concreción de tales mandatos y en la procura de los objetivos de la ley 26.522, el legislador ha excedido su poder desvirtuando el necesario equilibrio entre derechos fundamentales, máxime que se hallaba en juego un derecho eminente para la vida de una democracia como es la libertad de información y de expresión. Un objetivo de gobierno, por más loable que sea, no justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional y en los Pactos internacionales de derechos humanos (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que "...es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los artículos 1° y 28° de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posible sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones..." (Fallos 333: 935, considerando 15°).

Por lo demás nada de lo decidido en esta sentencia significa que las empresas actoras queden al margen de la aplicación de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, ni de la obligación de desinversión que sea establecida por decisión administrativa firme o por sentencia judicial definitiva, con sustento en las infracciones al sistema de "multiplicidad de licencias" contenido en el régimen anterior -al que indudablemente estaban sometidas-, es decir, a la ley 22.285 y sus modificatorias.

24. La parte demandada reclama en sus agravios que este Tribunal rechace de manera explícita el reclamo de daños y perjuicios presentados por la parte actora. Un reproche similar es desarrollado en el memorial de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Por su parte, la actora impugna la sentencia en cuanto ha estimado prematura la pretensión de resarcimiento por daños.

En mi comprensión del conflicto, la compatibilidad constitucional que he admitido en el considerando 18 de este voto respecto de las limitaciones de las licencias que usan el espectro radioeléctrico, supone el resarcimiento del daño que resulte de la consiguiente desinversión. Sin embargo, en este expediente no se dan las

USO OFICIAL

condiciones para examinar en concreto los presupuestos de toda responsabilidad, pues no se conocen las circunstancias fácticas que conformarán la relación de causalidad y el daño resarcible. Ello implica que el damnificado deberá formular en el futuro el reclamo al que se crea con derecho, con sustento en la prueba pertinente que no ha sido producida en este expediente y que es imposible de cuantificar actualmente, por desconocimiento de las opciones empresariales y de sus correlativas consecuencias económicas.

Respecto de las normas que han sido declaradas inconstitucionales –considerandos 19, 20 y 21 precedentes-, la vigencia de la medida cautelar (dictada en el expediente 8836/09) ha impedido la producción del daño y, en consecuencia, no es procedente ninguna pretensión de resarcimiento a favor de las empresas demandantes.

25. La parte actora entiende que el punto 3 de la parte resolutiva del fallo de fs. 3204/3232 le causa agravio, pues el magistrado de primera instancia resolvió el levantamiento de la medida cautelar incurriendo en exceso en su jurisdicción. Reclama expresamente que este aspecto sea revocado por esta Sala.

Ahora bien: la resolución dictada el 6/12/2012 dispuso la prórroga de la medida cautelar -dependiente del proceso de fondo- "hasta que se dicte la sentencia definitiva de la causa". Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estimó que la cámara había dado sobre el punto una razonable interpretación a lo decidido por el Alto Tribunal en la sentencia del 22/5/2012 (considerando 14 del fallo del 27/12/2012 *in re* G.1156 XLVIII "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares").

Pocos días después del pronunciamiento de esta Sala, el señor juez de primera instancia dictó el fallo del 14 de diciembre de 2012 que corre a fs. 3204/3232, el cual, si bien resolvía el fondo del litigio, no tenía carácter de "definitivo" tal como exigía la resolución de alzada. En tales condiciones, cabe concluir que la decisión del *a-quo* de levantar la medida cautelar fue apresurada e improcedente y debe ser revocada en este pronunciamiento.

26. Finalmente, habida cuenta que esta sentencia modifica sustancialmente el fallo de primera instancia, no corresponde tratar los agravios del Estado Nacional y de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual relativos a los gastos causídicos; ello es así puesto que se han modificado las circunstancias objetivas que pudieron dar sustento a tales reproches.

En el caso bajo examen, la adaptación de las costas al resultado del litigio (artículo 279 del Código Procesal) supone ponderar los vencimientos recíprocos, puesto que las pretensiones de la parte actora han recibido acogimiento favorable pero no en su totalidad. Además, parece innegable que la materia es decididamente novedosa, dado que el impacto de los preceptos de la ley 26.522 en los derechos fundamentales de los licenciatarios, no ha sido sometido en este fuero a control de constitucionalidad y convencionalidad con anterioridad a la presente causa. En suma, comparto el juicio del magistrado de la primera instancia en el sentido de que se trata de un supuesto de significativa complejidad, sobre el cual no existe una línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia en la materia federal en juego, razón que justifica apartarse de los criterios estrictos del vencimiento objetivo, distribuyendo las costas en el orden causado en ambas instancias (artículo 71 y 68, segundo párrafo, Código Procesal).

USO OFICIAL

27. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo:

a) Confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y a Teledigital Cable S.A.;

b) Rechazar la impugnación de inconstitucionalidad deducida por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la ley 26.522;

c) Rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, apartado 1, incisos 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a una señal), y apartado 2, incisos 'a' y 'b'; declarar que esta compatibilidad constitucional supone el derecho de la parte actora al resarcimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión en los términos de los considerandos 18 y 24 precedentes;

d) Declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso 'c' y párrafo final; apartado 2, incisos 'c' y 'd' y párrafo final; y apartado 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el apartado 1, inciso 'b', del artículo 45, ley 26.522; y ordenar su inaplicabilidad a las licencias que explota la parte actora;

e) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522; y ordenar su inaplicabilidad a las licencias que explota la parte actora;

f) Rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente;

g) Revocar lo dispuesto en el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 3204/3232;

h) Distribuir las costas del litigio en el orden causado en ambas instancias (art. 68, segundo párrafo, y art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El doctor Ricardo Víctor Guarinoni dijo:

1.- Vienen los presentes autos en apelación, después de una serie de actividades destinadas a apartar a los jueces naturales de la resolución del caso, o influir sobre su resultado. Ello motivó que se otorgara a estos autos una trascendencia inusitada e injustificada, y se realizara una escalada de medidas en contra de los integrantes de esta Cámara, que fueron desde el vulgar insulto, pasando por recusaciones masivas, a denuncias ante el fuero Penal o el Consejo de la Magistratura. El suscripto debe decir que el presente voto refleja solamente su intención de fallar en la causa conforme a derecho. *Fiat iustitia et pereat mundi* es una idea regulativa que todo juez que se precie de tal debe tener presente. A pesar de los intentos de presión y amedrentamiento, esta resolución no se ve influenciada por un juicio de disvalor hacia las conductas de quienes – transitoriamente, como en toda democracia – ocupan cargos en otros poderes del Estado, ni alberga sentimiento alguno de rencor o temor que alteren su serenidad de ánimo. Tampoco hay influencia alguna proveniente de ningún sector, y solo queda la intención de resolver la cuestión según su mérito, y las normas a ella aplicables.

2.- Doy aquí por reproducidos los puntos 1 a 6 del voto de la vocal preopinante, en los que formula la relación de la causa. Adelanto que voy a coincidir también en la resolución del fondo del asunto. Adheriré a la propuesta de resolución que formulara la Dra. Najurieta, ampliando los fundamentos en varios puntos.

3.- En cuanto a la legitimación activa, admitida por el *a quo* y rechazada por los apelantes Estado Nacional y la AFSCA, coincido con la vocal preopinante en que debe confirmarse lo dispuesto en primera instancia. En cuanto al Grupo Clarín, la propiedad de canales de televisión de aire y de cable, así como de radios, ha sido demostrada en autos (ver, entre otros, pericia económica, fs. 1847 vta. y ss., y pericia contable, fs.

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

1758 y ss.), y Telediguital Cable, debido a la falta de aprobación de su absorción por Multicanal, lo que se halla en discusión ante otra sala de estos estrados, resulta titular de las licencias que poseía conforme a la ley 22.285. En tales circunstancias, los actores cuya falta de legitimación activa se impetra, poseían interés suficiente para la promoción del presente, y por ello debe confirmarse lo resuelto por el *a quo.*

4.- Desde que el Juez Marshall resolviera el famoso caso "Marbury vs. Madison" las ideas allí expuestas acerca del control de constitucionalidad de las leyes recibieron amplia difusión, y fueron adoptadas por diversas constituciones, como la nuestra, que adoptó un sistema de control difuso por parte de los jueces de distintas instancias, con un recurso extraordinario ante la Corte Suprema Federal, similar al norteamericano. Las normas básicas pertenecientes a la Constitución Nacional en la materia son los arts. 28, que prevé que los principios constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, 31, inspirado en el art. VI, cláusula 2, de la constitución de Estados Unidos, que expresa la supremacía constitucional y de los tratados internacionales, y los arts. 116 y 117, que establecen la jurisdicción federal. Doy aquí por reproducidos, nuevamente en aras de la brevedad, los contenidos y referencias dados por la vocal preopinante en el punto 9 de su voto, que dan cuenta del alcance con el que nuestra Corte Suprema ha delineado el instituto.

USO OFICIAL

5.- Respecto de la inconstitucionalidad de las normas, debe tenerse en cuenta que la doctrina, citada varias veces en autos, que sostiene que la incompatibilidad normativa que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad debe juzgarse solamente en el ámbito de las previsiones contenidas en la norma inferior y en la superior, y en modo alguno por los eventuales resultados de su aplicación (Fallos, 315:142, *et alt.*, ver sentencia del inferior, fs. 3226), encuentra una doble limitación: a) por una parte, existe una limitación de carácter lógico. Muchas veces hay normas que se tornan en incons stentes solamente a la luz de determinados hechos (lo que Carlos Alchourrón llamaba "inconsistencia condicional" en "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 300). En el caso que estamos juzgando, si las mismas normas constitucionales y legales se dieran en una sociedad distinta, en la cual no ocurrieran las condiciones del mercado de servicios de comunicación audiovisual que se dan en nuestro país, puede ser que no se viera entre ellas contradicción alguna. Si en un país hipotético, p.ej., no hubiera nadie en condiciones de explotar más de una licencia de medios audiovisuales, por razones

técnicas o económicas, la contradicción normativa no aparecería configurada; y b) quizás como consecuencia implícita de esta reflexión, aunque nunca se dijo expresamente, la Corte Suprema ha establecido respecto de las sentencias judiciales en materia constitucional, el principio consecuencialista (a través de precedentes como los obrantes en Fallos 234:482 y 331:1262), es decir que para fundar de la razonabilidad de una interpretación debe tomarse en cuenta las consecuencias de las decisiones judiciales, especialmente las circunstancias sociales en que las normas son aplicadas.

6.- Me interesa precisar algunos principios para el examen de los planteos de inconstitucionalidad formulados en la demanda, a la luz del control de razonabilidad reservado a los tribunales, que debe basarse en la proporcionalidad entre los medios y fines de la ley (Fallos 247:121). La ley 26.522 persigue objetivos de diverso tenor, el primero de los cuales es promover y garantizar el libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas (conf. art. 3, inc. a). Y en pos de ello implementa una política legislativa de desconcentración y fomento de la competencia de los llamados servicios de comunicación audiovisual, que se traduce en una serie de restricciones verticales y horizontales en los diferentes mercados que la componen (ver art. 1, 45 y concordantes de la ley 26.522). Es decir, la ley involucra dos cuestiones constitucionales: la libertad de expresión, tutelada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en normas internacionales que integran nuestro ordenamiento; y el derecho de la competencia, previsto en su art. 42.

En términos generales, la ley se adecua a criterios internacionales aceptados que vinculan libertad de expresión y prácticas monopólicas, incluso en el sistema americano de derechos humanos del cual forma parte nuestro país. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho, en tal sentido, que "*.. la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación 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 éstos, 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 la pluralidad de medios y la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar...*" (Opinión Consultiva 5/85, considerando 34). La necesidad de contar con la mayor

variedad posible de opiniones justifica, entonces, la existencia de regulaciones que propendan a la libre competencia en materia de medios de información y más específicamente en el campo de los servicios de comunicación audiovisual. Pero de ahí no se sigue que cualquier restricción dirigida a limitar la propiedad privada de medios de comunicación sea lícita, máxime si al mismo tiempo en que es implementada esa política legislativa se mantiene incólume o incluso aumenta la propiedad estatal sobre esos medios. En la nota al art. 45 de la ley se transcriben partes de un trabajo: "Broadcasting, Voice and Accountability: A Public Interest Approach to Policy, Law and Regulation" (ver referencia completa en la ley), en el cual se sostiene que debe proveerse a evitar la excesiva concentración de propiedad, aunque luego se afirma: "*Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales, o estableciendo un porcentaje de mercado. Estas reglas son legítimas en tanto no sean indebidamente restrictivas, teniendo en cuenta cuestiones cómo la viabilidad y la economía de escala y cómo pueden afectar la calidad de los contenidos...*".

A mi modo de ver, el juicio de razonabilidad sobre las reglas que se dicen antimonopólicas impugnadas por la actora no puede obviar los diversos condicionamientos técnicos y económicos que presentan cada uno de los segmentos que componen la comunicación audiovisual. Los mercados relevantes pueden tener diferentes barreras de entradas desde el punto de vista económico, por ejemplo la necesidad de contar con cierta economía de escala que haga rentable una determinada explotación. Y también existen limitaciones técnicas para el ingreso de nuevos detentadores de medios, que se derivan del medio por el cual se lleva a cabo la difusión (p.ej. mediante la utilización del espacio radioeléctrico).

Tales extremos son relevantes para la decisión de la controversia porque lo que pretende la ley 26.522 es, justamente, lograr una mayor "*diversidad y pluralidad de voces*". Contrariamente a lo que afirma el Estado, las limitaciones fijadas por el legislador en la propiedad de las licencias no tienen un fin puramente antimonopólico. Porque si esa afirmación fuera cierta, es decir, si no estuviera comprometida la libertad de expresión, bastaría con las normas generales en materia de defensa de la competencia para paliar cualquier práctica nociva. Y esto se ve reafirmado por la nota del art. 45, donde los redactores de la ley expusieron que la existencia de prácticas contrarias a la competencia en la propiedad de los medios de comunicación social afecta la libertad de expresión, extremo que justifica -según la doctrina invocada en esa nota- la adopción de reglas especiales *per se*.

Lo expuesto hasta aquí me permite afirmar que la constitucionalidad de las

USO OFICIAL

restricciones a la propiedad de licencias fijadas por el legislador depende de si son conducentes para garantizar y promocionar la libertad de expresión. Y para formular ese juicio no pueden obviarse las particularidades de cada uno de los servicios regulados por la ley, sobre todo si permiten un mayor o menor ingreso de personas interesadas en su prestación. De modo tal que la intensidad del escrutinio judicial habrá de variar según cuál sea el grado de concurrencia posible en cada mercado: a mayores limitaciones técnicas y/o económicas, mayor será la potestad regulatoria del Estado en pos de garantizar la libertad de expresión y por ende más acotada será la revisión judicial.

Esa línea de razonamiento es consistente con la importancia fundamental que tiene el derecho a la libertad de expresión en un estado republicano. Y ha sido aplicada por diferentes tribunales extranjeros, en especial, por la jurisprudencia federal de los Estados Unidos a la hora de juzgar la validez de diferentes regulaciones vinculadas con medios de comunicación social. Entiendo que sus precedentes son relevantes en nuestro ámbito pues de acuerdo con la ya citada nota del art. 45 de la ley 26.522 el sistema "mixto" de control de concentración allí implementado tuvo en cuenta el modelo regulatorio de ese país. Y a ello debe agregarse que la primera enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos es la fuente del art. 32 de la Constitución Nacional (conf. Fallos 167:121), norma que prohíbe al Congreso de la Nación dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, prohibición que luego fue extendida a otros medios de comunicación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos muestra diferentes grados de escrutinio según cuál sea el medio de información alcanzado por la regulación.

Otorgó la máxima protección de la primera enmienda al servicio de Internet por entender que el medio permite comunicarse casi en forma ilimitada y a bajo costo. El escrutinio judicial estricto aparecía justificado en este campo pues a diferencia de lo que sucedía en materia de radiodifusión, no existen problemas derivados de la escasez del espectro (ver "*Reno, Janet v. American Civil Liberties Union et al.*", 521 U.S. 844 -1997, caso en el que se declaró inconstitucional una ley que buscaba limitar el acceso a contenidos obscenos).

En materia de radiodifusión "tradicional", en cambio, el Tribunal adoptó un criterio de análisis mucho más laxo: entendió que la escasez del espectro radioeléctrico justificaba la potestad estatal de imponer determinadas conductas a fin de asegurar una diversidad de voces. Si bien precisó que los licenciatarios de radiodifusión se encuentran protegidos por la primera enmienda, aceptó la validez de una regla fijada

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

por el regulador que les imponía una suerte de derecho de réplica en asuntos de interés público (*fairness doctrine*). Pero también dejó sentado que las diferentes características de los nuevos medios justificaban aplicarles distintos estándares de la primera enmienda (conf. "*Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communication Commission et al.*", 395 US 367 -1968).

Ahora bien, en casos posteriores el Tribunal estableció que en materia de televisión por cable era aplicable un escrutinio mucho más riguroso sobre la regulación estatal. Juzgó que ese trato diferente era razonable dadas las limitaciones físicas de los servicios de radiodifusión. Éstas impiden, según lo explicó, que dos personas puedan transmitir a la vez en la misma frecuencia y en el mismo lugar, barreras que justifican en definitiva una regulación estatal más intensa. En cambio, dado que la televisión por cable no tiene esas limitaciones inherentes, estimó procedente, a luz de la primera enmienda, un examen menos "relajado" para determinar la validez de la regulación estatal (ver "*Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*", 512 U.S. 622 -1994, en especial punto III.A del voto mayoritario). En ese fallo, donde se juzgó la validez de la obligación impuesta a los cableoperadores de transmitir señales de aire locales (*must carry provisions*), la Suprema Corte también especificó que la mera afirmación de que el mercado de cable se encuentra distorsionado no era suficiente para una regulación a la libertad de expresión con la extensión que fue admitida en "*Red Lion*". Y sostuvo que aun cuando se la examinara como una simple legislación antimonopólica -en ese país no existe una disposición constitucional como la del art. 42 de nuestra Constitución-, al tratarse de una regulación especial sobre medios de prensa que imponía cargas y conductas correspondía igualmente seguir un escrutinio más estricto.

Este precedente tiene singular importancia pues es el que fija las pautas de análisis constitucional para todas las regulaciones que afectan a los cableoperadores. Siguiendo esos lineamientos fue que los tribunales federales declararon inconstitucional en dos ocasiones el límite de 30% de suscriptores fijado por la agencia gubernamental a las empresas de cable (ver sentencias de la United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit: "*Times Warner Entertainment Co. v. FCC*", 240 F.3d 1126 -2001-, y "*Comcast Corporation v. FCC*", del 28.8.09, Nº 08-1114).

Cabe señalar que en este último fallo se decidió que una limitación del 30 % fijada por la FCC –Federal Communications Commission– como tope máximo para los suscriptores de un sistema de televisión por cable, era "*arbitrario y caprichoso (arbitrary and capricious)*", sobre todo porque la Comisión no tomó adecuadamente en cuenta las condiciones del mercado, especialmente la competencia que los

USO OFICIAL

operadores de cable sufren a manos de los distribuidores que utilizan diferentes medios (Conclusión del fallo), entre los que se mencionó especialmente la televisión satelital (Considerando IIb). Se debe destacar que la regulación de la FCC se hallaba fundada en una serie de análisis cuantitativos y cualitativos del mercado de las comunicaciones en Estados Unidos, que no encuentra equivalente en las discusiones previas a la ley 26.522, ni en su regulación posterior. Un análisis de mercado empírico se justificaba, dado que se dictan normas que buscan restringir la oferta de contenidos ligados con la libertad de expresión, y, como ya dije en el punto 5, la razonabilidad de las normas inferiores está ligada, para su adecuación a las normas constitucionales, no solamente a una comparación normativa, sino también a algunas cuestiones de hecho.

7.- Comparto con mi colega preopinante la idea de distinguir la figura jurídica de la "licencia" de la del mero "permiso" o de la "concesión". Si bien el tema no está exento de controversia en el ámbito académico, las licencias tienen naturaleza contractual para el derecho público argentino. Están expresamente contempladas como contratos administrativos en el decreto 1023/01 (art. 4.b). En tal caso, es obvio que no se puede decir que no generan derechos en cabeza de los licenciatarios, ni que pueden ser objeto de rescate en cualquier momento, sin consecuencia alguna. El derecho conferido puede ser calificado, en sentido amplio, como derecho de propiedad. Por cierto, no puede descartarse que una regulación normativa diferente, modifique la distribución de esos derechos. Empero, esta modificación no puede hacerse en forma arbitraria. La Corte Suprema lo ha dicho reiteradamente. Es especialmente ilustrativa la resolución obrante en Fallos 315:1361, donde se dijo que la discrecionalidad administrativa no implica conferirles a los órganos estatales "*el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba*", en tanto ello llevaría a consagrar "*una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos*". Cualquier modificación, de todos modos, puede generar responsabilidad patrimonial por parte del Estado, en virtud de la afectación de derechos.

8.- También comparto la idea de distinguir el caso de la regulación del espectro radioeléctrico, del de la regulación de la televisión por cable u otros medios que no lo utilizan. Esto se halla reconocido hasta por la parte actora, en varios momentos; p.ej. en su memorial de apelación (a fs. 3378), sostiene, refiriéndose al inciso c del art. 45 de la ley: "*...1) La TV por cable no utiliza espectro radioeléctrico y por lo tanto no hay fundamento económico o de defensa de la competencia que justifique la restricción que establece el inciso. Los argumentos de asignación de un recurso*

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

escaso como es el espectro, no son aplicables a la televisión por cable, porque no hay ningún recurso escaso que deba distribuirse equitativamente...".

9.- Nada tengo que objetar a la relación que la doctora Najurieta formula de las normas y acciones judiciales comprendidas en la explotación de licencias por parte de Multicanal. Lo que cabe destacar es que la causa judicial se halla suspendida por circunstancias ajenas a la Sala II de esta Cámara, donde tramita, ya que se ha suscitado una cuestión de competencia con los Tribunales Federales de Mendoza, que debe resolver la Corte Suprema de Justicia. Aquí también se han producido recusaciones masivas por parte de la Administración.

10.- Con la base de todo lo dicho, más lo expresado por la vocal preopinante, pasaré a analizar la constitucionalidad de los preceptos impugnados, sin que haga falta transcribirlos, salvo en lo que me interese.

USO OFICIAL

11.- En primer lugar, coincido en que el art. 41 de la ley no puede ser impugnado como inconstitucional. No afecta la libertad de comercio, ni , lo más importante, la libertad de expresión. El que las licencias se tornen intransferibles, aunque se permita la transferencia de una parte no mayoritaria de las mismas, es compatible con un régimen de licencias bien entendido, en el cual la persona del licenciatario no es irrelevante. La necesidad de una resolución fundada para aceptar o rechazar la transferencia, permite el control judicial de dicho acto.

12.- Coincido asimismo con la vocal preopinante en la constitucionalidad de varias partes del art. 45 de la ley 26.522, y nuevamente doy por reproducidas sus manifestaciones. En lo que se refiere al espectro radioeléctrico, como ya dije, es necesaria la regulación, por tratarse de un bien escaso, y no se ve que una modificación de régimen exceda arbitrariamente las facultades del Poder Legislativo, sobre todo a la luz de los fines que la ley 26.522 pretende. La inclusión de nuevos actores en la radiodifusión propende a la "*pluralidad de voces*" que la ley busca, e incorpora a personas de derecho público estatal, Universidades Nacionales, pueblos originarios e Iglesia Católica (art. 37). Se puede coincidir o no con la elección de los derechohabientes, pero no hay duda que se deberá modificar la grilla del espectro para incorporarlos. Por supuesto que esto deja a salvo, a quien se considere perjudicado, la posibilidad de reclamar por los daños producidos por la actividad lícita del Estado.

13.- Respecto de las limitaciones impuestas en el art. 45 a quienes no utilicen el espectro radioeléctrico, cabe realizar varias afirmaciones. En primer lugar, que las prohibiciones allí contenidas no han sido justificadas debidamente sobre la base de un análisis empírico, económico o técnico. No se han proporcionado estudios que establezcan cuáles son los porcentajes del mercado en manos de los cableoperadores frente a otros, y ni siquiera que justificaran el porqué de determinadas restricciones. En especial, no hay explicación de la razón de que se prohíba a quien opera un canal de televisión de cable operar uno de televisión abierta, y viceversa, ni del porqué de la limitación respecto del número de licencias o de porcentaje de audiencia, o la limitación a la producción de señales. En este sentido, todas las restricciones aparecen como arbitrarias, sin que baste la alusión a legislaciones extranjeras, como se hace en varios artículos de la ley, dado que es obvio que se debió haber tenido en cuenta asimismo, lo que sucede en el mercado local. En este aspecto, como lo destaqué en el punto 6, se ha considerado inconstitucional en Estados Unidos la fijación de un porcentaje máximo de audiencia sin tener en cuenta la evolución del mercado, especialmente la relación entre cableoperadores y quienes explotan un sistema satelital. Aquí se debe aplicar un escrutinio estricto, que tiene que ver con la ausencia de elementos fácticos que justifiquen la restricción a la libertad de expresión. En nuestro país, ni el PEN que propuso el proyecto, ni el Congreso que sancionó la ley, ni la AFSCA en las normas de aplicación, ni el Estado en este juicio han producido prueba alguna que justifique la razonabilidad de las regulaciones para los cableoperadores. Los fallos dictados en Estados Unidos que se citan más arriba muestran que cuando se aplica un escrutinio riguroso esa prueba se le exige al gobierno, a la agencia involucrada y al Congreso. Y esto tiene sentido dada la especial protección que tiene la libertad de expresión. En nuestro país no hubo estudio de mercado, no se determinó cuál es la escala necesaria para que una empresa sea viable, y tampoco se tuvo en cuenta la situación de la televisión satelital, cuyo porcentaje del mercado viene creciendo, y que genera problemas de igualdad ante la ley, como se verá más abajo.

14.- Aquí debo decir que los únicos informes con fundamento técnico y empírico fueron los confeccionados en autos por la Perito Contadora y el Perito Económico (ya citados). En especial el experto de oficio en economía ha sostenido que la limitación impuesta por la ley afecta la sustentabilidad del grupo actor, ya que reduce enormemente sus ingresos (fs. 1854 vta.), y que lo coloca en una desventaja de competencia en el mercado respecto de la televisión satelital. Por otra parte, sostiene

que la tendencia mundial y nacional es hacia los mercados integrados, y la eficiencia es mucho mayor cuando nos encontramos con empresas integradas verticalmente (la Dra. Najurieta ha realizado una excelente síntesis del dictamen del experto que omito reproducir). Lo que cabría agregar es que, según el dictamen del experto, la reducción de actividades conforme a la ley no ocasionaría ningún beneficio a los usuarios. Al contrario, haría los servicios más onerosos, dado que se reducirían los beneficios de las economías de escala (fs. 1890 vta.). Resulta difícil no concluir en que, si se afecta asimismo la libertad de expresión, este tipo de restricciones no trae ningún beneficio social ni particular. Cabe asentar que la pericia económica fue impugnada por la demandada a fs. 1916 y ss., aunque la impugnación no alcanza para desvirtuar las conclusiones del experto. Por una parte, la impugnación sostiene que el dictamen del Perito no se halla suficientemente fundado, y por otra, busca desvirtuarlo en base a datos que ignoran, como en el precedente norteamericano, que el mercado se halla dividido entre prestadores de cable y satelitales. Hay datos en la impugnación que, asimismo, carecen de referencia (p.ej. la nota de pág. 1936). En lo que acierta el escrito de impugnación es en la cita de varios fallos y compromisos logrados en Estados Unidos en contra de concentraciones monopólicas. Sin embargo, cabe decir que ninguno de ellos involucraba la libertad de prensa, y se basaban en el abuso de posición dominante en el mercado, situación que se ve cubierta en nuestro país por la ley de defensa de la competencia.

USO OFICIAL

15.- En suma, debe decirse que el informe económico destaca que las restricciones establecidas a partir del art. 45 de la ley, en cuanto abarcan actividades no comprendidas en la distribución del limitado espectro radioeléctrico, carecen de justificación económica.

16.- También se ha argüido que violan el principio de igualdad, asentado en el art. 16 de la Constitución Nacional. Sobre esto puede decirse que hay una discriminación visible en el tratamiento de la televisión satelital (inciso a del art. 45), y la televisión por cable (inciso b del mismo precepto). La ley permite a un operador de televisión satelital, con una sola licencia, explotarla en todo el país, sea en la localidad que fuere. A cambio, la televisión por cable sufre todas las restricciones que aparecen en los incisos b y c del precepto mencionado. Debe tenerse en cuenta que se trata del mismo mercado. Ello ha sido aseverado, no sólo en el extranjero, sino en nuestro país. En el dictamen n° 637 del 7.12.07, que dio lugar a la aprobación de la fusión entre Multicanal y Cablevisión, la mayoría de la Comisión Nacional de Defensa de la

Competencia afirmó que la televisión por cable y la televisión satelital integran el mismo mercado relevante de distribución paga de señales múltiples y que por ende debían tenerse en cuenta sus participaciones de mercado a fin de juzgar los efectos horizontales de la concentración. Explicó que en las grandes localidades existía competencia efectiva entre los diferentes operadores pues no había diferencias significativas en el precio del abono básico -la brecha con Direct TV se fue reduciendo en los años- y en la cantidad de señales ofrecidas. Y lo mismo cabía respecto del interior, aun admitiendo que en ese ámbito la competencia podía ser potencial pues los proveedores de cable tienen limitaciones técnicas para transmitir la misma cantidad de señales (puntos 134 a 144). Más adelante, al hacer referencia a la cantidad de abonados y participación de mercado a nivel nacional en el año 2006, sostuvo que Direct TV tiene el 11% de share (punto 224), número que ha subido mucho en estos años, aunque en autos se adolece de prueba al respecto (aunque basta con acudir a Internet, al sitio www.directv.com.ar, para verificar, en un informe correspondiente al Departamento de Responsabilidad Social Empresaria, de 2011, págs. 10, 15 y 16, que el 11% citado en 2006 correspondió a 550.000 usuarios, mientras que para 2011 ya se contabilizaban 1.560.000). Y si bien admitió que el nivel de concentración que se alcanzaba con la fusión era alto -55%-, en el ámbito del área metropolitana de Buenos Aires, esa preocupación se "*diluiría*" pues era de esperar un mayor desarrollo de redes y servicios (punto 233). Aquí cabe nuevamente destacar que no aparece en autos ningún análisis proveniente de la demandada acerca de la incidencia de ambos participantes en el mercado, ni tampoco se argumenta acerca de una razón para descartar que sean competidores, ni el porqué del privilegio de uno respecto del otro.

17.- El principio de igualdad ante la ley ha sido explicitado por nuestra Corte Suprema desde antiguo, p.ej. es clásica la formulación sentada en el conocido precedente "Criminal c/ Olivar, Guillermo" (Fallos: 16:118) de que " ... *el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho á que no se establezcan excepciones ó privilegios que excluyan á unos de lo que se concede á otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos*". La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153: 67, entre muchos otros), mas no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. De

ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación (Fallos: 320:1166, entre otros), en la medida en que dichas distinciones obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y no a propósitos de hostilidad contra un determinado individuo o grupo de personas (Fallos: 229:428; 302:457; 306:195 y 1560). La diferencia de trato debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida (Fallos: 330:3853).

La igualdad como no discriminación supone, entonces, la prohibición de llevar a cabo distinciones que carezcan de sustento racional.

18.- En líneas generales, quien debe argumentar y eventualmente probar que existe una discriminación por parte del Estado es el afectado. No tanto por imperativo procesal, en materia constitucional esa carga es una derivación lógica de la presunción de validez de la que se encuentran investidos los actos estatales –legislativos o administrativos–. Tiene sentido, además, en el contexto de la reiterada jurisprudencia de la Corte que postula que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es la última *ratio* del ordenamiento.

Ahora bien, el principio no es absoluto y encuentra múltiples excepciones en la casuística. Existen diversas situaciones en donde una norma determinada se presume inconstitucional por otorgar un trato diferente entre personas basado en criterios que se estiman reprochables a la luz del principio de igualdad. En esos casos, corresponde al Estado justificar la legitimidad de su obrar, sobre el que pesa un escrutinio judicial mucho más estricto. Se trata de las llamadas "categorías sospechosas", que nuestra Corte Suprema ha utilizado sobre todo frente a determinadas regulaciones basadas en criterios de sexo o nacionalidad (ver entre otros Fallos 327:5118 –"*Hooft*"–; Fallos 323:2659 –"*González de Delgado*"-, entre otros). Más allá de si la formulación se sustenta en la idea de igualdad como no discriminación o como no sometimiento (en este punto ver: Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto -coord.-, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2008, vol. 2, pág. 695 y siguientes), una determinada categoría es sospechosa de ser contraria a la Constitución Nacional cuando su utilización para hacer distinciones confronta con una clara prohibición constitucional. Así se desprende, al menos, de diversos precedentes de la Corte Suprema (ver el voto de los jueces Petracchi y Bacqué, en Fallos 311:2272 – "*Repetto*" –, y el voto del juez Maqueda en Fallos 330:3853 –"*R.A.,D. c. Estado Nacional*"–).

USO OFICIAL

Existen otros supuestos en los que no juega la mentada presunción de validez y el peso de la argumentación para defender la constitucionalidad de la norma recae sobre su emisor. Frente a otras claras prohibiciones constitucionales la Corte Suprema ha aplicado un escrutinio judicial estricto e impuso al Estado la carga de justificar la constitucionalidad de su obrar. Así sucedió en materia de delegación legislativa (ver: "*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Estado Nacional*", Fallos 331:2406) y es la doctrina que se desprende de los precedentes vigentes sobre emisión de decretos de necesidad y urgencia (ver Fallos 322:1726 –"*Verrocchi*"- y 333: 633 – "*Consumidores Argentinos*"–), sobre todo en los votos de la doctora Argibay (ver su concurrencia en el segundo de los casos citados, como así también sus votos en Fallos 329:5913 –"*Massa*"– y 334:799 –"*Aceval Pollacchi*"–). También ha hecho referencias a la "fuerte presunción de inconstitucionalidad" que brota de las normas que obligan al pago de una deuda ajena, al resolver contiendas vinculadas con el art. 30 de la ley de contrato de trabajo (conf. Fallos 316:713 –"*Rodríguez*" – y 323:2552 –"*Escudero*"–, entre otros).

Incluso en materia de libertad de expresión se han juzgado las restricciones estatales o de particulares con un escrutinio judicial más estricto que el que habitualmente se sigue para casos meramente patrimoniales. Así ha sucedido en casos de censura previa, vedada por el art. 14 de la Constitución Nacional: dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos acaparados por la libertad de expresión y que a ese contenido ordenan primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una "*fuerte presunción de inconstitucionalidad*" (ver en este sentido Fallos 312:916 – "*Verbitsky*"–, voto del juez Fayt; Fallos 315:1943 –"*Servini de Cubría*"–; Fallos 324:975 –"*S., V. c. M., D.A.*"–, votos concurrentes de los jueces López, Vázquez y Fayt, y el voto disidente del juez Petracchi; Corte Suprema de los Estados Unidos: "*Bantam Books Inc. v. Sullivan*", 372 U.S. 58 -1963-). Esa postura se explica por el grado preferente que goza el derecho a la libertad de expresión en nuestro sistema político, al que ya he mencionado y me parece conveniente enfatizar en este punto. La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene dicho, en ese sentido, que "*en el corazón de la primera enmienda está el reconocimiento de la importancia fundamental del libre flujo de ideas y opiniones sobre asuntos de interés público. La libertad de expresar las propias opiniones no es solamente un aspecto de la libertad individual -y por ende un bien en sí mismo-, sino que también es esencial para la búsqueda común de la verdad y la vitalidad de la sociedad en su conjunto. Por tanto, hemos especialmente cuidado de asegurar que las expresiones individuales se encuentran*

exentas de sanciones gubernamentales" (conf. "*Hustler Magazine Inc. et al. v. Falwell*", 485 US 46 -1988-). En palabras de Oliver W. Holmes, "*cuando se toma conciencia de que el tiempo ha conciliado muchas ideas encontradas, las personas pueden llegar a creer –aun más profundamente que de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta- que el mejor camino para alcanzar el bien último es el libre intercambio de ideas, y que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado*" (conf. "*Abrams v. United States*", 250 U.S. 616, 630 -1919-). Postura similar ha seguido nuestra Corte Suprema, que también ha destacado el lugar preponderante de la libertad de expresión, tal cual lo recuerda la doctora Najurieta con la cita de los precedentes pertinentes, a los que remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Me interesa recordar, además, que la protección constitucional de la libertad de expresión no se limita a prohibir la censura previa, también abarca otros ámbitos: la responsabilidad civil a través de la doctrina de la real malicia (ver Fallos 331:1530 – "*Patitó*"–, entre muchos otros; Corte Suprema de los Estados Unidos: "*New York Times Co. v. Sullivan*", 376 U.S. 254 -1963-), el reparto de publicidad oficial (ver Fallos 320:1191, voto disidente de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert; Fallos 333:1130 y Fallos 334:109); la persecución penal por calumnias e injurias sufridas por funcionarios públicos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Kimel vs. Argentina*", sentencia del 2.5.08). Existe, entonces, una preocupación constante y progresiva de proteger ese derecho de posibles ataques. Ya no se trata solamente de evitar que el Estado o particulares impidan materialmente el libre flujo de ideas mediante censura previa, sino de que se abstengan de adoptar acciones que impactan en la economía de los medios como forma de condicionar o limitar una determinada voz.

Lo expuesto justifica adoptar un nivel de escrutinio estricto en lo que se refiere a las restricciones que sufre la actora como empresa de transmisión de señales por vínculo físico, sobre todo en lo que respecta al trato discriminatorio que la ley le dispensa en comparación con la televisión satelital. La presunción de constitucionalidad no es un talismán para la norma legislativa, tanto más cuanto es el Estado quien se encuentra en mejores condiciones, al menos *a priori*, de recabar toda la información necesaria para justificar la restricción de los derechos de libertad de expresión y propiedad de la actora. Ese fue el criterio utilizado en los Estados Unidos frente a regulaciones análogas a las que ahora se impugnan y como lo he expuesto esos precedentes son relevantes porque el propio legislador las invocó como fuente. Y en este punto particular no importa que la distinción no encuadre como categoría

USO OFICIAL

sospechosa en la jurisprudencia actual de la Corte. De lo contrario se incurriría en una falacia de negación del antecedente: que el Estado deba dar buenas razones para justificar su conducta cuando aplica una categoría sospechosa no lo exime de darlas frente a distinciones que se refieren a categorías no sospechosas.

La demandada debía explicar el porqué de ese trato desigual aun cuando no sea éste, en puridad, un caso de categoría sospechosa. Y a mi modo de ver no ha satisfecho esa carga: ni los antecedentes legislativos, ni la actividad posterior de la autoridad regulatoria, ni la prueba colectada en el juicio dan indicios de porqué se otorga un trato dispar a la televisión por cable respecto de la televisión satelital. Tampoco hay argumentación conducente para explicar esa distinción en los escritos de la demandada y del tercero. Peor aún, ya he mencionado que la propia autoridad estatal encargada de la defensa de la competencia había dictaminado en el marco de un proceso de concentración que involucraba a la demandante que ambos segmentos integran el mismo mercado relevante.

En suma, no hay en autos afirmación alguna por parte del Estado que justifique el tratamiento desigual a favor de quien explota televisión satelital, y es por ello que las limitaciones aplicadas a los cableoperadores devienen arbitrarias. La actora ha sostenido que las limitaciones de la ley se basan en razones políticas y que el propósito es el de acallar a medios opositores. En la medida en que las restricciones no se justifican en forma técnica, aparece la posibilidad de que estén fundadas en motivos de ese tipo, y cobra especial importancia la protección de la libertad de expresión.

19.- En cuanto a la segunda parte del art. 48 de la ley 26.522, debo decir que, además de los argumentos citados por la vocal preopinante, dicho precepto no puede sostenerse por varios motivos. Vale la pena transcribirlo a efectos de un análisis detallado: "*El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia se establezcan por la presente o en el futuro*". Cabe en principio decir que, en una interpretación literal, en cuanto se refiere a "*la presente*", alude a la propia ley, y, haciendo abstracción de los problemas lógicos y filosóficos que genera la autorreferencia, esta norma establece que la ley es autocontradictoria. En efecto, se dice que: "*El régimen establecido por esta ley no puede alegarse frente a otras normas de esta ley*", o, dicho de otra manera que "*si esta ley confiere algún derecho, no puede alegarse frente a otras normas de esta ley*". Parece un extremo caso de esquizofrenia legislativa. Por otra parte, adhiero a la opinión de la vocal preopinante, en el sentido que se trata de una limitación que

desnaturaliza los derechos que surgen del otorgamiento de una licencia, y por ende, torna inconstitucional el precepto.

20.- Respecto del art. 161, nada tengo que agregar a lo dicho por la Dra. Najurieta, y por ende adhiero a su voto, declarándolo constitucional. También adhiero, por razones análogas a las por ella expresadas, y sin necesidad de mayores argumentos, al resto de su voto, aún en la adjudicación de las costas, sin que la presente ampliación de fundamentos pueda tenerse como estableciendo diferencia alguna respecto del voto de quien me precede.

21.- Para terminar, cabe destacar, también en concordancia con lo dicho por mi colega, que no hemos sido llamados a juzgar acerca de la validez de las licencias en cabeza del grupo actor según el régimen anterior, lo cual es objeto de otra acción, y también que si la actora ha incurrido en conductas monopólicas, pueden ser juzgadas en base a las normas de defensa de la competencia existentes, sin necesidad de establecer limitaciones arbitrarias.

USO OFICIAL

El doctor Francisco de las Carreras dijo:

1.- El "Estado de Derecho" supone un Estado con potestades limitadas y sujetas al deslinde de funciones establecido en la Constitución Nacional.

Del Título Primero de la Segunda parte de nuestra Carta Magna se desprende que, bajo el sistema republicano adoptado por los constituyentes, integran el Gobierno Federal el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, cada uno con sus propios deberes y atribuciones.

Según el plan de la Constitución deben existir órganos jurisdiccionales que, ejerciendo con plenitud el control constitucional, digan lo que es verdad conforme a derecho.

Y ello es así no porque exista relación de superioridad entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, sino porque el poder del pueblo constituyente es superior a los dos.

A la judicatura le está indicada "... *ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, entre otras cosas, para mantener a ésta en los límites asignados a su autoridad ....*", puesto que la Constitución no faculta a "... *los representantes del pueblo a sustituir su voluntad a la de sus comitentes ...*" (cfr. "El Federalista", Número LXXVIII, pág. 630 y sig., Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1869).

Si la voluntad de un estatuto de la legislatura está en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben dirigirse por ésta antes que por aquél, es decir, deben "... *reglar sus decisiones por las reglas fundamentales antes que por aquéllas que no lo son* ..." (pág. 631), para lo cual tienen autoridad de declarar "... *nulos los actos contrarios al tenor manifiesto de la constitución*...", puesto que "... *sin esto, nada importarían todas las reservas de derechos o privilegios particulares* ..." (pág. 629).

Es entonces función esencial y privativa de los jueces dictar sentencias conformadas, primero, a la Constitución Nacional, resolviendo los conflictos de derecho mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley y de los actos dictados en su aplicación (Fallos: 249:252; 256:242 y 263:460, entre muchos otros). Es su contribución a la paz social.

Depende de cada órgano de gobierno el desarrollar y ejercer sus respectivas competencias, pero también asumir la responsabilidad de guardar respeto por la convivencia con las demás instituciones de la Nación, lo que coadyuva a impedir la desconstitucionalización de la República.

2.- Para desestimar el primer agravio del Estado Nacional y de la AFSCA basta señalar, como lo ha hecho la Dra. Najurieta, que el "Grupo Clarín" adujo y probó ser titular, por sí o a través de sociedades subsidiarias o controladas, de **a)** Licencias de TV Abierta en: Bahía Blanca (Canal 7), Córdoba (Canal 12), San Carlos de Bariloche (Canal 6) y Ciudad de Buenos Aires (Canal 13); **b)** 8 señales de contenido (El Trece Satelital, Todo Noticias, Volver, Magazine, Quiero Música en mi idioma, TYC Sports, TYC Max y Canal Rural), **c)** a través de Radio Mitre: 8 licencias de radiodifusión sonora; y **d)** a través de Cablevisión: 158 licencias de televisión por suscripción, y otras más por su participación societaria en otras licenciatarias (pericia de fs. 1758/1777, y resp. 1.7. de la pericia de fs. 1840/1898).

Por su parte, "Teledigital Cable S.A.", al tiempo de la promulgación de la ley 26.522, conservaba la titularidad de varias empresas que prestaban servicios de comunicación audiovisual por no encontrarse aprobada la fusión, por absorción, con Cablevisión S.A. en los términos de los arts. 46 y 85 de la ley 22.285, conservando, en consecuencia, sus derechos, responsabilidades y obligaciones frente a la autoridad de aplicación.

3.- En cuanto a la impugnación del art. 41 de la ley 26.522, si bien es cierto que las licencias involucradas en la causa y afectadas por esta restricción fueron otorgadas

inicialmente bajo la ley 22.285, tampoco lo es menos que el decreto 1005/99 modificó el régimen jurídico anterior y estableció, bien o mal, su transferibilidad bajo determinados requisitos, lo que permitió la realización de numerosas operaciones comerciales en tal sentido.

Siendo ello así, y toda vez que bajo esa misma condición fueron prorrogadas las licencias por decreto de necesidad y urgencia 527/05, lo establecido en el art. 41 de la ley 26.522 en cuanto a la intransferibilidad, si bien no puede fundar agravio con relación a las que se otorguen con posterioridad a su vigencia, sí afectan el derecho de propiedad respecto de las existentes, acordadas y firmes al tiempo de su promulgación, violentando la "confianza legítima", habida cuenta de que existe derecho adquirido a que permanezcan íntegramente los atributos con los que fueron investidas a partir de 1999, y prorrogadas en 2.005, cercenamiento que no se legitima por los abusos señalados por la SIGEN (no imputados a los actores), y mucho menos por las deficiencias del control estatal.

En efecto, conforme al texto del art. 41, a partir de la vigencia de la ley 26.522 no podrían autorizarse más transferencias de la totalidad del paquete accionario, o cuanto menos de parte substancial de ellos (no más del 50 % del capital accionario, o el indispensable para mantener la voluntad social). Y si bien nadie tiene derecho a la permanencia de regímenes legales (doctrina de Fallos: 310:2845 y 329:976), este menoscabo resulta indemnizable bajo el sistema de responsabilidad por la actividad lícita de la administración (Fallos: 301:403, 305:321 y 306:1409, entre otros).

Establecido lo anterior, debe hacerse notar que en las pericias producidas en autos no existe referencia alguna al valor económico con que debe estimarse esta afectación, no correspondiendo que, en principio, el juez supla esta omisión.

4.- Con relación a la impugnación del art. 45 en los aspectos tratados en los Considerandos 18, 22 y 24 del voto de la Dra. Najurieta, tengo para mí que el resarcimiento de los daños que signifique para la actora la adecuación a los apartados 1.a., 1.b., 2.a. y 2.b. del art. 45 de la ley 26.522 (con las excepciones señaladas), deben ser fijados en la etapa de ejecución de sentencia, sin necesidad de acudir a un nuevo reclamo judicial.

5.- El restante conflicto sobre los demás aspectos del art. 45 involucra las limitaciones legales impuestas a los titulares de medios audiovisuales vehiculizados por cable.

USO OFICIAL

Mediante esta herramienta se transmite información, opinión, pensamientos e ideas de toda índole (social, política, económica y de entretenimiento), cuestiones que se consideran universalmente comprendidas en el concepto de libertad de prensa garantizados en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, puesto que esta protección resulta extensiva a todas las formas en las que se proyectan tales expresiones de conformidad con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de igual jerarquía normativa que nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22), pero que *prevalece* en el orden interno sobre la ley local de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema en Fallos: 315:1492.

En atención a la finitud de los recursos físicos disponibles para el uso público y general -la frecuencia radioeléctrica es limitada y el espacio pertenece al dominio público del Estado Nacional- resulta conveniente (es facultad y deber) que el Estado regule la emisión de los medios que utilizan el espectro radioeléctrico resguardando el principio de la libertad de expresión. Como contrapartida, no es dable una supervisión similar o análoga para las plataformas de comunicación audiovisuales que no lo utilizan.

El régimen de multiplicidad de licencias previsto en artículo 45 (en los restantes aspectos) no se presenta respetuoso de las pautas establecidas en el art. 13 de la C.A.D.H., toda vez que las restricciones que consagra no parecen garantizar una vigencia plena del derecho de información, ni tampoco reflejarían el pluralismo que debiera orientar la regulación (arg. Fallos: 310:1715, voto del Dr. Fayt, considerando 5).

Ello no se produce cuando, entre otras cuestiones no menos graves: a) se impone una limitación irrazonable en el número de licencias de comunicación audiovisual; b) se establecen ciertas incompatibilidades injustificadas entre titulares de determinadas licencias; y, c) se restringe infundadamente la prestación del servicio a un porcentaje arbitrario del total de habitantes o abonados.

En efecto, las distintas modalidades de prohibición a la propiedad cruzada de servicios audiovisuales se encuentran fundadas en una premisa errónea, puesto que en la parte de la norma analizada las restricciones alcanzan a medios de comunicación que resultan independientes del medio físico limitado (espectro radioeléctrico) que fundamenta y legitima la intervención regulatoria estatal.

La televisión por cable no ocupa frecuencia en el espacio sino que se transmite por medios físicos privados (cable) y, por ende, se presenta, en principio, con un alcance infinito, desarrollándose además, por esta razón, en un mercado competitivo diferente de las transmisiones que ocupan frecuencias radioeléctricas.

SALA 1

MA. ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

Consecuentemente con lo expuesto, las limitaciones a las titularidades cruzadas que reducen el alcance de los vehículos de comunicación por suscripción *carecen* de fundamento técnico alguno y, por lo tanto, no superan el "standard" del control de razonabilidad de la ley, por lo cual son inconstitucionales (arts. 16, 17, 28 y 33 de la Constitución Nacional y Fallos: 326:2004).

Adicionalmente, la aplicación de tal modalidad proyecta manifiestas desigualdades, a saber: **a)** se establecen límites territoriales (24 localidades) o de volumen de servicio (el 35 % de los abonados) para el sistema de cable, mientras que la televisión pública o los sistemas satelitales pueden llegar a toda la Argentina (art. 45.1.c y último párrafo del mismo apartado); **b)** los grupos de medios extranjeros no tienen límite para la explotación de señales de cable en el país, mientras que la parte actora sólo podrá continuar con una señal de cable (art. 45.1.b. y 45.3.); **c)** los titulares de una licencia de televisión abierta no pueden ser titulares de una licencia por suscripción en la misma área y viceversa, cuando se trata, en rigor, de diferentes mercados que no afectan de modo alguno la competencia (art. 45.2. c.); y **d)** la limitación de la titularidad a los registros de señales (art. 45.1.b. y 45.3). Esta situación constituye un indebido privilegio para persona o grupo de personas reñido con las garantías constitucionales (art. 16 de la Constitución Nacional; y doctrina de Fallos: 268:228; 271:124; 273:241: 274:300; 277:357; 276:218; 279:182; 306:1047; 315:839; 322:2346 y 326:3142, entre otros).

USO OFICIAL

Todos estos aspectos de la ley carecen, entonces, de razonabilidad y de proporcionalidad para alcanzar el fin propuesto, alterando la esencia del derecho de expresión que se pretende proteger (Fallos: 171:348; 249:252; 256:241; 263:460 y 299:428).

Cabe hacer notar, asimismo, que el régimen de multiplicidad de licencias excede el marco regulatorio autorizado y resulta no adecuado a los postulados del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al producir una disminución del estado de goce de los derechos fundamentales del ser humano, que incluye, sin duda, el deber de informar e informarse. Y ello por cuanto no sólo se afecta el derecho individual de expresión y de propiedad del titular en cuanto a recibir y difundir información de toda índole, sino también la libre circulación de las ideas en toda la comunidad, y por ende el intercambio comunicacional del pensamiento ajeno como derecho colectivo.

Demostrada la irrazonabilidad de la disposición legal que dé sentido y autoridad a la regulación restrictiva prevista en el art. 45 de la ley 26.522 (en los aspectos citados), sólo corresponde declarar su inconstitucionalidad, como la de la segunda

parte del art. 48, porque la sola declamación de su segundo párrafo resulta manifiestamente contraria a la garantía protegida por el art. 17 de la Constitución Nacional.

A mayor abundamiento, del análisis de las pericias se advierte que la aplicación del nuevo marco legal regulatorio provocará serios perjuicios en la sustentabilidad operativa y económica de los medios y de las empresas de la parte actora de tal modo de convertirlos en inviables económicamente (cfr. pto. 1.7, 2.1, 2.2., 2.3., 2.4., 3., 5., 6 y 11 de la pericia de fs. 1840/1941), resultando aplicable a su respecto la doctrina de la Corte Suprema de Fallos: 320:1191.

6.- La medida cautelar dispuesta inicialmente por el juzgado, confirmada y prorrogada oportunamente por la Cámara, temperamentos ambos admitidos en sendas oportunidades por la Corte Suprema, fue lo que impidió que se produjeran los daños aducidos inicialmente por la parte actora por la aplicación del art. 161 de la ley 26.522, cuyo planteo de inconstitucionalidad ha devenido abstracto por el agotamiento del plazo allí previsto de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema la sentencia del 27 de diciembre último.

La pretensión de indemnización de daños a su respecto fue, entonces, bien peticionada por la parte actora en su demanda, puesto que si no prosperaba la medida cautelar sólo le hubiera quedado atenerse a la reparación de los perjuicios (sólo económicos) producidos en el actor (y no los daños comunitarios antes señalados) por aplicación de los artículos declarados aquí inconstitucionales, los que no hubieran podido quedar satisfechos si no formaban parte del objeto de este pleito.

Esta eventualidad, lógicamente, tiene influencia en el balance de la distribución de las costas.

7.- La parte dispositiva de la sentencia en cuanto ordena el levantamiento de la medida cautelar es improcedente por cuanto la decisión anterior de la Cámara del 6 de diciembre último, confirmada por la Corte Suprema, dispuso la prórroga de la medida hasta tanto se dictara la sentencia definitiva.

La sentencia de primera instancia, al tiempo de su dictado, no se encontraba firme ni consentida, no había pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo cual resultó un exceso manifiesto del fallo ordenar el inmediato levantamiento de la decisión precautoria.

Corresponde, en consecuencia, dejar sin efecto también esta parte de la sentencia recurrida.

SALA CIVIL Y COMERCIAL Nº1
Registrado al Nº 328 Tº 297
DEL LIBRO DE SENTENCIA.
ALEJANDRA LAGOMARSINO
SECRETARIA

Con el alcance expuesto, adhiero a los votos de los colegas preopinantes.

En mérito a lo deliberado y a las conclusiones del Acuerdo precedente, oído el señor Fiscal General ante esta Cámara, el Tribunal **RESUELVE: a)** Confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y a Teledigital Cable S.A.; **b)** Rechazar la impugnación de inconstitucionalidad deducida por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la ley 26.522; **c)** Rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, apartado 1, incisos 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a una señal), y apartado 2, incisos 'a' y 'b'; declarar que esta compatibilidad constitucional supone el derecho de la parte actora al resarcimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión en los términos de los considerandos 18 y 24 del voto de la vocal preopinante; **d)** Declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso 'c' y párrafo final; apartado 2, incisos 'c' y 'd' y párrafo final; y apartado 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el apartado 1, inciso 'b', del artículo 45, ley 26.522; y ordenar su inaplicabilidad a las licencias que explota la parte actora; **e)** Declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522; y ordenar su inaplicabilidad a las licencias que explota la parte actora; **f)** Rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente; **g)** Revocar lo dispuesto en el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 3204/3232; **h)** Distribuir las costas del litigio en el orden causado en ambas instancias (art. 68, segundo párrafo, y art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Regístrese, notifíquese a todas las partes por Secretaría, con habilitación de días y horas –al Señor Fiscal General en su despacho- y, oportunamente, devuélvanse los autos.

Francisco de las Carreras **Ricardo V. Guarinoni** **María Susana Najurieta**

USO OFICIAL