Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, Veintinueve de octubre de 2013

Vistos los autos: "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa".

Considerando:

1°) Que Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. interpusieron la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 —segundo párrafo—, 161 y concordantes de la ley 26.522 y la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma, con expresa imposición de costas (fs. 63/97).

En sustancial síntesis:

Expresaron que el artículo 41 afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad, al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas.

Agregaron que el artículo 45 establece un régimen de multiplicidad de licencias cuyos límites desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, esas restricciones afectan directamente la independencia de las

demandantes así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional.

A tal efecto, en su presentación realizaron un detallado examen de sus disposiciones.

Con relación al ap. 1, inc. a, sostuvieron que la norma los coloca en desventaja competitiva frente al único operador de televisión satelital de propiedad extranjera, por cuanto éste puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la televisión por cable requiere múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios.

Añadieron que la norma impugnada establece, asimismo, un tratamiento desigual respecto del Estado, que a través de sus empresas puede acumular el servicio de televisión satelital con el resto de los servicios previstos en la ley.

Respecto del ap. 1, inc. b, afirmaron que no existe justificación para incluir en la limitación que establece a las señales de televisión paga, toda vez que no ocupan espacio radioeléctrico alguno, por lo que la restricción constituye una medida distorsiva que afecta la propiedad y la libertad de expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificarla. Arguyeron que el límite máximo de diez licencias que ocupan espacio radioeléctrico es arbitrario y caprichoso, además de que no condice con la legislación internacional en la materia.

Afirmaron que el inc. c del mismo ap. 1, restringe el aprovechamiento de las economías de escala y densidad que son inherentes a la industria de la televisión por cable, lo cual

impedirá la reducción de costos que podría obtenerse mediante el incremento del número de suscriptores y, por ende, no permitirá una disminución de los precios pagados por los abonados.

En lo atinente a las limitaciones en el orden local establecidas en el ap. 2 del artículo 45, señalaron que la restricción es irrazonable desde el punto de vista de la competencia y genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, por cuanto elimina el doble margen. Sostuvieron que las señales de televisión abierta y el sistema de distribución de canales por cable son servicios complementarios y, por lo tanto, cuando dos empresas que los proveen se integran, internalizan sus decisiones de precios, y el resultado es beneficioso para el consumidor final.

En lo que hace al apartado 3 (señales), adujeron que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de televisión y las empresas distribuidoras de televisión por suscripción (cable y satélite), límite que afecta los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Adujeron que la norma impide la reducción de los costos de transacción y el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existentes en la producción de contenidos.

Concluyeron que este apartado del artículo 45 les causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y configura un flagrante atropello a sus derechos de propiedad, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y prensa, lo

que no guarda correlato con un beneficio para el público, que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del precepto privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, y de acceso a una información variada, independiente e imparcial. Por tales motivos, prosiguieron, la limitación tampoco estimulará la competencia ni beneficiará a los consumidores con una reducción del precio de los servicios.

Manifestaron que el atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio es instrumental para restringir su libertad de prensa y expresión, como medios de comunicación independientes. Al respecto, expresaron que las restricciones que impone el artículo 45 a la multiplicidad de licencias hace imposible la subsistencia de medios de comunicación libres e independientes, con alto grado de penetración y difusión territorial.

Sostuvieron que el artículo 161 las obliga a desprenderse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un año, provocándoles un gravísimo e irreparable daño patrimonial. Señalaron que sus licencias, después de ser prorrogadas por diez años mediante decreto de necesidad y urgencia 527/05 —ratificado por la Cámara de Senadores— vencen casi en su totalidad a fines de la década de 2020, por lo que con tal proyección hicieron sus planes de negocios, que incluyen enormes inversiones. Arguyeron que la norma impugnada desconoce tal situación, por cuanto altera unilateral, retroactiva y perjudicialmente los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a



vender activos vitales para su continuidad empresaria en condiciones negativas.

Enfatizaron que la aplicación del artículo 45 en función de lo dispuesto por el artículo 161, conducirá a que en el exiguo plazo de un año deba transferir sus activos a precio vil a quienes gocen del beneplácito de la autoridad de aplicación.

Arguyeron que el segundo párrafo del artículo 48 es inconstitucional, pues configura una amenaza para sus derechos adquiridos que cuentan con tutela constitucional, al negarle la posibilidad de invocarlos frente a arbitrariedades actuales o futuras.

Añadieron que no reconocen la constitucionalidad de los artículos y efectos de la ley 26.522 no cuestionados en la demanda, efectuando reserva de ampliarla o iniciar una acción por separado por los daños y perjuicios que les puede haber causado o los que les irrogue en el futuro.

Las actoras ampliaron la demanda por los daños y perjuicios derivados de la sanción y promulgación de la ley 26.522, los que, según su pretensión, debían adicionarse a los que se mencionaron en el escrito inicial como producidos por la aplicación de los artículos 45 y 161 de la norma (fs. 125/126).

2°) Que el Estado Nacional se presentó a fs. 486/590 y opuso las excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación para obrar respecto de dos de las actoras. La declinatoria fue rechazada mediante resolución firme (fs. 890, 924/925); el tratamiento de la segunda, tras su sustanciación,

fue diferido para el momento de dictar sentencia por no ser manifiesta.

Esa defensa preliminar fue fundada en que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A., a la fecha de promulgación de la ley 26.522, no eran titulares de licencias o señales en los términos de la ley 22.285, ni socios o accionistas de ninguna empresa licenciataria, por lo que carecían del carácter que invocaban para activar la jurisdicción del tribunal.

El Estado Nacional expresó que las demás coactoras, cuya situación examinó, carecían de agravio que justificase incoar la acción.

A todo evento, el Estado Nacional, contestó demanda. En sustancial síntesis:

Expresó que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es de carácter administrativo y no se asemeja al derecho de propiedad sino que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta.

Argumentó que las demandantes no acreditaron haber dado cumplimiento a las exigencias del decreto de necesidad y urgencia 527/05, lo que impedía alegar cualquier tipo de derecho o agravio basado en las normas atacadas. Manifestó que el citado decreto constituye una de las herramientas legales que torna razonables y aplicables las disposiciones del artículo 161 de la ley 26.522, y que el grupo actor adoptó conductas contradicto-

rias sobre el particular pues algunas de las sociedades que lo componen obtuvieron prórrogas y desistieron posteriormente de muchas de esas licencias o extensiones.

Respecto de las licencias de servicios complementarios cuya titularidad invocan Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Teledigital Cable S.A., expresó que mediante la resolución 557-COMFER/09 se denegó el pedido de fusión por absorción solicitado por la primera de aquellas empresas, con sustento en que infringía lo dispuesto por el artículo 43, inc. b, de la ley 22.285. En función de ello, postuló que la actora no sólo no era titular de las licencias invocadas, sino que tampoco pudo serlo con arreglo al régimen anterior.

Sostuvo que las afirmaciones de la actora relativas a que el régimen de multiplicidad de licencias es irrazonable desde el punto de vista económico y de defensa de la competencia, carecen de sustento.

Afirmó que no existe trato discriminatorio entre la televisión satelital y la televisión por vínculo físico. A tal efecto, expresó que esa situación ya estaba contemplada por la ley 22.285, pero con la diferencia de que la ley 26.522 les impone a ambas el límite del 35% del total de abonados a los servicios por suscripción, y declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Justificó las menores restricciones impuestas al Estado Nacional con sustento en que los servicios prestados por éste cumplen una función social en razón de ser gratuitos y uni-

versales, y los valores que debe promover con arreglo al artículo 121 de la ley.

Refutó el argumento de la actora relativo a los beneficios para los usuarios que se derivarían del ahorro en costos medios de la integración de las licencias entre sí. Para ello, hizo referencia al contenido del dictamen 770/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y afirmó que ese ahorro que se denuncia puede no trasladarse al usuario, con lo cual sólo se beneficia la empresa.

Con relación al artículo 41 sostuvo que el legislador buscó dotar de mayor transparencia al régimen de licencias. Manifestó que ni el Comité Federal de Radiodifusión ni la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual habían otorgado licencia alguna al "Grupo Clarín S.A.".

Adujo que no media lesión a la libertad de comercio, por cuanto las licencias, debido a su naturaleza, no son susceptibles de comercialización ni pueden ser objeto de propiedad.

Afirmó que, en realidad, las actoras persiguen que se las exima del cumplimiento de las normas y no se saneen las irregularidades en que incurrió, desconociéndose no sólo el régimen de licencias sino también las razones de interés público que la regulación contempla. Añadió que el régimen jurídico al que se sometieron las demandantes sella la suerte de su pretensión, y que nunca pudieron invocar derechos adquiridos en forma perpetua, ni que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en los que fueron originariamente concedidas las licencias. Más aún, cuando ni siquiera cumplieron

las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellas mismas tuvieron ocasión de admitir en forma pública ante la Comisión Nacional de Valores.

Con respecto al artículo 161 de la ley 26.522, expresó que el plazo de un año previsto por aquel precepto feneció el 9 de septiembre de 2011, en virtud de lo dispuesto por la resolución 297/10 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, por lo que todo daño originado por la norma sólo podría haberse configurado —por vía de hipótesis— a partir de dicha fecha, circunstancia demostrativa de que al tiempo de la interposición de la demanda resultaba meramente conjetural.

Resistió el reclamo de daños con sustento en que las conductas empresariales desacertadas fueron las que llevaron a las actoras a la situación de vulnerabilidad que acusa frente a la vigencia de la nueva legislación, lo que quiebra el nexo de causalidad entre el obrar del Estado y el supuesto daño o afectación al derecho.

3°) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, "AFSCA") se presentó en la causa y solicitó tomar intervención como tercero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90 y 91, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de hacer valer derechos propios relacionados con el objeto del presente litigio. Como presupuesto, sostuvo que dado su carácter de autoridad de aplicación de la ley 26.522 le asistía un interés legítimo para ser tenida por parte, en la medida en que la sentencia a dictarse en la causa era susceptible de afectar su competencia

de modo directo, circunstancia que incluso justificaba su aptitud para haber sido demandada directamente (fs. 2895/2897). Esta petición fue admitida a fs. 3071/3076.

4°) Que el juez de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa y rechazó la demanda (fs. 3204/3232). Contra dicho pronunciamiento el litisconsorcio actor, el Estado Nacional y la AFSCA, interpusieron sendos recursos de apelación. La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó sentencia a fs. 3648/3675 y resolvió:

a) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y 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, ap. 1, incs. a y b, con excepción de la limitación a una señal;

d) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, ap. 2, incs. a y b;

e) declarar que la compatibilidad constitucional señalada en los puntos precedentes supone el derecho de la parte actora al reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión;

f) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. c, y párrafo final;

g) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 2, incs. c y d, y párrafo final;

h) declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 45, ap. 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. b, del artículo 45, ley 26.522;

i) declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522;

j) ordenar la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales a las licencias que explota la parte actora;

k) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente causa;

l) revocar lo dispuesto en orden al levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso;

m) distribuir las costas en el orden causado en ambas instancias.

5°) Que para así decidir, la jueza Najurieta, a cuyos fundamentos adhirieron los restantes integrantes del tribunal con algunas apreciaciones de su propia autoría, sostuvo que Gru-

po Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. se hallaban legitimadas para promover la presente acción. Respecto de la primera, aseveró que es accionista directa o indirecta de diversas sociedades que operan licencias de medios audiovisuales. Con relación a la segunda, expresó que la impugnación se basaba en que presuntamente titularizaba licencias cuya transferencia a Cablevisión S.A. como sociedad absorbente fue rechaza-da mediante resolución 577 COMFER/09, pero esta decisión no es-taba firme al tiempo de la promulgación de la ley 26.522 pues había sido impugnada judicialmente y, además, la negativa a autorizar la fusión dejó en cabeza de la sociedad absorbida la licencia sobre las que tenía derechos al tiempo de la operación societaria.

6°) Que en lo atinente al fondo de la cuestión, en dicho voto se señaló que conforme con la doctrina de esta Corte la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria que dependa meramente del arbitrio de la administración, por lo que los derechos de la actora no son precarios por su naturaleza y gozan de la protección constitucional que merece la propiedad.

Sostuvo que correspondía distinguir entre los servicios que se prestan con el uso del espacio radioeléctrico de aquellos cuya tecnología no lo utilizan. Expresó que los primeros, por afectar recursos limitados, están sujetos a una mayor regulación estatal; con relación a los segundos, las restricciones se sustentan en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugarse con la libertad de información y de expresión, por lo que una reglamentación que no respete tales límites es incompatible con la protección contenida en los

artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al artículo 41 expresó que dicha cláusula pro-cura prevenir, mediante la previa autorización, los excesos a que dio origen el régimen de transferibilidad de licencias establecido por el decreto 1005/09, que fueron puestos de manifiesto por el informe de la Sindicatura General de la Nación (fs. 2001). Entendió que los medios implementados son conformes con la finalidad perseguida por la regla, esto es, evitar incumplimientos y fraudes. A ello cabía añadir, prosiguió, que la posibilidad de transferir –previa autorización– una importante proporción del capital social, determinaba que el agravio relativo a la violación de la libertad de comercio no revistara entidad suficiente, dado que se exige la motivación del acto administrativo que resuelva conceder o negar la aprobación, recaudo que garantiza la tutela judicial posterior y descarta el riesgo de violación de derechos por negativas arbitrarias o discriminatorias.

En lo que atañe al artículo 45 afirmó que no sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad, sino el derecho a la libertad de expresión e información. En ese orden de ideas, señaló que el control de constitucionalidad no puede prescindir del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sostuvo que las reglas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. b –con excepción de la frase "más la titularidad del

registro de una señal de contenidos"— y artículo 45, ap. 2, incs. a y b, que se refieren al uso del espacio radioeléctrico, guardan proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En ese orden de ideas recordó, con sustento en doctrina de esta Corte, que nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad del derecho objetivo. Agregó que tratándose de un medio limitado, la satisfacción de la finalidad de la ley exige la disponibilidad de frecuencias a fin de asegurar la participación de los tres tipos de prestadores contemplados por el artículo 21 de la norma.

No obstante, señaló que en tanto los medios implementados para satisfacer aquellos objetivos comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas o explotadas conforme un régimen anterior supone el resarcimiento de daños causados por la actividad lícita del Estado por razones de interés general, conforme con la doctrina de esta Corte.

En cambio, consideró que correspondía descalificar el artículo 45, ap. 1, inc. c, y párrafo final; el ap. 2, en los incs. c y d, y párrafo final; y el ap. 3 en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. b del artículo 45.

Con sustento en la pericia económica, sostuvo que tales preceptos importan en conjunto una restricción innecesaria e irrazonable, puesto que como resultado del conjunto de las limi-

taciones la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Expresó que las reglas impugnadas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos.

En lo relativo a las limitaciones sobre las señales (artículo 45, ap. 3), cuya generación y circulación no necesita del espacio radioeléctrico, señaló que repercuten negativamente en la competencia y conducen a menos creatividad y a mayor dependencia de contenidos de producción extranjera.

Aseveró que las restricciones contenidas en la norma *en cuanto a medios que no utilizan espacio radioeléctrico* (itálica en el original) son innecesarias pues no perturban el uso y la reserva de frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que, de otro modo, no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o publicidad oficial. Añadió que también son desproporcionadas –toda vez que existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia–, además de que no son idóneas para los objetivos de lograr una mayor pluralidad de voces para el debate democrático.

De otro lado, consideró que correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, porque su aplicación retroactiva respecto de las licencias adjudicadas comporta una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial surgido de aquéllas, dado que equivale en sus efectos al establecimiento con carácter general de una regla que res-

tringe y perjudica la acción de quien estima que sus derechos han sido constitucionalmente vulnerados. Desde esta comprensión, concluyó que la norma no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad, sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de igual protección.

Afirmó que todo lo precedentemente expuesto tenía consecuencias relevantes respecto de la aplicación del artículo 161, que declaró compatible con la Constitución Nacional. Ello era sí por cuanto, en virtud de la solución a la que se llegaba en el fallo de admitir parcialmente la tacha de invalidez constitucional, las actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el artículo 45 únicamente en la medida en que sus preceptos habían superado el control de constitucionalidad. Por lo tanto, las empresas debían presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de desinversión sólo en los términos en que la sentencia rechazaba las impugnaciones constitucionales. Agregó que, por ende, el carácter limitado de esa obligación y el tiempo transcurrido, autorizaban a concluir que el artículo 161 no aparecía como irrazonable o arbitrario ni conculcaba de manera significativa derechos de las demandantes.

En lo que hace al reclamo por daños, expresó que lo resuelto sobre las limitaciones de las licencias que usen el espacio radioeléctrico habilitaba su reclamo. Pero afirmó que en la causa no concurrían las condiciones para examinar en concreto los presupuestos de la responsabilidad, por cuanto no se conocían las circunstancias fácticas que conformarán la relación de la causalidad ni el daño resarcible, por lo que el damnificado

debía formular en el futuro el reclamo que en su comprensión le asiste. Con relación a las normas declaradas inconstitucionales, entendió que la vigencia de la medida cautelar impidió la producción del perjuicio, por lo que no procede en el punto reparación alguna.

Expresó que la decisión del juez de primera instancia de levantar la medida cautelar fue apresurada e improcedente, pues ésta fue prorrogada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa.

Por su parte, el juez Guarinoni añadió respecto del artículo 41 que lo dispuesto por la norma acerca de la intransmisibilidad de las licencias resulta compatible con un régimen en el cual la persona del licenciatario no es irrelevante. Entendió, asimismo, que el artículo 45, en cuanto contempla actividades no comprendidas en el mercado radioeléctrico, establece una discriminación visible en el tratamiento de la televisión satelital y la televisión por cable, porque permite al titular de una licencia explotarla en todo el país, lo cual hacía aplicable la doctrina de las categorías sospechosas.

A su vez, el juez De las Carreras, en el mismo orden de ideas, entendió que el precepto proyectaba manifiestas desigualdades por cuanto: a) se establecen límites territoriales o de volumen de servicio para el sistema de cable que no alcanzaban a la televisión pública o a los sistemas satelitales; b) los grupos de medios extranjeros no tienen límite para la explotación de licencias; c) los titulares de una licencia de televisión abierta no pueden ser titulares de una licencia por sus-

cripción y viceversa, cuando se trata -en rigor- de diferentes mercados que no afectan la competencia; d) se introducen limitaciones a la titularidad de registro de señales.

7°) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos extraordinarios el Estado Nacional, la AFSCA, Cablevisión S.A. y el denominado Grupo Clarín conformado por Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A.

8°) Que el Estado Nacional cuestiona en primer lugar que se haya confirmado el rechazo de la excepción de la falta de legitimación activa de las sociedades actoras Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. Sostiene que la cámara soslayó que los servicios de comunicación audiovisual se rigen por leyes específicas y que las referidas demandantes son explotadoras *de facto* no autorizadas, en una gran parte, de las licencias que operan.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, sostiene que la alzada efectuó una prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la adecuación del grupo actor a los preceptos del artículo 45 de la ley 26.522 declarados compatibles con la Constitución Nacional. Expresa que se ha omitido toda valoración de los reglamentos que regulan el proceso de desinversión, que no se han configurado los extremos que generan el deber de resarcir y que lo resuelto es contradictorio porque los jueces que formaron mayoría en este punto señalaron que la materia excedía el marco cognoscitivo de los términos en que quedó trabada la litis.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45, postula que no existe óbice para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico y el máximo de la población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que se limite la cantidad de señales con el fin de favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preservan la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información. Destaca que la ley se ha inspirado en esa finalidad, así como la de combatir las prácticas monopólicas. Refiere que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. Asevera que el límite a la producción de señales acota el poder de la empresa dominante. Arguye que la norma no coloca a la televisión por cable en desventaja competitiva frente a la satelital, ya que la primera tiene un grado de penetración casi total que determina que los límites de participación de los cableoperadores sean fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información, mientras que la segunda posee una participación de mercado significativamente menor. Ello determina que sea inferior su capacidad de excluir a otros potenciales medios de comunicación, lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos que persigue la ley 26.522.

Respecto del artículo 48, segundo párrafo, alega que en el caso media una relación jurídica administrativa de *tracto sucesivo*, por lo que las consecuencias y efectos jurídicos se rigen por la nueva norma conforme con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil y, además, las empresas actoras no resultan titulares de un derecho real de dominio con arreglo a aquel ordenamiento.

Postula que la descalificación del artículo 45 privó de efectos útiles al artículo 161 de la ley, pese a haberse declarado su validez constitucional.

9°) Que la AFSCA sostiene en su recurso extraordinario que la cámara incurre en valoraciones subjetivas, ingresa en el examen de la conveniencia o acierto de la ley y resuelve con prescindencia de la prudencia que debe presidir el examen de constitucionalidad de la norma. Expresa que el fallo analizó la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que surgen de cumplir con la manda constitucional que está dirigida a establecer políticas que favorezcan la libre competencia y eliminen los monopolios. En ese orden de ideas, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Objeta lo afirmado por la alzada en el sentido de que el Estado no puede regular los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico, ya que ello implica que aquél resigne el ejercicio de potestades reglamentarias que tienen como finalidad preservar la competitividad del mercado y evitar la formación de monopolios u oligopolios. Refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales, y que en el contexto internacional se han impuesto restricciones más severas que incluso prohíben la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión, lo cual pone de manifiesto la razonabilidad de los topes.

Aduce que el tribunal a quo no consideró los efectos sociales de la sentencia, pues no valoró que su decisión sólo generará un mercado más concentrado a favor de la actora. Sostiene que la descalificación del artículo 48 carece de fundamento, pues en la materia debe prevalecer la continuidad de la actividad del Estado en pos del bien común.

Afirma que el artículo 45 no discrimina a favor de los operadores satelitales ni de las señales extranjeras. Ello, por cuanto los primeros no pueden prestar el servicio por cable ni por televisión abierta y las segundas no son prestadoras del servicio de televisión paga por suscripción.

Asevera que la ley no afecta la libertad de prensa porque fomenta la igualdad de oportunidades y la participación en los medios, pues desconcentra el sector e impide que haya actores dominantes. Sostiene que no corresponde indemnización por

actividad lícita del Estado, porque no existe norma que genere a favor del actor un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior.

Hace hincapié en la posición dominante de la actora en el mercado que vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional. Postula que lo resuelto impide el ejercicio de facultades constitucionales y legales que le asisten como autoridad de aplicación.

10) Que Cablevisión S.A. sostiene que el tribunal a quo no dio respuesta fundada a sus planteos relativos a que el artículo 41, al prohibir la transferencia de la totalidad de los paquetes accionarios de las empresas, vulnera las garantías de propiedad y de libertad de comercio.

Aduce que la solución elegida por el legislador no guarda relación razonable con el fin perseguido de evitar incumplimientos y fraudes, que permitan conocer quién es el titular y responsable de una licencia en un momento dado, pues para ello existían reglamentaciones alternativas menos restrictivas.

Arguye que la norma modifica sustancialmente las condiciones legales bajo las cuales pueden comercializarse las licencias y, de ese modo, ignora que del contenido de los contratos emergen derechos de propiedad. Añade que se ha vulnerado la confianza legítima derivada de la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 527/05. Afirma que existe nexo entre el citado artículo 41 y lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48, pues no pueden dejar de extenderse a aquél las consideracio-



nes efectuadas respecto de estos dos últimos preceptos, sin caer en contradicción.

Expresa que el tramo de la sentencia que cuestiona hizo mérito de las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que constituyen una evidente desigualdad entre el Estado y quienes contratan con él, por alegados motivos de interés público que no siempre son nítidos ni fáciles de identificar. Sin embargo, prosigue, ese interés también está integrado por el de consumidores y usuarios —entre los que se encuentra el derecho de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo— y de los contribuyentes, la libertad de empresa, la competitividad externa e internas y derechos personalísimos y fundamentales como la libertad expresiva y el derecho a la información.

Manifiesta que en ocasiones los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para lograr los fines de la ley.

Respecto del artículo 161 afirma que la fijación de un plazo cualquiera sea su extensión siempre sería susceptible de descalificación, porque ha sido establecido para obligar al cumplimiento de disposiciones que vulneran derechos constitucionales y convencionales. Sin perjuicio de ello, señala que la alzada no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que debe-rían llevar a cabo para adecuar su estructura societaria a las disposiciones de la ley.

11) Que el denominado Grupo Clarín reitera las impugnaciones efectuadas por Cablevisión S.A. relacionadas precedentemente; asimismo, cuestiona el rechazo parcial de la acción de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 que fueron consideradas válidas en la sentencia.

Afirma que el caso requiere un control de constitucionalidad estricto que supone la presunción de invalidez de la reglamentación, y que el Estado no dio razones suficientes para desvirtuarla.

Sostiene que la norma contradice el artículo 13, inc. 3°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, por cuanto el proclamado propósito del precepto es combatir un declamado monopolio cuya existencia e ilegalidad no ha sido determinada en un juicio previo tramitado bajo la legislación vigente en materia de defensa de la competencia. Expresa que la ley 26.522, en general, y el artículo 45, en particular, establecen un régimen discriminatorio en tanto sujetan a las empresas de comunicaciones audiovisuales a un régimen más estricto en materia de libre competencia de las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

Arguye que el avance tecnológico torna irrazonable una mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico. Afirma que la limitación de licencias para operar servicios de comunicación que utilizan aquel soporte soslaya que la tecnología ac-

tual ha multiplicado diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo el carácter limitado del recurso.

12) Que mediante resolución del 11 de junio de 2013 la cámara se pronunció sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado Nacional y por la AFSCA. Por un lado, los concedió en las cuestiones que conciernen a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en los artículos 45 y 48 de la ley 26.522, a la interpretación de normas constitucionales y al supuesto apartamiento de lo decidido por esta Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2012 (considerando V; punto a del dispositivo). En cambio, los rechazó en cuanto postulan como materia federal la invalidez del fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (considerando VI; punto b del dispositivo). Esa denegación, dio lugar a la promoción de un recurso de hecho por el Estado Nacional (causa G.445.XLIX) y de otra presentación directa efectuada por la AFSCA (G.451.XLIX), que corren agregados por cuerda.

En ese mismo pronunciamiento, la alzada concedió los recursos extraordinarios promovidos por Cablevisión S.A. y por Grupo Clarín, en la medida en que se centran en la inteligencia y aplicación de normas federales, constitucionales y legales, y en el juicio que realizó la sentencia apelada sobre la compatibilidad entre tales normas (considerando VII; punto a del dispositivo).

13) Que tras el llamamiento de autos, de haberse dado intervención al Ministerio Público de la Nación en los términos de lo dispuesto en la ley 24.946 —artículo 33, inc. a, ap. 5°— y de haber dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, el Tribunal decidió oír a las partes en audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/97 y habilitar la causa para que participen los *Amicus Curiae* que contempla la acordada 7/2013, efectuando las necesarias adaptaciones que exigían las circunstancias que singularizan a este caso (conf. resolución del 14 de agosto, con su reglamento anexo).

Bajo esas condiciones, en la audiencia llevada a cabo el 28 de agosto efectuaron sus alegaciones los *Amicus Curiae* (conf. acta de versión taquigráfica; fs. 4044/4071). En esta condición acompañaron en la defensa de sus derechos al litisconsorcio actor, el Observatorio Iberoamericano de la Democracia, la Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica; la Asociación Internacional de Radiodifusión; la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA); el Comité del Consumidor (CODELCO); y el Dr. Lucas Sebastián Grossman. Los *Amicus Curiae* que acompañaron al litisconsorcio demandado fueron la Universidad Nacional de Lanús; la Universidad Nacional de San Martín; el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); la Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR); y la Asociación Argentina de Juristas. También fueron autorizados por la Corte a participar en dicha condición —en los términos del punto 4°, *in fine*, del reglamento aprobado por la mencionada resolución del 14 de agosto- la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual y el Centro de

Estudios en Derecho y Economía, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, la Procuradora General de la Nación, doctora Alejandra Gils Carbó, solicitó opinar verbalmente ante el Tribunal y fue habilitada para hacerlo en dicho acto (proveído del 27 de agosto, fs. 3992/3993, punto 1).

La audiencia pública continuó con la participación de ambos litisconsorcios el 29 de agosto, cuyas representaciones letradas y técnicas fueron ampliamente interrogadas por el Tribunal, otorgándoseles al concluir el acto la posibilidad de cerrar sus exposiciones con sus alegaciones finales (conf. acta de versión taquigráfica obrante a fs. 4072/4099).

Por último, cabe destacar que el Tribunal admitió también la participación como *Amicus Curiae* mediante presentaciones por escrito de la Fundación LED-Libertad de Expresión más Democracia; la Asociación Civil Red de Carreras de Comunicación Social y Periodismo (REDCOM); la Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI); la Asociación Mundial de Radios Comunitarias; la Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC); la Asociación Civil FARCO (Foro Argentino de Radios Comunitarias); y la Universidad Nacional de Moreno (conf. proveído del 27 de agosto, de fs. 3992/3993, y legajo agregado por cuerda).

14) Que por razones de prelación lógica es necesario considerar inicialmente la admisibilidad del recurso extraordinario del Estado Nacional, cuya denegación dio lugar a la queja G.445.XLIX. en el punto que impugna el rechazo de la excepción

de falta de legitimación activa para obrar en cabeza de dos de las demandantes.

En este aspecto la apelación federal es inadmisible, pues los agravios conducen únicamente al examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho procesal y común, propias de los jueces de la causa y ajenas, como principio, a la instancia de excepción prevista en el artículo 14 de la ley 48, máxime cuando, como en el caso, el pronunciamiento impugnado cuenta con fundamentos no federales suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad (Fallos: 323:2879, entre otros).

15) Que, en cambio, los recursos extraordinarios de los demandantes, del Estado Nacional en los demás puntos que promueve y de la AFSCA, son formalmente admisibles puesto que se encuentra en disputa la inteligencia y validez constitucional de una norma de carácter federal como la ley 26.522, bajo la tacha de ser repugnante a los derechos de propiedad y a la libertad de expresión reconocidos por la Constitución Nacional (artículos 14, 17 y 32) y por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículos 13 y 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos IV y XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos Civiles del Hombre; artículos 19 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es adversa a los derechos que los apelantes sustentan en ellas (artículo 14, incs. 1 y 3, de la ley 48). Al respecto cabe recordar que en la tarea de determinar la interpretación y alcances de normas de tal naturaleza, la Corte no se encuentra limitada por

los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 314:529; 316:27; 319: 2931; 321:861; 331:735, entre muchos otros).

Además, corresponde efectuar el examen conjunto de las causales de arbitrariedad que se vinculan de un modo inescindible con la prescindencia o deficiente interpretación de las normas federales citadas y de argumentos conducentes para la solución de la controversia (Fallos: 313:664), por lo que en esa medida corresponde declarar admisibles las quejas del Estado Nacional y de la AFSCA, G.445.XLIX y G.451.XLIX., respectivamente.

16) Que a continuación se hará referencia al esquema que seguirá la decisión judicial pues, a pesar de las complejidades técnicas y argumentativas de casos como el presente, los jueces deben exponer, de la manera más clara posible, el modo en que argumentan para llegar a su decisión. Ello aumenta la persuasión, contribuye a la transparencia y fortalece el debate democrático.

En primer lugar, con fundamento en las posiciones de las partes, se hará referencia al marco constitucional en el que se sitúa el conflicto. A tal fin, se realizarán consideraciones sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y sobre el rol que debe asumir el Estado en cada supuesto –específicamente en materia regulatoria– para garantizar su efectiva vigencia (considerandos 17 a 25). Por su especial gravitación, se hará hincapié en las diferentes formas que el Esta-

do puede elegir para garantizar la libertad de expresión en su faz colectiva (considerandos 26 y 27).

En segundo lugar, se argumentará que la libertad de expresión puede lesionarse directa e indirectamente y se determinará si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín, para lo cual se realizarán ciertas consideraciones sobre el criterio utilizado por esta Corte en el *leading case* "Editorial Río Negro" y se analizarán las pruebas producidas en autos (considerandos 28 a 36).

En tercer lugar, se fijará el estándar de escrutinio constitucional que corresponde utilizar (considerandos 37 y 38) y se ingresará al control de cada uno de los artículos cuestionados, examinándose los requisitos que hacen a su razonabilidad. Por motivos argumentativos, este análisis se realizará en el siguiente orden: artículo 45 (considerandos 39 a 52), artículo 161 (considerandos 53 a 61), artículo 48, segundo párrafo (considerandos 62 a 67) y artículo 41 (considerandos 68 a 73).

Para finalizar, se efectuarán algunas precisiones a modo de *obiter dictum* (considerando 74).

17) Que de acuerdo con el esquema expuesto, corresponde comenzar identificando los derechos que, según las partes, se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, el Grupo Clarín manifiesta que las disposiciones cuestionadas vulneran sus derechos de propiedad y libertad de comercio, generando daños patrimoniales graves e irreparables que afectan directamente su independencia y sus libertades de prensa y expresión (fs. 64 vta. y 72 vta.).

Por el otro, el Estado Nacional demandado funda su posición en el carácter de interés público de los servicios de radiodifusión y en la necesidad de promover la diversidad y la universalidad en el acceso a dichos servicios, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir y difundir informaciones, ideas y opiniones. A tal fin, pone énfasis en el "desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de nuevas tecnologías, de la información, y de la comunicación" (conforme artículos 1° y 2° de la ley 26.522).

18) Que así planteada la cuestión, las posiciones de las partes conducen a analizar el derecho a la libertad de expresión desde sus dos dimensiones: la individual y la colectiva. Ello es así, en tanto la libertad de expresión en su faceta individual estaría afectada -según alega el grupo actor- a través de la violación a sus derechos de propiedad y libertad de comercio. Por su parte, el Estado Nacional justifica la regulación efectuada por la ley en la promoción de la libertad de expresión en su faz colectiva.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a co-

nocer la expresión del pensamiento ajeno ("La Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; y casos "La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile", sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77).

19) Que en su faz individual el derecho a la libertad de expresión es el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., a través de cualquier medio (conf. Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Tomo I, pág. 271 y ss).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que "[e]n su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas 'por cualquier...procedimiento', está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de

divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella" (OC 5/85, párrafo 31, y casos "La Última Tentación de Cristo", párrafo 65; "Ivcher Bronstein", párrafo 14; "Tristán Donoso vs. Panamá", sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 109).

Este derecho comprende:

a) El derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008).

c) La libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

20) Que desde esta visión, la libertad de expresión se constituye en la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de la cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo libre.

Entendida de este modo -como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo- el ejercicio de la libertad

de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros (artículo 19 de la Constitución Nacional). Este Tribunal ha manifestado que "el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros" (Fallos: 335:799).

21) Que en su faz colectiva -aspecto que especialmente promueve la ley impugnada- la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (OC 5/85, párrafo 70 y casos "Herrera Ulloa", párrafo 112; "Ricardo Canese", párrafo 82; "Kimel", párrafos 87 y 88; "Apitz Barbera y otros ["Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"] vs. Venezuela", sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 131; "Ríos vs. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 105; y "Perozo y otros vs. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 116) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: "[s]e trata de la esencia mis-

ma del autogobierno" ("Garrison v. Lousiana", 379 U.S. 64, 1964).

Esta decisión colectiva supone que la elección de los individuos se realiza en un contexto de debate público que, tal como lo ha expresado el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso "New York Times v. Sullivan", debe ser "desinhibido, fuerte y ampliamente abierto" (376 U.S. 254, 1964) y debe priorizar la verdad, más que consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte del gobierno o de un licenciatario privado ("Red Lion Broadcasting Co v. FCC", 395 U.S. 367, 1969). De aquí se sigue que se considere a la libertad de expresión como una protección de la soberanía popular (Alexander Meiklejohn, "The First Amendment is an Absolute", Supreme Court Review [1961], 245-266, en especial página 255; Owen M. Fiss, La ironía de la libertad de expresión, Harvard University Press, 1998, pág. 6 y ss), en tanto garantiza "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas" ("Associated Press v. U.S.", 326 U.S. 1, 1945).

En este sentido, esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que "[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamen-

talmente su propia esencia contra toda desviación tiránica" (Fallos: 248:291; 331:1530, entre otros).

Dijo también que la libertad de expresión no sólo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (doctrina de Fallos: 306:1892; 310:508).

22) Que desde esta perspectiva el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. **La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondición del sistema democrático.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la libertad de expresión resulta "condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (…), una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" (OC 5/85, párrafo 70), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein", párrafo 149).

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, punto 42).

Por su parte, Owen M. Fiss explica respecto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos -fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional- que "la discusión libre y abierta de los asuntos públicos es una precondición esencial para ejercer el poder de autogobierno de una manera inteligente y reflexiva; la libertad de expresión y de prensa, pues, son protegidas por esta razón. Bajo esta teoría, la Primera Enmienda protege el derecho de los individuos de participar en el debate público -de expresar sus puntos de vista libremente- con el fin de mantener y fortalecer el poder de autodeterminación colectiva. La expresión contribuye a la democracia y en razón de esta relación instrumental, la primera [enmienda] adquiere un tinte claramente político" (Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión, AD-HOC, 2010, pág. 27 y ss).

23) Que para lograr este objetivo resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación o, más exactamente, como lo ha manifestado el tribunal interamericano en la ya citada OC 5/85, "que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios", lo que exige "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" (párrafo 34).

En el mismo sentido, Carlos S. Nino ha expresado que para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias, con idéntica capacidad de introducir temas en la agenda (La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997). Es en este campo de la democracia que no pueden admitirse voces predominantes que oscurezcan el debate público. Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse.

24) Que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde -como se dijo- la actividad regulatoria del Estado es mínima, **la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado**, por lo que su intervención aquí se intensifica.

Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable. Ello es así, en tanto "[e]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un redu-

cido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático" (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55).

25) Que en este marco, el Estado puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado que "en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (OC 5/85, párrafo 56).

La intervención estatal activa para la vigencia de la libertad de expresión ha sido también reconocida en numerosas decisiones de la corte interamericana al expresar que la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos, puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas ("Kimel", párrafo 57; "Tristán Donoso", párrafo 113; "Ríos y otros", párrafos 106 y 107; y "Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina", sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45).

26) Que una de la formas que el Estado podría elegir para asegurar el debate libre y robusto sería la de dejar librado al mercado el funcionamiento de los medios de comunicación e intervenir a través de las leyes que defienden la competencia cuando se produzcan distorsiones -como las formaciones monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante, etc.- que afecten la pluralidad de voces. Bajo este sistema, el Estado -a través de la autoridad competente- podría castigar aquellos actos o conductas que se constituyan en prácticas restrictivas de la competencia y que puedan resultar perjudiciales a la libertad de expresión en su faz colectiva. Este sistema supone la intervención *a posteriori* de la autoridad pública, la que trabajará caso por caso para ir corrigiendo las distorsiones que afecten el objetivo buscado.

27) Que otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es **a través de la sanción de normas que *a priori* organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de**

comunicación. En este supuesto, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas.

A favor de esta forma de regulación la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos expresó que "es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información" y agregó que "las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector de la radiodifusión (...). Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado" (Capítulo IV, apartado d, del Informe 2004).

Desde este punto de vista, la política regulatoria podría establecer la cantidad de licencias de las que un sujeto puede ser titular, porcentuales máximos a nivel nacional y local y todas aquellas limitaciones y combinaciones que considere adecuadas para incentivar el pluralismo en el debate público. Este tipo de política regulatoria del Estado puede recaer sobre licencias de cualquier naturaleza, ya sea que éstas utilicen el espectro radioeléctrico o no. Ello es así, pues el fundamento de la regulación no reside en la naturaleza limitada del espectro como bien público, sino, fundamentalmente, en garantizar la pluralidad y diversidad de voces que el sistema democrático exige,

que se manifiestan tanto en los medios que usan el espectro como en aquellos cuyas tecnologías no utilizan tal espacio.

28) Que la libertad de expresión en su faz individual puede lesionarse de manera directa e indirecta. Sobre esta última, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 13.3, que "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 información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Este modo indirecto de lesionar la libertad de expresión es el que interesa en el caso, dados los términos en que ha sido planteada la cuestión por la actora, cuando sostiene que la ley, al afectar la sustentabilidad económica del grupo, viola su libertad de expresión (conf. escrito de demanda, fs. 64 vta. y 72 vta., y acta de versión taquigráfica de la audiencia pública celebrada el 29 de agosto de 2013, agrega a fs. 4072/4099, en especial fs. 4072 vta. y 4073).

29) Que de acuerdo con ello, para determinar si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín deben realizarse las siguientes consideraciones.

En el *leading case* "Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén", esta Corte ha señalado que los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de ideas. En este precedente el Tribunal se

refirió a la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que "[l]os medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (Fallos: 330:3908).

En dicho fallo el Tribunal partió de la existencia de conductas del Estado provincial demandado dirigidas a disminuir e interrumpir el otorgamiento de publicidad oficial al medio actor. Sobre la base de esa premisa -la existencia de medidas que de manera **desigual** afectaban a un sujeto en comparación con otros- examinó si esas conductas habían importado discriminar al medio, lesionando su libertad de expresión. Por ello el Tribunal consideró necesario presumir la inconstitucionalidad de las medidas e invertir la carga de la prueba, y exigió al Estado que pruebe la existencia de motivos suficientes que justificaran la interrupción abrupta de la contratación de la publicidad oficial.

Para ello, la Corte -con cita de John Stuart Mill- estableció que "la carga de la prueba debe recaer sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o a alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en fa-

vor de la libertad y de la imparcialidad" ("The Subjection of Women", Wordsworth Classics of World Literature, 1996, pág. 118).

30) Que el criterio expuesto no resulta aplicable a esta causa. En efecto, a diferencia de lo acontecido en el caso "Editorial Río Negro" en el que, según se expresó, existían medidas discriminatorias tomadas por el Estado contra el medio actor -lo que justificaba la sospecha de inconstitucionalidad de dichas medidas con la consiguiente inversión de la carga de la prueba-, en el sub lite la ley en cuestión regula el mercado de medios de comunicación sin efectuar distinción alguna respecto a los sujetos alcanzados por sus disposiciones. En otros términos, la ley 26.522 no establece reglas dirigidas a afectar a un sujeto o alguna clase de sujetos y no a otros. Por el contrario, **promueve la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias.**

De modo que no corresponde aquí partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba, sino que debe ser el grupo actor quien debe acreditar que la ley afecta sus derechos constitucionales.

31) Que a tal fin, según se señaló, la actora argumentó que la ley –especialmente el régimen de multiplicidad de licencias impuesto por el artículo 45– afecta su libertad de expresión porque priva a su parte de sustentabilidad operativa y económica. Para acreditar tal extremo el Grupo Clarín ofreció una pericia económica (agregada a fs. 1840/1898) y otra contable (fs. 1758/1777), cuyas conclusiones resultan necesarias para de-

terminar si efectivamente la limitación de licencias quita sustentabilidad económica a su parte.

32) Que el perito económico abordó tal cuestión al responder el punto 2 propuesto por la actora, relativo a cómo la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley afecta la sustentabilidad operativa y económica de las empresas que conforman el Grupo Clarín.

Una adecuada lectura de la respuesta a este punto, teniendo en cuenta también el resto de las consideraciones realizadas por el perito a lo largo de todo su dictamen, permite extraer dos conclusiones principales. La primera, que la modificación al régimen de licencias dispuesta por la ley tiene virtualidad para afectar las economías de escala, densidad y alcance propias de toda industria de red, así como las sinergias que se obtienen a partir de la utilización de recursos en forma compartida. Esta afectación se traduciría en un incremento de costos medios y en una reducción de ingresos, lo cual podría generar, a su vez, efectos negativos sobre el acceso al mercado de capitales para el financiamiento de proyectos de inversión y dificultades para el desarrollo de nuevas tecnologías. También podría ocasionar pérdidas en el valor patrimonial de las empresas y en la cotización de las acciones del grupo.

La segunda conclusión, que adquiere aquí un valor decisivo, es que no surge de la pericia que las restricciones mencionadas tengan entidad suficiente como para comprometer o poner en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empre-

sas que componen el Grupo Clarín, aun cuando puedan conllevar una disminución de sus beneficios o rentabilidad.

En efecto, si bien el perito afirma en varias oportunidades que la ley afecta fuertemente la sustentabilidad operativa y económica de las empresas del grupo, un minucioso examen del informe pericial evidencia que se trata de una afirmación dogmática que no ha sido debidamente fundada. Así, por ejemplo, de la respuesta al punto 3 del dictamen, en referencia a los perjuicios que le causaría a la empresa Cablevisión S.A. la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley -especialmente, cómo impactarían en su evolución económico-financiera los límites de 24 licencias o del 35% del total de abonados- surge que, a pesar de la reducción de la rentabilidad, la compañía puede restablecer el equilibrio en el flujo de fondos ajustando algunas variables, tales como prescindir de empleados en las regiones en las que dejaría de operar, incrementar los precios del servicio y reducir las inversiones de capital en forma proporcional a la disminución del tamaño de la empresa.

Con respecto a los demás límites de licencias previstos en el artículo 45, el informe señala cuáles serían las pérdidas de ingresos, facturación y rentabilidad para los distintos supuestos que plantea, además de la eventual baja en la calidad de programas y señales, pero en ningún momento hace referencia a que tales pérdidas pudieran afectar la sustentabilidad de las distintas empresas.

33) Que a idéntica conclusión cabe arribar con relación a la pericia contable, donde la perito informó acerca de

las pérdidas que sufriría el Grupo Clarín –y especialmente las empresas Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.– en caso de tener que adecuarse a los límites de licencias y registros que fija el artículo 45 de la ley (respuestas a los puntos "e", "h", "i", "j" y "k" propuestos por la actora). Tampoco allí se realiza consideración alguna que permita siquiera intuir que tales pérdidas podrían llegar a comprometer la sustentabilidad financiera de las empresas actoras.

34) Que de todo lo anterior se desprende que no se encuentra probado en autos que la adecuación del Grupo Clarín al régimen de licencias previsto en la ley ponga en riesgo, desde un punto de vista económico u operativo, la subsistencia del grupo ni de cada una de las empresas que lo integran.

35) Que, por otra parte, si la adecuación del grupo actor al límite de licencias que prevé la ley lo tornara inviable desde el punto de vista económico, cabría preguntarse cómo es posible que otros grupos licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual que no exceden ese máximo de licencias resulten económicamente sustentables. La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector.

36) Que las consideraciones precedentes llevan a concluir que de acuerdo con las constancias de la causa, **en el caso no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen**

de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica.

Corresponde aquí realizar una aclaración. Si bien en el citado precedente "Editorial Río Negro" el Tribunal no consideró necesaria la asfixia económica o quiebre del medio para tener por configurada una afectación indirecta a su libertad de expresión (considerando 9°), tal conclusión tuvo como premisa fundamental que la medida en examen estaba dirigida exclusivamente a la editorial actora e implicaba un trato desigual e injustificado. Fue por esa razón que el Tribunal entendió que la medida restringía indirectamente su libertad de expresión aun cuando su impacto económico no pusiera en riesgo la subsistencia de la empresa. Pero en el presente caso no se da esa premisa básica, pues la medida que se evalúa consiste en una ley general que promueve la libertad de expresión en su faz colectiva y no genera diferencia alguna entre sus destinatarios. De ahí que, en casos como el presente, la violación indirecta a la libertad de expresión requiere la afectación de la sustentabilidad económica de la empresa.

Por consiguiente, habiendo concluido el trámite del juicio, las pruebas producidas permiten ratificar la conclusión a que arribó el Tribunal en su pronunciamiento del 22 de mayo de 2012 en el incidente de medida cautelar, en el sentido que la actora no aportó elemento probatorio alguno que demuestre de qué modo resultaría afectada su libertad de expresión, ni ha acreditado que exista una restricción concreta a dicha libertad que permita invalidar una norma de regulación de la competencia (considerando 10).

37) Que se ingresará ahora en el control de constitucionalidad de las normas cuestionadas, según el orden ya indicado. Dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258: 255; 330:855 y 5345, entre muchos otros).

38) Que para determinar la intensidad con que debe ejercerse el control, cabe tener presente que, por las razones expresadas, no corresponde presumir la inconstitucionalidad de las normas involucradas. Además, el escrutinio debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza —como ocurre en el caso de autos—, el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad.

Estas pautas permiten descartar un estándar intenso de control, por lo cual no corresponde que el Tribunal revise el requisito de necesidad de los medios seleccionados por el legislador para el cumplimiento de los fines.

39) Que para evaluar la razonabilidad del artículo 45 –de acuerdo con los criterios establecidos– corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma.

40) Que en cuanto a los medios escogidos por el legislador, debe tenerse presente que la disposición enjuiciada establece límites a la cantidad de licencias y registros de servicios audiovisuales en cabeza de una misma persona, sea en forma directa o a través de la participación en sociedades titulares de licencias o registros. Dichos límites se fijan en un doble orden: nacional y local.

En el orden nacional, una persona puede ser titular de:

(a) una licencia de servicio audiovisual sobre soporte satelital, y si ese servicio es por suscripción, no puede acumular otro tipo de licencia;

(b) 10 licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; y

(c) 24 licencias de televisión por suscripción con vínculo físico y sin uso de espectro radioeléctrico, es decir, de televisión por cable.

En ningún caso la acumulación de licencias puede implicar que una misma persona preste el servicio a más del 35% de habitantes o abonados, según corresponda.

En el orden local, los límites a la cantidad de licencias son los siguientes:

(a) una licencia de radio AM;

(b) una licencia de radio FM, o 2 licencias si existen más de 8 en el área; y

(c) una licencia de televisión por suscripción o una licencia de televisión abierta.

En ningún caso se pueden acumular más de 3 licencias en una misma área.

Finalmente, la norma fija límites a la cantidad de registros de señales de servicios audiovisuales:

(a) los titulares de licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico, sólo pueden tener el registro de una señal; y

(b) los titulares de licencias de televisión por suscripción sólo podrán tener el registro de una señal de generación propia.

41) Que tales limitaciones —a la luz del proceso de adecuación previsto en el artículo 161 de la ley, cuya constitucionalidad será examinada más adelante— implica que la actora

deberá desprenderse de las licencias y registros que excedan los límites previstos en el artículo 45, lo que podría llegar a generar una restricción sobre su derecho de propiedad que eventualmente se materializaría en pérdidas de ingresos y rentabilidad, según concluyen las pericias económica y contable producidas en autos.

42) Que con relación a los fines de la norma, las mencionadas restricciones persiguen como objetivos centrales fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos. En palabras de la ley, lo que se busca es garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local (artículo 45), así como el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia para abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (artículo 1).

Así lo estableció el Poder Ejecutivo Nacional al elevar al Congreso de la Nación el proyecto de ley, cuando expresó que la iniciativa de la regulación buscó "...echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituye también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión". Tuvo como objetivo primordial "la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural" (Mensaje n° 1139, del 27 de agosto de 2009).

Con mayor detalle, en el artículo 3 de la ley se hace referencia, entre otros objetivos, a la promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura; a la construcción de una sociedad de la información y el conocimiento que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías; a la promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; al ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública; a la actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos; al desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación; a la administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos; a la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual; al derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad; y a la preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios.

43) Que no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que **las medidas en cuestión resultan idóneas** para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y

registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones.

44) Que el examen de proporcionalidad de la medida requiere valorar la entidad de la restricción que genera la norma impugnada en función de la importancia del fin legislativo. En tal sentido, cabe destacar que, al limitar la cantidad de licencias y registros que puede tener cada operador, el legislador tuvo como esencial propósito regular el mercado de medios audiovisuales para promover la diversidad y pluralidad de voces y evitar que se consoliden prestadores en posiciones dominantes que distorsionen el mercado.

Las pérdidas de ingresos y rentabilidad a que hacen referencia los peritos en sus informes constituyen lógicas consecuencias de la reducción de los beneficios de las economías de escala, como resultado ineludible de todo proceso de reestructuración empresaria tendiente a evitar o limitar situaciones de concentración.

En el análisis de costos y beneficios que supone el juicio de proporcionalidad no debe perderse de vista la función que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática. A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones, la concentración tiene consecuencias sociales que se

manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales. La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información.

45) Que en este examen de razonabilidad de los distintos límites previstos en el artículo 45 es esencial tener en cuenta que ellos no comprometen la sustentabilidad económica de las empresas que integran el grupo actor ni impiden a éste –como a ningún otro prestador– alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado audiovisual.

46) Que los requisitos de idoneidad y proporcionalidad a que se viene haciendo referencia se encuentran cumplidos en cada una de las limitaciones contenidas en el artículo 45.

En cuanto al mercado de la televisión por cable, una vez admitida la posibilidad de que el Estado lo regule, la limitación del 35% de abonados aparece justificada ya que cualquier operador podría prestar el servicio a más de un tercio del mercado. A su vez, el límite de 24 licencias, en tanto permite alcanzar un porcentaje de mercado similar (32.7%, según surge de la pericia económica; fs. 1858 vta.) tampoco se muestra irrazonable.

A idéntica conclusión cabe arribar con relación al diferente modo en que la ley regula la televisión por cable y la televisión satelital. Ello es así en tanto ambos servicios reconocen la misma cuota de mercado (35% del total de abonados), y si bien las licencias tienen –por razones técnicas– distinto alcance territorial, tal circunstancia carece de entidad en la medida en que las 24 licencias de televisión por cable permiten llegar a un porcentaje muy cercano al límite máximo del mercado. Se suma a ello que la titularidad de licencias de televisión satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual, restricción que no se aplica a los titulares de licencias de televisión por cable.

Con relación a los servicios que usan espectro radioeléctrico, el máximo de 10 licencias se encuentra justificado en función del carácter reducido del medio que utilizan, los derechos de terceros y el interés público (Fallos: 335:600 y sus citas). Por estas razones, este tipo de servicios admite una mayor reglamentación (Fallos: 326:3142).

Por su parte, la limitación según la cual el titular de una licencia de televisión por suscripción no puede acumular en una misma área una licencia de televisión abierta y viceversa, resulta coherente con el principal propósito de la ley de permitir la participación de la mayor cantidad posible de voces en un mismo mercado local.

Y finalmente, la limitación de un registro de señal de contenido, sea que el servicio utilice o no espectro radio-

eléctrico, impide que los distribuidores de señales privilegien las producciones propias por sobre las de sus competidores, logrando así una mayor pluralidad, otro de los objetivos primordiales de la ley.

47) Que no debe perderse de vista que el régimen de multiplicidad de licencias que impugna la actora surge de la propia ley y no de un acto emanado de la autoridad administrativa, ley que, además, ha sido precedida de numerosos proyectos durante los últimos treinta años, fue debatida ampliamente dentro y fuera del Congreso y finalmente sancionada por una importante mayoría de legisladores, representantes de numerosas corrientes políticas.

De acuerdo con ello, y en atención a las valoraciones realizadas por las partes tanto en sus escritos como en la audiencia pública en relación a la jurisprudencia norteamericana, conviene aclarar que las conclusiones que de allí puedan extraerse no resultan aplicables al caso de autos en tanto en dichos precedentes se examinó la constitucionalidad de actos específicos dictados por la autoridad administrativa sobre la base de situaciones fácticas diferentes a las del sub lite.

48) Que, por otra parte, el espíritu de la ley es coherente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia. El primer derecho, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, favorece el acceso de voces plurales. Existe una elaborada doctrina en el área del derecho del consumidor que explica cómo las redes contractuales pueden producir cautividad mediante la restricción de las opcio-

nes que el público tiene a su disposición. La defensa de la competencia, que está prevista como derecho de incidencia colectiva (artículo 43 de la Constitución Nacional), importa la regulación del mercado para evitar la constitución de monopolios y el abuso de posición dominante, ya que, en ambos casos, se perjudica a la población. Este principio constitucional se concreta en las normas de derecho público que regulan la competencia y en las de derecho privado, que, por ejemplo, exigen una función procompetitiva en los contratos.

El principio es que en un modelo de mercado perfecto, cuanto más oferentes existan, más competencia habrá, mejorarán los precios y la calidad de los productos, y los consumidores recibirán los beneficios. En cambio, si hay pocos oferentes con capacidad de imponer sus decisiones en un mercado relevante, podrán aumentar los precios o disminuir la calidad, perjudicando a los usuarios.

En la medida en que las ideas y la información constituyen bienes que se difunden a través de los medios de comunicación, si hay concentración, sólo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que los eventuales perjuicios que, durante la etapa de implementación de la ley, pudieran sufrir los consumidores y usuarios como consecuencia de la alteración —o incluso ruptura— de su relación contractual con los operadores, podría dar lugar a las acciones correspondientes.

49) Que por las razones apuntadas, la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora –en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y sólo se traducen en eventuales pérdidas de rentabilidad– no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que **tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley.**

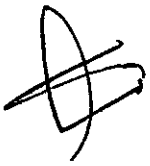
50) Que en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el Tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa. Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada

al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322: 842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313:1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines.

Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

51) Que con especial referencia a los servicios de radiodifusión que no utilizan espectro radioeléctrico –cuyo límite de licencias y registros fue declarado inconstitucional por el tribunal a quo– cabe reiterar que corresponde al Estado la decisión de regular el mercado o dejarlo librado a las reglas de la libre competencia. Es posible argumentar que los fines de la ley podrían lograrse igualmente sin las restricciones que prevé el artículo 45 de la ley –precisamente por el carácter ilimitado del espectro–, **pero ello implicaría un indebido juicio de la necesidad de la medida.** En otros términos, si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era *necesario* fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas me-



nos restrictivas –inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado– es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante.

52) Que en razón de las consideraciones precedentes, corresponde concluir que se encuentran cumplidos los requisitos para reconocer validez constitucional al artículo 45 de la ley.

53) Que corresponde ahora examinar el artículo 161 de la ley, que dispone lo siguiente:

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

54) Que la actora dirigió contra esta disposición una doble impugnación. En primer lugar, argumentó que la aplicación

retroactiva de los límites previstos en el artículo 45 a las licencias otorgadas o prorrogadas al amparo del régimen anterior vulnera sus derechos adquiridos; y en segundo lugar, sostuvo que el plazo de un año fijado para la adecuación conllevaría, en razón de su brevedad, una serie de inconvenientes operativos de difícil solución (como la separación física de redes y la separación de la facturación). Adujo también que ese exiguo plazo para la venta forzada de las licencias debilitaría su posición para negociar las condiciones de la operación, afectando así su derecho de propiedad.

55) Que el agravio referido a la invocada afectación de derechos adquiridos debe ser desestimado, en razón de las siguientes consideraciones.

Tal como se explicó precedentemente, la sanción de la ley 26.522 -que modificó el régimen anterior- se funda en el interés público y en la defensa de la libertad de expresión en su faceta colectiva. Así, la ley caracteriza a la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual como una actividad de interés público (conf. artículo 2°). Es en la búsqueda de este objetivo que el legislador estableció una nueva política regulatoria en la materia.

56) Que con este fundamento, el Congreso diseñó un sistema de multiplicidad de licencias basado en reglas cuya aplicación tiende a modificar relaciones jurídicas existentes por razones de interés público. Para lograrlo, el legislador estableció que los sujetos que fueran titulares de un mayor número de licencias que el establecido en su articulado tendrán que

adecuarse, pudiendo para ello transferir aquellas que tengan en exceso.

De manera que no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por la norma.

57) Que sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (Fallos: 267:247; 308:199, entre muchos otros). Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación **implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad,** lo cual resulta inadmisible y contrario al texto constitucional (conforme artículo 17). La existencia de derechos adquiridos de

ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un nuevo régimen normativo.

58) Que, sin perjuicio de ello, es importante aclarar que las licencias de radiodifusión integran el concepto constitucional de propiedad, que comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad (Fallos: 145:307), por lo que resulta aplicable la doctrina del Tribunal según la cual "[l]a facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (artículo 17)" (Fallos: 301:403; 318:1531).

59) Que el legislador contempló una forma de compensar la restricción al derecho de propiedad como modo de paliar las consecuencias negativas que la aplicación de la nueva legislación pudiera generar, en la medida en que el sistema de desinversión previsto **permite que los titulares de licencias transfieran a un tercero las que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio.** Esta posibilidad de obtener un precio se extiende a los distintos casos contemplados en el decreto reglamentario 1225/10 y en la resolución 297/2010 dictada por la AFSCA (transferencia voluntaria, oferta por la AFSCA y transferencia de ofi-

cio; conf. artículo 161 del decreto y capítulo III, puntos a, b y c de la resolución).

Por lo demás, cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita (Fallos: 328:2654).

En estas condiciones, y no encontrándose en juego la libertad de expresión, no existen razones que justifiquen la aplicación de una tutela inhibitoria a favor de los titulares de las licencias, protección que conllevaría la imposibilidad de implementar la ley hasta que se produzca el vencimiento de los plazos de cada una de las licencias.

60) Que con relación al cuestionamiento del plazo en razón de su brevedad, cabe señalar que más allá de los inconvenientes operativos y de los eventuales e hipotéticos perjuicios patrimoniales invocados por la actora, no surge de autos ningún elemento concreto que permita sostener ni justificar de algún modo la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en la ley.

En su recurso extraordinario, la actora se limita a mantener la impugnación del plazo en razón de que "cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales", de modo que una vez reconocida la constitucionalidad del régimen de licencias del

artículo 45 de la ley, el agravio, así planteado, pierde sustento.

61) Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir, como ya lo señalara el Tribunal en dos oportunidades en esta misma causa (Fallos: 333:1885 y 335:705), que el plazo de un año previsto en la norma venció el 28 de diciembre de 2011. De ahí que, además de los argumentos que conducen a la constitucionalidad del plazo, no puede dejar de valorarse que ya han transcurrido casi dos años desde su vencimiento, lo cual justifica que dentro del término fijado para el cumplimiento de la presente sentencia, el artículo 161 de la ley resulte plenamente aplicable a la actora, con la aclaración de que el plazo de un año allí previsto se encuentra vencido.

62) Que el artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522 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".*

63) Que, ante todo, cabe señalar que los términos empleados por el legislador en esta disposición ofrecen algunas dudas interpretativas en relación a sus efectos. Por un lado, la ley refiere que no podrá alegarse como derecho adquirido frente a nuevas limitaciones "el régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley" (subrayado agregado), lo cual da la idea de que está aludiendo a la situación que deriva de la adecuación

a sus parámetros. Por el otro, y en ese mismo párrafo, el legislador establece la imposibilidad de alegar derechos adquiridos frente a limitaciones establecidas "por la presente [ley]" (subrayado agregado), con lo cual podría entenderse que se refiere a las licencias adquiridas al amparo del régimen anterior.

64) Que en esas condiciones, existen dos posibles interpretaciones: (a) que la norma se aplique al régimen de licencias que resulte del proceso de adecuación previsto en el artículo 161, o (b) que se aplique al régimen de licencias nacido al amparo de la legislación anterior.

En el primer supuesto (señalado como punto a), se podría concluir que la norma dispone que aquellos sujetos que cumplan con el régimen de multiplicidad de licencias que deriva de la ley 26.522 no podrán invocar derechos adquiridos frente a restricciones que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, surjan de su articulado o de normas generales futuras. Bajo esta interpretación la norma sólo podría generar al grupo actor un agravio futuro, una vez que se adecúe al régimen de multiplicidad de licencias que surge de la ley. En otras palabras, no se daría aquí el presupuesto que la norma contiene: la adecuación a los límites del artículo 45, por lo que, de adoptarse este criterio, habría que concluir que resulta prematuro y conjetural expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado.

El segundo supuesto (señalado como punto b), al establecer la imposibilidad de alegar derechos adquiridos frente a las limitaciones que se establezcan en la presente ley, impli-

caría que sus disposiciones alcanzan a las licencias adquiridas bajo el régimen anterior.

65) Que en razón de que esta última interpretación haría mantener virtualidad al agravio, resulta necesario desentrañar el sentido que corresponde asignar a la imposibilidad de alegar derechos adquiridos. En este punto, a su vez, la norma puede ser interpretada de dos maneras: (a) que el licenciatario no pueda alegar derecho alguno frente a las limitaciones de la ley, o (b) que esa imposibilidad se refiera exclusivamente a la titularidad de la licencia.

Cabe recordar que frente a varias interpretaciones se debe optar por aquella "que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental..." (conf. doctrina de Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros). Se debe estar por aquella forma de interpretar que tienda a preservar la norma y no a destruirla (conf. doctrina de Fallos: 247:387 y sus citas). Ello es así en tanto, como ya se señaló, "la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional" (Fallos: 256:602; 302:1666; 316:1718; 322:842; 325:1922; 333:447, entre muchos otros).

66) Que sobre la base de estos principios, la limitación en torno a la imposibilidad de invocar derechos adquiridos debe ser interpretada según el criterio enunciado en el punto b), en el sentido de que **el titular de una licencia no tiene un "derecho adquirido" al mantenimiento de dicha titularidad** frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento. Esta interpretación coincide con la ya recordada doctrina de este Tribunal de que "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" (conf. Fallos: 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 318:1531; 323:3412, entre muchos otros).

En otros términos, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de la licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impediría que quien considerase afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar daños y perjuicios. Esta es la interpretación que mejor armoniza con la Constitución Nacional, a cuyos principios y garantías debe adecuarse la hermenéutica jurídica de las normas legales, en tanto lo permita su letra y su espíritu (Fallos: 258:75).

67) Que, además, esta forma de interpretar el segundo párrafo del artículo 48 es la única que resulta compatible con el artículo 161, que permite a los licenciatarios transferir las licencias a título oneroso. Resultaría una contradicción del legislador sostener, por un lado, que los licenciatarios no tienen derecho alguno frente a normas generales que modifiquen su si-

tuación jurídica (artículo 48, segundo párrafo) y, por el otro, reconocer a éstos el derecho de obtener un precio a cambio de sus licencias (artículo 161).

Cabe recordar que "[l]a ley ha de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y de los propósitos que la animan, a fin de lograr su armonía con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos: 307:2284).

68) Que el artículo 41 establece:

"*Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son in transferibles.*

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".

69) Que esta norma consagra, como principio, la intransferibilidad de las licencias de servicios de comunicación audiovisual. Sin perjuicio de ello, autoriza excepcionalmente su transferencia luego de transcurridos cinco años desde su adjudicación, cuando la operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, siempre que los titulares originales retengan al menos el 50% del capital suscripto o por suscribirse, y que éste represente más del 50% de la voluntad social. La transferencia, en tales casos, está sujeta a la previa aprobación de la autoridad de aplicación.

70) Que el grupo actor manifiesta que esta disposición resulta inconstitucional en tanto, al establecer el principio de que las licencias son intransferibles, cambia retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles y produce que éstas, al quedar fuera del comercio, pierdan significativamente su valor.

71) Que el sistema original de la ley fue el de la intransferibilidad de las licencias (artículo 45 de la ley 22.285). Este régimen fue modificado por el decreto de necesidad

y urgencia 1005/99 que dispuso que "resultaba oportuno suprimir el concepto de intransferibilidad de las licencias, atento a 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". A través de este decreto se pasó al régimen de transferibilidad, previa autorización de la autoridad de aplicación (conf. artículos 45, 46 y 85, inciso i, de la ley 22.285, modificada por el decreto 1005/99).

Con la sanción de la ley 26.522, el Congreso reguló la facultad del Estado de autorizar, bajo determinadas condiciones, la transferencia de licencias. Al volver al principio de intransferibilidad, el legislador tuvo por finalidad -como surge del fallo en revisión- "evitar incumplimientos y fraudes mediante sucesivas operaciones de transferencias y fusiones que impedían controlar al titular y responsable de las licencias en un momento dado".

Así, al considerar a la comunicación audiovisual como una actividad social de interés público, el principio de la intransferibilidad brinda especial importancia al carácter *intuitu personae* del titular de la licencia, constituyéndose en un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue. Cabe resaltar que las licencias son otorgadas luego de un análisis de las condiciones económicas, técnicas y jurídicas de los solicitantes.

72) Que los agravios del grupo actor deben ser desestimados en tanto, como ya se ha manifestado, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a

la inalterabilidad de los mismos (Fallos: 268:228; 284:229; 330: 108, entre muchos otros). En otros términos, el actor no tiene un derecho al mantenimiento del régimen de transferibilidad consagrado por la ley 22.285 (según la modificación introducida por el decreto 1005/99).

73) Que, sin perjuicio de lo anterior, y tal como lo decidiera el tribunal a quo, la posibilidad de transferir –previa autorización– una importante proporción del capital social o cuotas partes de licencias, hace que el agravio del grupo actor relativo a la lesión indebida del derecho a la libertad de comercio no revista entidad suficiente. De todos modos, las eventuales consecuencias que la aplicación retroactiva de la ley pudiera generar al derecho de propiedad del actor podrían dar lugar al pertinente reclamo según los principios que gobiernan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

74) Que dada la trascendencia de la cuestión debatida y los graves cuestionamientos que ambas partes se han dirigido recíprocamente en la audiencia pública ante esta Corte, resulta pertinente realizar algunas precisiones.

La primera de ellas, cabe recordar, es que la función de esta Corte no es la de establecer si la ley 26.522 se adecúa a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces.

Asimismo, como es sabido, la Corte no puede sustituir a las partes en sus planteos, sino que debe limitarse estrictamente a las cuestiones que le han sido propuestas y que constituyen el objeto del pleito. Dicho del modo más claro posible: si un punto específico no es sometido por los apelantes al conocimiento del Tribunal, éste no podrá expedirse al respecto.

Por otra parte, algunos planteos que han sido traídos a conocimiento del Tribunal corresponden a la etapa de aplicación de la ley y no pueden ser decididos en este proceso. El examen constitucional debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones contenidas en las leyes y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (Fallos: 311:1565; 324: 754; 325:2600, entre otros).

Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial.

La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas.

Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los

sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales.

Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.

La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.

Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa. También han sido ajenos a este pleito –y, por consiguiente, a las consideraciones aquí realizadas–, los eventuales perjuicios que la implementación de la ley pudiera producir respecto de personas distintas a las partes, como son los usuarios y consumidores, quienes podrían por hipótesis hacer valer sus derechos por las vías que correspondan.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1°) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

2°) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3°) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

Notifíquese, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, se-

gundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrense los depósitos.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

(En disidencia)

CARLOS S. FAYT

Con su voto

ENRIQUE S. PETRACCHI

Su voto

VO-//-

E. RAUL ZAFFARONI

(En disidencia parcial)

JUAN CARLOS MAQUEDA

Carmen M. Argibay
(En disidencia parcial)

CARMEN M. ARGIBAY

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que en cuanto a los antecedentes del caso, las posturas sostenidas por las partes, y la admisibilidad formal de los recursos deducidos, esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I a VII, inclusive, del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el 14 agosto de 2013 el Tribunal llamó a una audiencia pública informativa que tuvo lugar los días 28 y 29 de ese mes. En dicho acto doce *amicus curiae* expusieron sus puntos de vista, y las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia.

3°) Que la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal consiste en determinar si el contenido de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, es compatible con los derechos y garantías consagrados en los artículos 14, 16, 17 y 32 de la Constitución Nacional —igualdad ante la ley, propiedad y libertad de expresión— y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (en particular, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

4°) Que la ley 26.522 (B.O. 10/10/2009) tuvo por objetivo producir una profunda reforma en la regulación de los servicios de comunicación audiovisual, que hasta entonces habían estado regidos por la Ley de Radiodifusión 22.285 y sus disposiciones modificatorias.

Según lo expresó el Poder Ejecutivo Nacional al elevar al Congreso de la Nación el proyecto de ley, la iniciativa de dicha regulación buscó "(…) echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituya también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión". Tuvo "(…) como objetivo primordial (…) la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural". Asimismo, se destacó que los lineamientos del proyecto responden al criterio sentado en Opiniones Consultivas y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial, en el caso "Ríos v. Venezuela" del 13 de marzo de 2009 (§ 106), en el que se afirmó que, dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, "(…) el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo" (Mensaje n° 1139, del 27 de agosto de 2009).

Para el logro de su cometido, la ley concibió a la actividad mencionada como de "*interés público, de carácter fun-*

damental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones" (artículo 2°, primer párrafo). Puso énfasis en: "el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías, de la información, y de la comunicación" (artículo 1°).

Con mayor precisión, en el artículo 3°, la nueva regulación legal enumeró una serie de objetivos, entre otros: "*a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional*"[1], "*…i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de ideas*"; "*…k) El desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación*"; "*l) La administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una*

[1] Cf. En este sentido, el profuso contenido de la nota a los artículos 2° y 3° de la ley.

igualdad de oportunidades para todos los individuos en su acceso por medio de las asignaciones respectivas".

Este es el contexto normativo en el que deberán examinarse las previsiones cuya constitucionalidad se cuestiona.

5°) Que con particular referencia al artículo 45 de la ley 26.522, cabe precisar que el legislador, bajo el rótulo de "Multiplicidad de licencias", ideó un esquema de restricciones a la concentración de licencias en el ámbito nacional y en el local, cuya finalidad fue expresamente consignada en la norma: ***"(…)garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local(…)".***

Así, en el ***orden nacional***, la norma dispuso en su ***apartado 1*** que cada 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:

a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual.

*b) Hasta diez (10) licencias de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso del espectro radioeléctrico y, además, la titularidad del registro de una sola señal de contenidos —ver Señales, **apartado 3**, punto a), de la misma norma—.*

c) Hasta veinticuatro (24) licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción por vínculo físico en diferentes localizaciones (televisión por cable). En este caso la norma prevé que no podrán ser titula-

res de registro de señales, ***con excepción de la señal de generación propia*** *—ver Señales,* ***apartado 3****, punto b), de la misma norma—.*

Finalmente, a nivel nacional y para todos los servicios, el último párrafo del ***apartado 1***, establece una limitación adicional: la multiplicidad de licencias en ningún caso podrá implicar la prestación de servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda.

Por su parte, en el ***orden local***, el ***apartado 2***, dispuso que sólo se podrá ser titular de:

a) Hasta una (1) licencia de radio AM.

b) Hasta una (1) licencia de radio FM o hasta dos (2) 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 (1) licencia de televisión abierta.

d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una (1) licencia de televisión por suscripción.

Adicionalmente, establece, que 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.

6°) Que el fundamento para el dictado de la disposición transcripta fue expuesto en la nota que acompañó al artícu-

lo 45 del proyecto de ley elaborado por el dictamen de mayoría[2], y en la nota a los artículos 45, 46 y 48 del texto de la ley 26.522 finalmente aprobado.

En aquel dictamen se expresó que la primera premisa a considerar consistía en el Principio 12 de la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Presencia de Monopolios u Oligopolios en la Comunicación Social", y en el Capítulo IV del Informe 2004 de la Relatoría Especial, apartado D, conclusiones. En particular, se reprodujo el siguiente texto: "*La relatoría reitera que la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos de los Estados miembros, y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática*". (...) "*La Relatoría (...) considera que es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información. El establecimiento de mecanismos de supervisión de estas directrices será fundamental para garantizar la pluralidad de la información que se brinda a la sociedad*".

Asimismo, en aquel dictamen se expresó: "*Las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son*

[2] Cf. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, año 2009, Orden del día n° 2005, páginas 30 y 31.

insuficientes para el sector de la radiodifusión. Sólo proveen niveles mínimos de diversidad, muy lejanos de aquello que es necesario para maximizar la capacidad del sector de la radiodifusión para entregar a la sociedad valor agregado. La excesiva concentración de la propiedad debe ser evitada (…) no sólo por sus efectos sobre la competencia, sino por sus efectos en el rol clave de la radiodifusión en la sociedad, por lo que requiere específicas y dedicadas medidas. Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado". "(…)Otras formas de reglas para restringir la concentración y la propiedad cruzada son legítimas e incluyen medidas para restringir la concentración vertical. Por ejemplo, propiedad de radiodifusores y agencias de publicidad y propiedad cruzada por dueños de diarios en el mismo mercado o mercados solapados". Por otra parte, en el dictamen de mayoría se expresó que "(…) en cuanto a la porción de mercado asequible por un mismo licenciatario (…)" se ha tenido en cuenta el modelo regulatorio de Estados Unidos.

A su vez, en la nota a los artículos 45, 46 y 48, se examinó la legislación de otros países en materia de concentración de medios y se señaló que también fueron tenidas en cuenta "(…) *las disposiciones de la ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia y Prohibición del Abuso de la Posición Dominante, así como los criterios de la jurisprudencia nacional en la aplicación de la misma".*

7°) Que, tal como resulta de la lectura de los agravios, ambas partes fundan su postura, en lo sustancial, en la

libertad de expresión reconocida y garantizada por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, así como en diversos tratados internacionales incorporados a ella.

Es que "existe una estrecha relación entre los medios de comunicación, que son el vehículo por el cual se trasmiten las ideas e informaciones, y el concreto ejercicio de la libertad de expresión, pues ésta resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información o acceder a su conocimiento. Bastaría con una simple restricción a la actividad de tales medios para coartar el pleno ejercicio de esa libertad" (Fallos: 315:1943, voto de la mayoría, considerando 10).

En otras palabras, "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente" (Fallos: 330:3908, voto de la mayoría, considerando 10, y 334:109)[3].

8°) Que cabe recordar que la libertad de expresión es, "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra (...) una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal" (Fallos: 248:291; 311:2553; 331:162, entre muchos otros).

[3] Cf. en igual sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Ivcher Bronstein v. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, § 147.

En el mismo sentido, la Corte de los Estados Unidos ha destacado reiteradamente la estrecha relación que existe entre la libertad de prensa y el funcionamiento del sistema democrático y republicano[4]; y ha señalado que "en una sociedad en la que los individuos no pueden observar personalmente todos los actos de su gobierno, éstos —necesariamente— deben ser conocidos a través de la prensa. Sin la información suministrada por los medios de comunicación sobre la administración del gobierno -y su crítica—, no se podría ejercer adecuadamente el derecho a elegir autoridades"[5].

Es, precisamente, por esa íntima correlación, que la libertad de expresión exige asegurar "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas", a fin de lograr que "el debate sobre los asuntos públicos sea desinhibido, robusto, y abierto de par en par"[6].

En definitiva, la protección constitucional no se limita al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino que también incluye el derecho a la información de todos los individuos que viven en un estado democrático (Fallos:

---

[4] Cf. 274 US 357,375,376; 283 US 359,369; 354 US 476,484; 337 US 1,4 y 376 US 254,270.

[5] Cf. "Cox Broadcasting Corp. v. Cohn" 420 US 469, pág. 491/492 —1975—, citado en Fallos 316:1632, voto de los jueces Boggiano y Petracchi.

[6] Cf. "Associated Press v. US" 1, pág. 20 —1945— y "New York Times v. Sullivan", 376 US 254, pág. 270 —1964—.

306:1892; 310:508 y 315:1943, disidencia parcial del juez Petracchi).

9°) Que, por otra parte, el Tribunal ha explicado que "las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (...) han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. 'La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista'" (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 11).

Y, en este nuevo escenario, la concepción clásica de la libertad de expresión —entendida solamente como el derecho a estar libre de toda interferencia estatal—, se adapta mal a la prensa contemporánea.

En efecto, "la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial" (Fallos:

320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 24).

De toda esta clase de atentados —directos e indirectos, estatales y privados— la libertad de prensa debe ser defendida, con igual energía. Porque el propósito de la protección constitucional es "el de preservar un mercado de ideas desinhibido en el que, en último término prevalezca la verdad, más que consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte del gobierno o de un licenciatario privado"[7].

Por tal motivo, esta Corte "participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del artículo 14" y considera que "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: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, considerando 9°, y Fallos: 330:3908, voto de la mayoría, considerando 10).

10) Que el alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa coincide con el contenido de los tratados

[7] Cf. "Associated Press", 326 US 1, 20 y "Red Lion", 395 US 367, 390.

internacionales que hoy integran nuestros textos constitucionales[8].

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la libertad de expresión "es una piedra angular de la democracia" (…) "Ella se inserta en el orden público primario y radical de esta última, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse"[9].

Asimismo, sostuvo que la libertad de expresión, en su doble dimensión individual y social, requiere, "por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno". Afirmó que "para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"[10].

También sostuvo que "no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa (…) [C]omo **tampoco sería admisible que**, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas,

---

[8] Cf. doctrina de Fallos: 321:2558, esp. Considerando 7° del voto de la mayoría y 335:2393.

[9] Cf. CIDH, Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre Colegiación Obligatoria de Periodista, §§ 69 y 70.

[10] Cf. Corte IDH, OC 5/85, §§ 30 y 32 y caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", supra cit., § 148.



se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista"[11].

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "una política integral en materia de libertad de expresión debe incorporar medidas dirigidas a fomentar la diversidad y el pluralismo en el debate democrático". En ese sentido, sostuvo que la promoción de estos valores "es un **interés público legítimo**, que puede **justificar** la toma de **decisiones en materia de radiodifusión**"[12].

11) Que, en igual sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) establece que "(…) *Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones [estatales] directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión*" (principio 13).

Y, paralelamente, dispone que "*Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas*

---

[11] Cf. Corte IDH, OC 5/85, supra cit., § 33.
[12] Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/12 "Marcel Granier y otros vs. Venezuela", § 150.

para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos" (principio 12).

12) Que, a su vez, en su Informe Anual (2004), la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH interpretó el alcance del principio 12 antes mencionado. En particular, entendió que la expresión *"En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación"*, *"no limita en manera alguna la* ***obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios"***. En efecto, *"el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas"*. Consideró que *"no se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión"*. En todo caso, lo que los Estados no deben hacer es *"adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión"*[13].

13) Que, por último, en el año 2007, las Relatorías para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, de la OEA y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como el representante de la Organización para la Seguridad y

---

[13] Cf. Informe anual 2004 cit. §§ 92 A 94.

la Cooperación en Europa (OSCE) sobre Libertad de Medios de Comunicación, emitieron la *Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión: Declaración para la Promoción de la Diversidad en Medios de Comunicación.*

En lo que al caso interesa, declararon: "*En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia,* ***para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas".***

14) Que, por otra parte, aproximadamente desde principios de los años noventa el debate sobre pluralismo en los medios también ha sido intenso en el ámbito de la Unión Europea[14].

---

[14] En este sentido, el Parlamento Europeo ha señalado en varias oportunidades su preocupación e interés en este tema y ha invitado en repetidas ocasiones a la Comisión Europea a presentar medidas concretas. Ello dio origen a varios documentos de la Comisión destinados a abrir el debate sobre la necesidad de la intervención de la Comunidad, tales como el "Libro Verde sobre Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior", en COM (92), 23/12/1992, 480 final; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Seguimiento de las Consultas sobre el Libro Verde sobre 'Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior'; "Evaluación de la Necesidad de una Acción Comunitaria", en COM (94), 5/10/1994, 353 final; "Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General", en COM (2004), 12/5/2004, 374 final. Por su parte, la Carta de

Así, el Parlamento Europeo ha instado[15] a la Comisión Europea y a los Estados a tratar de evitar la concentración, considerando el compromiso de la Unión Europea con la defensa y la promoción del pluralismo de los medios de comunicación *"como un pilar fundamental del derecho a la información y la libertad de expresión"* (pto. A). Señaló, además, *"que* ***la experiencia demuestra que una concentración ilimitada de la propiedad pone en peligro el pluralismo y la diversidad cultural"***, y que un sistema basado exclusivamente en la libre competencia del mercado no puede garantizar tales valores (pto. N).

15) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "Informationsverein Lentia v. Austria"[16], al analizar la compatibilidad de normas que autorizaban un monopolio estatal con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos destacó *"el rol fundamental de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, en particular, en los supuestos en que, por medio de la prensa, sirve para difundir información e ideas de interés general que el público (…) tiene derecho a recibir (…). Dicho objetivo no puede ser logrado exitosamente si*

---

los Derechos fundamentales de la Unión Europea dispone que "se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo" (artículo 11, 2).

[15] Resolución del Parlamento Europeo del 25 de septiembre de 2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea (2007/2253 INI, Diario Oficial de la Unión Europea C 8 E/85, 14/1/2010).

[16] Sentencia del TEDH, 24/11/1993.

no se apoya en el principio del pluralismo, respecto del cual el Estado es el garante último. Esta observación es particularmente válida en relación con los medios audiovisuales, cuyos programas frecuentemente son difundidos en forma muy extendida"[17].

16) Que, por último, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido en varias ocasiones que "las tendencias a la concentración deben contrarrestarse con la mayor rapidez y eficacia posibles", ya que "es muy difícil en este ámbito reparar los errores cometidos"[18].

Dicho tribunal ha afirmado el carácter de libertad "funcional"[19] de la libertad de radiodifusión (artículo 5 I, 2ª. oración, alt. 2, Ley Fundamental alemana), cuyo ejercicio debe garantizar una información que no esté sujeta a la influencia del Estado o de grupos de intereses particulares. En una decisión de hace más de cincuenta años destacó la significación de la radiodifusión como "medio y factor" de la opinión pública e individual, que "*exige asegurar el acceso de las fuerzas sociales relevantes y un mínimo de equilibrio, objetividad y respeto mutuo*"[20]. Sobre esta base, se afirmó más tarde que la importancia

---

[17] Sentencia cit., § 38.

[18] BVerfGE 57, 295 —p.323—, 73, 118 —p.173—.

[19] Con relación a la concesión de licencias a particulares, especialmente en BVerfGE 57, 295, "FRAG", del 16 de junio de 1981.

[20] BVerfGE 12, 205, "Deutschland-Fernsehen", del 28/2/1961.

de la radiodifusión como configuradora de opinión, impide que ella quede, sin más, en manos del mercado[21]. En esa ocasión se dijo expresamente que la libertad de radiodifusión está "al servicio" del aseguramiento de la libre formación de opinión individual y pública.

En la interpretación del Tribunal citado, la libertad de radiodifusión no se limita a un derecho subjetivo del individuo frente al Estado, sino que, además, ella **obliga al legislador a asegurar que la diversidad de las opiniones** existentes se ponga de manifiesto en la radiodifusión en la forma más completa y amplia posible. La **necesidad de regulación** —se indicó— **subsiste aun cuando la particular situación de la radiodifusión derivada de la escasez de frecuencias** y de los altos costos financieros **se modifique a largo plazo.**

17) Que, establecido el alcance y el contenido del derecho a la libre expresión, cabe recordar que "las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas". En el caso del derecho en juego, ella "consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república" (Fallos: 315:1943; 324:975).

Sin embargo, la reglamentación de ese derecho no puede ser arbitraria, caprichosa o excesiva, y debe respetar tanto

[21] BVerfGE 31, 314, del 27/7/1971.

la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, esto es, la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella (artículo 75, inc. 22). Asimismo, las medidas adoptadas deben ser razonables, es decir, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (artículos 14 y 28, Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 248:800; 243:449 y 467; 313:1638; 315:1370, 330:855; 334:516, entre otros).

18) Que, con referencia específica a las restricciones a la libertad de expresión, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé, en su artículo 13, que:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. 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 información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

19) Que la Corte Interamericana ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a la libertad de expresión.

Para que una determinada restricción sea compatible con la Convención se exige: (a) que sea definida en forma preci-

sa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos, estrictamente proporcionada a su finalidad, e idónea para lograr tales objetivos[22].

Al respecto, la Corte Interamericana ha explicado que la validez de las restricciones "*fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno;* ***para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13****. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (…)*".

---

[22] Cfr. CIDH, OC 5/85 supra cit., § 59; caso "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, § 63; caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, § 121; caso "Palamara Iribarne vs. Chile", sentencia del 22 de noviembre de 2005, § 85. Véase también, CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 de febrero de 1995, 88° período de sesiones.

Asimismo, se dijo que: "*El artículo 13.2* ***tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3****, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante 'vías o medios indirectos (…) encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones' (…)* ***El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente 'controles... particulares' que produzcan el mismo resultado*** *(…). Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente 'la comunicación y la circulación de ideas y opiniones', sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los 'controles (…) particulares' mencionados en el párrafo 3 del artículo 13'"*[23].

En el mismo sentido, en el caso "Kimel vs. Argentina", el tribunal interamericano ha manifestado que "el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también **equilibrar**, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo"[24].

---

[23] Cf. Corte IDH, OC 5/85, supra cit., §§ 46 a 48.

[24] Cf. Corte IDH, caso "Kimel v. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, § 57 y su cita de Corte IDH OC 5/85, párrafo 34. En igual sentido, caso "Ríos y otros v. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, § 106.

20) Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si las normas impugnadas respetan los límites constitucionales y convencionales precedentemente expuestos.

21) Que el diseño de la ley 26.522 reposa, básicamente, en la concurrencia de dos circunstancias: a) un mercado de prestación de servicios de comunicación audiovisual que por ser altamente concentrado afecta la diversidad y pluralidad de voces y, en consecuencia, es inconciliable con el ejercicio de la libertad de expresión; b) la necesidad de establecer un conjunto de condiciones generales tendientes a modificar tal estado de cosas, mediante la fijación de nuevas reglas legales a las que deberán sujetarse la totalidad de los actores que participen en aquel mercado.

22) Que en este caso puede afirmarse que las restricciones impugnadas cumplen con el requisito de haber sido previstas en forma precisa y clara en una ley en sentido formal y material.

Asimismo, ellas persiguen objetivos e intereses imperativos, autorizados por la Convención; es más, esta última obliga a los Estados a adoptar acciones positivas para garantizarlos. Tal como ya se señaló[25], el propósito de estas restricciones fue el de *"garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local"*, lo que constituye *"un interés*

[25] Cf. Considerando 4°.

público legítimo, que puede justificar la toma de decisiones en materia de radiodifusión"[26].

23) Que en cuanto al requisito según el cual una restricción debe ser "necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada, e idónea"[27], resulta relevante señalar que, en el caso, se encuentra acreditado que el mercado argentino de medios audiovisuales está altamente concentrado.

Esto surge no sólo de la conformación del Grupo Clarín[28], sino también de la admisión de la propia actora en el sentido de que su modelo de negocios es un multimedio periodístico, y es "el grupo más importante y diversificado del país y uno de los más relevantes de habla hispana, cuya presencia, fundamentalmente, opera en los medios escritos, radio, televisión por aire y cable, producción audiovisual, industria gráfica e internet[29]. Incluso, uno de los agravios más significativos del Grupo Clarín se basa, precisamente, en que la alta concentración que posee en la actualidad resulta indispensable para continuar

---

[26] Cf. *supra* Considerando 10.

[27] Cf. *supra* Considerando 19 y sus citas.

[28] Cf. pto. VIII del dictamen de la Procuradora General de la Nación.

[29] Cf. punto VIII del dictamen de la Procuradora General de la Nación; en igual sentido, versión taquigráfica de la audiencia del día 29 de agosto de 2013, págs. 9 y s. y 14.

siendo sustentable y no ver afectada su independencia y la libertad de expresión.

Asimismo, según se refiere en el peritaje económico de fs. 1840/1898 vta., la participación en el mercado de televisión paga del mayor operador de cable del país, asciende al 45% del total nacional de abonados. Este nivel de concentración, según el perito, "confirma lo que se ha sostenido en este informe, las economías de escala y de alcance en esta industria son muy importantes y son la principal razón por la que se observan mercados con empresas líderes que muestran elevadas participaciones de mercado".

En un mercado de las características descriptas, las restricciones a la concentración de la propiedad de los medios aparecen como necesarias a fin de lograr "la diseminación más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas"[30]. Es que "la propiedad conlleva el poder de seleccionar, editar y elegir los métodos, manera y énfasis de la presentación"[31]. Por lo que, en principio, es posible pensar que permitir a un único actor dominar la oferta mediática, o al menos, pre-

---

[30] Cf. en este sentido "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), 436 US 775,785.

[31] Cf. "FCC v. National Citizens Com. For Broadcasting" (NCCB), 436 US 775,801 y s.

ponderar en forma decisiva, habrá de representar una amenaza potencial a los intereses de los consumidores y del pluralismo[32].

24) Que la necesidad de tales medidas también se encuentra justificada por la especificidad de los bienes jurídicos protegidos y la insuficiencia de las normas generales de defensa de la competencia para lograr los objetivos de pluralismo y diversidad a los que se hizo referencia.

En efecto, la concepción según la cual los medios reducen su significación a meros objetos económicos, sujetos a las reglas de la libertad de comercio, ha quedado desplazada. Al afirmarse como bienes valiosos para la preservación de identidades culturales diversas y como garantes del pluralismo queda planteada la tensión entre la libertad comercial y la necesidad de asegurar una libertad de expresión amplia, plural y diversa.

Desde esta perspectiva, las reglas destinadas a regular la defensa de la competencia no resultan suficientes, por cuanto ellas intervienen frente al monopolio o "posición dominante" únicamente como fenómenos distorsivos del mercado y de la libertad empresaria. En cambio, lo que en el caso se encuentra en juego es fomentar una oferta plural y diversa y, fundamentalmente, evitar una formación homogeneizada de la opinión pública. En otras palabras, cuando la concentración empresarial supera ciertos límites, puede afectar la efectiva libertad de comercio, por dominio del mercado. Pero cuando la concentración se produce

[32] Cf. las explicaciones del Estado en la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 39.

en el "mercado de la información", ella puede restringir la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad.

En igual sentido se ha expedido la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, en el informe mencionado en el considerando 12°.

25) Que, a su vez, las restricciones a la concentración de la propiedad resultan medidas estrictamente proporcionadas a la luz del estándar expuesto precedentemente. Por un lado, porque —tal como surge de los considerandos 10 a 16— se encuentran en línea con la práctica internacionalmente aceptada, según la cual las medidas tendientes a desconcentrar la propiedad son adecuadas y conducentes para lograr mayor diversidad y pluralismo en la información. Por el otro, porque son regulaciones que, sin necesidad de imponer un monitoreo constante del Estado sobre el contenido del discurso, resultan idóneas para lograr los objetivos imperiosos de diversidad y pluralidad[33].

26) Que, en particular, las restricciones a la concentración horizontal en el orden nacional —tanto la fijación del número máximo de licencias como de un límite en el porcentaje o cuota de mercado— se encuentran adecuadamente justificadas.

En primer lugar, la asignación de cuotas de mercado ha sido una práctica utilizada en diversos países con el objeti-

[33] Cf. "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), 436 US 775, 801 y s.

vo de desconcentrar los medios de comunicación[34]. Así lo ha tenido en cuenta el legislador argentino, tal como surge de la nota a los artículos 45, 46 y 48 de la ley 26.522.

Con particular referencia a los Estados Unidos[35], corresponde hacer una aclaración.

La actora sostuvo, tanto en el expediente como en la audiencia, que una cuota de mercado similar a la fijada por la ley 26.522 fue declarada "caprichosa y arbitraria" por la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América en el caso "Comcast Corporation v. Federal Communications Commission CCTV", del 28/8/2009.

El caso "Comcast" se planteó a raíz de la reglamentación de la llamada "Ley del Cable" (1992 "Cable Act")[36]. Dicha

---

[34] Cf. Cable Television Consumer Protection and Competition Act (1992 Cable Act), Pub. L. No. 102-385;106 Stat. 1460. Asimismo, la "Broadcast Ownership Guide" en http://transition.fcc.gov/cgb/ consumerfacts/reviewules.pdf. Con relación a los sistemas de restricciones en la Unión Europea, "Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria", Libro Verde de la Comisión, COM (92) 480 final, págs. 39 y ss. y anexo respectivo.

[35] País que ha adoptado la restricción de cuota de mercado (cf. 1992 "Cable Act, supra cit), y cuyas regulaciones fueron tomadas como modelo por nuestro legislador (Ver considerando 6°).

[36] Cf. la "Cable Act", supra cit.

ley —en una disposición especial llamada *suscriber limit provision*— facultaba a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) a fijar cuotas máximas en el mercado nacional de la televisión por cable.

Sobre la base de tal autorización legal, la FCC estableció que ninguna empresa podía prestar el servicio a más del 30% de los abonados en todo el país. Tal regulación dio origen a la impugnación judicial por parte de una de las operadoras de televisión por cable, Comcast Co.

Al decidir este planteo, la corte de apelaciones recordó que la restricción establecida por la Ley del Cable (1992 "Cable Act") relativa a la cuota de mercado había sido declarada *constitucional* en un caso anterior, pues ella resultaba razonable en el contexto de gran concentración que existía en 1992 en el mercado del cable, que amenazaba la diversidad y la libre competencia[37].

Distinto es el caso con respecto a la regulación concreta de la FCC impugnada por Comcast. Con relación a esto, la Corte sostuvo **que, si bien el número del 30% podría haber sido válido hacía varios años, cuando el mercado de televisión por cable estaba más concentrado,** la situación había variado sustancialmente. Para la Corte, **en el caso había sobrada evidencia de que el mercado audiovisual se había tornado altamente competiti-**

[37] Cf. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, caso "Time Warner Entertainment Co. v. United States of America", 19 de mayo de 2000.

vo tanto por el aumento del número de prestadores como por la mayor diversidad de tecnología (satélite, fibra óptica, cable, etc.). En tales condiciones, el tribunal concluyó que la restricción del 30% no había sido adecuadamente justificada en el expediente administrativo y, por ello, la regulación de la FCC era "arbitraria y caprichosa".

Es importante señalar que **la corte de apelaciones no dijo que la restricción al número máximo de suscriptores fuera inconstitucional, ni tampoco que el 30% fuera, en sí mismo, un número arbitrario**. Lo único que resolvió el tribunal en "Comcast" fue que la nueva realidad del mercado —altamente competitivo— ya no representaba una amenaza para la diversidad y la libre competencia y, por ende, la restricción del 30% no se encontraba justificada.

En consecuencia, la cita de este precedente no es pertinente para fundar la postura del Grupo Clarín. Puede advertirse, sin dificultad, que **la situación tomada en cuenta por el tribunal norteamericano difiere sustancialmente de la del mercado de la televisión por cable en la Argentina** que, como ya se explicó en el considerando 23, está altamente concentrado[38].

[38] Cf., en este mismo sentido, lo afirmado por el perito a fs. 1843/44 en cuanto a que "el mercado de televisión paga de los Estados Unidos [a diferencia del argentino] (…) es muy competitivo (…) seis compañías de cable dan servicio al 50% de los hogares del país (…) dos empresas de TV satelital nacionales, y las compañías telefónicas más importantes, además de un número creciente de servicios en línea de videos a través de la banda ancha".

27) Que, en cuanto al número de 35% como tope de la audiencia, no puede considerarse irrazonable, no sólo porque representa, en definitiva, más de un tercio del mercado, sino porque en el expediente se ha acreditado que dicha restricción no impide la sustentabilidad económica de la actora.

Así, según surge de la pericia que la propia parte cita en apoyo de su postura, cuando el Grupo decida de qué licencias se ha de desprender, al menos en uno de los escenarios posibles, "la compañía [seguirá] siendo operativamente rentable, no estando en riesgo su sustentabilidad operativa a largo plazo"[39].

Es cierto que el perito también señala que "Cablevisión tiene en la actualidad una deuda de aproximadamente 641 millones de dólares, por la que paga anualmente en promedio 55 millones [de] dólares de intereses"; y que "Cablevisión es una compañía con elevado contenido de tecnología y para competir en el mercado debe invertir constantemente", y que "con esta limitación la estructura actual del negocio de Cablevisión se torna inviable".

Sin embargo, de tales afirmaciones no es posible extraer, sin más ni más —como lo hace la actora—, que es la ley 26.522 la que le provocaría ese desequilibrio financiero pues, por una parte, no surge de la pericia cuál es el origen de dicha deuda ni si ella responde al giro normal de la explotación del

[39] Cf. respuesta al pto. 3 del informe pericial de fs. 1840/98 vta. citado.

negocio; y por la otra, según el propio experto, "existe la posibilidad de que la compañía restablezca el equilibrio en el flujo de fondos si logra ajustar algunas variables"[40].

En definitiva, "sustentabilidad" -contrariamente a lo que parece sugerir la actora- no puede ser equiparada a "rentabilidad", y en este sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresaria.

28) Que tampoco resulta admisible el argumento de la actora relativo a que sólo una economía de escala como la que posee actualmente le garantiza la independencia suficiente como para constituir una voz crítica, que no esté condicionada a la concesión de subsidios estatales o a la pauta oficial. Este razonamiento presupone que el Estado va a actuar ilegítimamente y va a distribuir la publicidad en forma discriminatoria. En este sentido, cabe recordar que si bien la distribución de tales recursos públicos es una facultad discrecional, ella no puede ejercerse en forma irrazonable. Quien se considere excluido arbitrariamente, tiene derecho a reclamar por vía judicial[41]. Esta cuestión, sin embargo, **no ha sido planteada por el Grupo Clarín** en este pleito.

---

[40] Cf. respuesta al pto. 3 del informe pericial citado.

[41] Cf. doctrina de Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert; 330:3908 y 334:109.

En este mismo orden de ideas, ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por sí, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien, de una voz complaciente. Por el contrario, son sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente y, a la inversa, de concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno.

29) Que, por otra parte, también se encuentra justificado el número máximo de licencias permitidas por la ley.

Por un lado, con relación a las 24 licencias autorizadas para los servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, el Estado ha señalado: "Si el punto de inicio es que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias cada uno, dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene" (…) "Por lo tanto, la afectación entre 709 licenciatarios y dos que deben adecuarse, era más que razonable para llevarlo a un mercado igualitario. Adicionalmente es bueno señalar que con las 24 licencias más sus extensiones autorizadas de acuerdo a lo que la ley marca se puede alcanzar el 35 por ciento del mercado. El Grupo Clarín lo podría alcanzar"[42].

En cuanto al motivo por el cual se estableció, junto a la cuota de mercado, un número máximo de 24 licencias, el Es-

[42] Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 36. En el mismo sentido, peritaje económico, fs. 1858 vta.

tado señaló que existían razones de eficiencia que así lo aconsejaban: "porque uno necesita, al tener menos posibilidades de ocupar territorio, tener más eficiencia en la prestación del servicio que da, tener más penetración de mercado en el territorio que da"[43].

En tales condiciones, las razones expresadas, en tanto vinculan el número de 24 licencias con la cuota de mercado del 35% y con el propósito de evitar que exista una capacidad productiva ociosa, resultan suficientes para tener por fundada la restricción.

30) Que también se encuentra fundada la restricción relativa al número máximo de licencias de servicios audiovisuales que utilizan el espectro radioeléctrico.

Según ha dicho el Tribunal, 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 impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público (Fallos: 322:2750; 327:4969; y más recientemente, el 8/5/2012, en Fallos: 335:600).

---

[43] Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 38. En este mismo sentido, ver la explicación relativa a la capacidad productiva en exceso propia de los monopolios del Lic. Seillant, loc. cit., pág. 39.

En tales condiciones, el número de 10 licencias previsto por la ley resulta razonable, pues dada la escasez del espectro de frecuencias radioeléctricas, el derecho a su utilización admite mayor reglamentación (doctrina de Fallos: 326:3142).

Es cierto que, tal como lo afirma la actora, las nuevas tecnologías de digitalización van a permitir una utilización más eficiente del espectro, y lograr una mayor disponibilidad de frecuencias. No obstante, ello no alcanza para modificar su característica esencial de recurso finito. A esto se agrega que las frecuencias no se utilizan exclusivamente para la comunicación audiovisual, sino que también son necesarias para otros varios usos (ej., telefonía móvil, internet inalámbrica de banda ancha, etc.[44]).

Por lo demás, es irrazonable suponer que al fijar las restricciones vinculadas con el espectro radioeléctrico el legislador haya perdido de vista las consecuencias que derivarían del proceso de digitalización, en tanto éste ha sido expresamente mencionado en los artículos 4, 47 y 93 de la ley.

A mayor abundamiento, puede decirse que la transformación tecnológica referida se encuentra aún en etapa de transición en Argentina, y que el llamado "apagón analógico" —que permitirá abandonar definitivamente la antigua tecnología— está previsto sólo para el año 2019 (así, artículo 4, decreto 1148/09).

---

[44] Cf. versión taquigráfica de la audiencia pública del 29/8/2013, pág. 34 y s.

31) Que, sentado lo expuesto, cabe hacer particular referencia a la restricción que el legislador, entre diversas formas de regulación de la llamada propiedad cruzada, adoptó, **en el orden local**, esto es, que el titular de una licencia de televisión abierta no pueda al mismo tiempo ser titular de una licencia de televisión por suscripción o, a la inversa, el titular de una licencia de televisión por suscripción no pueda ser titular de una licencia de televisión abierta.

El propósito que subyace a esta clase de restricciones es el de lograr que el número de voces que se difunde mediante diferentes plataformas (radio, televisión abierta, televisión por cable, medios gráficos, etc.) en un mismo mercado geográfico sea lo más diverso y plural posible. Esto, a su vez, se sustenta en la premisa de que no se puede esperar que la divergencia de puntos de vista sea la misma cuando ambas plataformas pertenecen a un único prestador en lugar de que éstas sean explotadas por prestadores antagónicos[45].

El Estado se ha referido a esta restricción en la audiencia pública. En esa ocasión, señaló que "muchas de las señales de televisión abierta son del mismo dueño que maneja el cable, con lo cual no hay ningún tipo de diversidad informativa"; "lo que se buscó, nuevamente, es impedir una integración de manera tal que en las ciudades quien tiene —pensemos [en] la escala de las ciudades del interior del país—, (…) el sistema de ca-

[45] Cf. "FCC vs. National Citizens Com. for Broadcasting" (NCCB), págs. 796, 797.

ble, no pueda al mismo tiempo manejar muchas veces la única estación de televisión abierta que existe." Agregó: "La televisión analógica —y para que lleguemos a la digital en forma plena falta un largo trecho— no tiene tantas frecuencias como para poner muchas estaciones de televisión abierta a lo largo del país, porque nos repartimos las frecuencias"[46].

Con relación a este último argumento, cabe resaltar un dato significativo: uno de los dos servicios en juego utiliza el espectro radioeléctrico, cuyas limitaciones físicas son conocidas[47]. En estas condiciones de escasez, resulta sensato que de todos los postulantes interesados en explotar ese espacio limitado, se opte por aquellos que no tienen, en esa localidad, otra plataforma para expresar su voz[48].

A esto se agrega que, según el Estado, "hay muchos motivos por los cuales se ha legislado en este sentido y no permitir que en una misma localidad se tenga la televisión abierta y el cable. Tiene que ver con la sustentabilidad de los medios, con permitir más voces. La televisión abierta se sustenta por la publicidad; el cable, por el abono. Para el cable es obligatorio subir la señal de la televisión abierta local, por lo tanto, si nosotros permitimos que el mismo dueño sea el dueño de la tele-

[46] Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 40.

[47] Cf. considerando 30 y sus citas; en igual sentido, caso "Red Lion Broadcasting Co", supra cit.

[48] Cf. doctrina del caso "FCC vs. NCCB" supra cit.

visión y del cable, se queda con la publicidad, se queda con el abono y se queda con las dos voces. De la otra manera lo que estamos haciendo es que quien tiene televisión tiene una voz, quien tiene el cable tiene otra voz, porque está obligado a tener una señal de producción propia local (…), uno se sustenta con la publicidad y el otro con el abono"[49].

De lo expuesto precedentemente se desprende que el Estado ha justificado en forma suficiente la validez de la restricción examinada, mientras que **ninguno de estos argumentos ha sido considerado por la contraparte.** En efecto, en sus presentaciones ante el Tribunal, el Grupo Clarín se ha limitado a oponerse en forma dogmática a la restricción en cuestión (sobre la base de que ambos servicios no compiten entre sí) y a reiterar los mismos argumentos genéricos que ha utilizado para cuestionar la totalidad de las limitaciones legales, esto es, la irrazonabilidad de regular la televisión por cable —porque no utiliza un recurso escaso— y la suficiencia de las normas generales de defensa de la competencia para sanear posibles distorsiones del mercado (cf. contestaciones a los recursos extraordinarios del Estado Nacional y de la AFSCA). Asimismo, en la audiencia pública, y frente a lo señalado por el Estado, tampoco realizó ningún aporte dirigido a controvertir este punto.

32) Que, finalmente, corresponde tratar las restricciones relativas a las señales de contenido. En este punto, la

[49] Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 40.

norma prevé que en un mismo sujeto no pueden converger la prestación de un servicio de comunicación audiovisual y la titularidad del registro de más de una señal de contenidos, tanto en el caso de los prestadores que utilizan el espectro radioeléctrico como en el de los que prestan servicios de televisión por suscripción.

El fundamento de esta limitación fue dado por el Estado en la audiencia pública, en la que se manifestó que en la ley "se trató de poner barreras tanto a la acumulación concentrada en términos horizontales, en términos de propiedad cruzada, y también en términos de integración vertical de la actividad. Básicamente lo que se busca es que no se generen situaciones disvaliosas en términos de que quien produce la señal, que también las distribuye, genere dos tipos de efectos: o bien privilegie las señales producidas por sí por sobre las de la competencia, o bien en razón de que sus sistemas de distribución tienen sus propias señales decida no incluir a las señales de la competencia. Esto además tiene una explicación económica que está dada por la posibilidad de difusión de contenidos." (…) "[P]ara el usuario, cuando elige un sistema de provisión de cable el proveedor pasa a ser monopólico. Lo que llega por ese cable es lo que el usuario ve. Por lo tanto, si usted llega con el cable y puede producir todas las señales que van en ese cable, no hay libertad de expresión, no hay pluralidad"[50].

[50] Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 37 y s.

A su vez, a lo largo del expediente, el Estado Nacional ha fundado la existencia de prácticas anticompetitivas por parte del Grupo actor en diversos antecedentes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Por ejemplo, ha indicado que, según ese organismo, "en la información que aportaron las partes se pudo constatar criterios disímiles para la distribución de señales a otros operadores de cable. A modo de ejemplo, esta Comisión Nacional ha considerado el precio cobrado por la señal TN (…). Este ejercicio permitió verificar que la señal TN es vendida a un competidor que opera en Castelar (…) a $ 6000.-, mientras que la misma señal es vendida a un tercer cableoperador, no competidor, en Comodoro Rivadavia (…), a $ 1030.-"[51].

En igual sentido, se invocó otro informe del año 2007, en el que se expresa: "El alto grado de integración vertical que existe en la Argentina entre los proveedores de señales y los operadores de sistemas televisivos –cable, satélites y televisión abierta– hace que muchas prácticas de exclusión sean posibles entre los operadores y en muchos segmentos y en muchos mercados geográficos". "Resulta también factible, además, que ocurra el fenómeno inverso. Es decir, que a través de la negativa a adquirir señales por parte de un gran operador integrado verticalmente con un proveedor de señales, se busque excluir del mercado a otro proveedor desintegrado, a los efectos de incrementar el poder del mercado del proveedor integrado". "Estos casos son más infrecuentes, en virtud de que a nivel global cada

[51] Cf. impugnación del Estado Nacional al informe del perito económico a fs. 1916/1941, esp. 1939/40.

operador individual es usualmente un cliente relativamente pequeño de los proveedores de señales, aunque puede ser monopolista en su área geográfica. Conforme la concentración de operadores va aumentando sin embargo, este problema puede comenzar a aparecer como un tema de mayor importancia, en especial con las señales de carácter local o nacional"[52].

De este modo, el Estado también ha justificado adecuadamente la validez de esta restricción.

La actora, por su lado, ha fundado la invalidez de esta restricción únicamente en la afectación del artículo 16 de la Constitución. Al respecto corresponde remitir a lo que se expresará en el considerando 37.

33) Que, concluido el análisis del artículo 45, corresponde abordar la validez del artículo 41 de la ley, que 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 man-

[52] Cf. versión taquigráfica de la audiencia de fecha 29/8/2013, pág. 437 y s. En igual sentido, cf. impugnación del Estado Nacional al informe del perito económico a fs. 1916/1941, esp. 1930/1 vta.

tenga 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".

En este punto, ambas partes coinciden en que los fines que tuvo en cuenta el legislador fueron, por un lado, controlar con certeza y transparencia quién es el titular y responsable de la licencia en un momento dado; y por el otro, respetar el carácter *intuitu personae* que implica un régimen de licencias en el que la identidad del licenciatario no es irrelevante.

Por lo demás, no es posible soslayar que los servicios de comunicación audiovisual son considerados por la ley 26.522 como una actividad de interés público (artículo 2°).

En tales condiciones, la norma constituye una razonable reglamentación, pues la importancia fundamental de la iden-

tidad del licenciatario es más que suficiente para justificar la exigencia legal de que el titular de origen permanezca como responsable de la licencia –al menos en más del 50%– durante todo su plazo.

34) Que, por otra parte, corresponde tratar los agravios de la actora relativos al artículo 161 de la ley, que establece que los titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual deben adecuarse a los requisitos exigidos por la ley 26.522 "en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición".

En este aspecto, las apelantes se limitan a afirmar dogmáticamente:

a) que "aunque el plazo transcurrido pueda ser en sí mismo un plazo razonable –cuestión que no puede afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas– (…) un plazo, cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales";

b) que, subsidiariamente, el plazo sería insuficiente, dada la complejidad de la desinversión exigida por la ley. Tal falencia no puede considerarse subsanada por haberse otorgado una medida cautelar suspensiva en favor de la actora.

Lo transcripto **es lo único** que la recurrente ha manifestado para impugnar la constitucionalidad del artículo 161.

Esto implica que **el agravio se encuentra notoriamente infundado** ya que, más allá de la mera referencia a la "magnitud de las eventuales adecuaciones", no explica concretamente en qué consistirán estas últimas ni cuál sería el plazo necesario para llevarlas a cabo.

A esto se agrega que el Grupo Clarín tampoco ha dicho nada respecto del modo y procedimientos establecidos por la ley y sus reglamentaciones (decreto 1225/10, resolución AFSCA 297/10 y sus complementarias) a los fines de concretar la adecuación.

En definitiva, no demuestra, en absoluto, que el plazo y el procedimiento establecidos por las normas para realizar la desinversión resulten irrazonables.

35) Que, finalmente, corresponde tratar el artículo 48, segundo párrafo, 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".

Con relación a esta norma, la cámara declaró su inconstitucionalidad por entender que "la aplicación retroactiva del segundo párrafo del artículo 48 (…) 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 (…) sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva".

Es cierto que la redacción de la norma puede resultar confusa. Pero esta Corte ha dicho reiteradamente que en materia de interpretación de las leyes, debe preferirse la que mejor concuerde con la Constitución Nacional, con el objeto de evitar su invalidez, "de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental" (Fallos: 200:180; 258:75; 284:9 y 307:146). Porque, no debe olvidarse que "la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 256:602; 302:761; 316:1718; 322:842; 325:1922 y 333:447, entre muchos otros).

En tales condiciones, el artículo transcripto no podría ser interpretado en el sentido de que quien se vea afectado en sus derechos adquiridos frente a normas generales no pueda reclamar judicialmente la reparación que legalmente le corresponda en virtud de la garantía constitucional de propiedad. En rigor de verdad, este artículo debe entenderse como el reflejo de la regla jurisprudencial conforme a la cual nadie tiene derecho al mantenimiento de un régimen jurídico (Fallos: 267:247; 308:199; 315:839; 323:3412, entre otros).

Por lo expuesto, corresponde revocar la decisión de la cámara en este punto.

36) Que concluido el análisis de los artículos impugnados, corresponde dar respuesta a los restantes agravios de las partes.

En primer lugar, la actora alega que la ley 26.522 "afectó gravemente derechos adquiridos derivados del decreto de necesidad y urgencia 527/05", y reclama que se respeten los plazos de las licencias que en él se habían reconocido. Al respecto, se queja, pues "la confianza legítima en el mantenimiento del régimen bajo el cual nacieron los derechos después afectados" debe prevalecer "para limitar la omnipotencia legislativa" y preservar su derecho constitucional de propiedad.

Este planteo supone que la actora tiene derecho a que no se le aplique una nueva ley –aunque ésta sea constitucional– por haber adquirido una licencia bajo el régimen legal anterior, ya derogado.

El argumento resulta manifiestamente inadmisible. En él se omite considerar que la existencia de derechos adquiridos puede dar lugar a una indemnización pecuniaria, pero de ningún modo implica un privilegio para ser eximido del cumplimiento de la legislación vigente. En tal sentido, es pacífica la doctrina del Tribunal relativa a que "la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos"(cf. Fallos:

267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875, todos ellos citados en el caso "Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar" registrado en Fallos: 329:976).

Asimismo, el Tribunal ha señalado que cuando la actividad lícita del Estado se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general—, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar **lícito** (doctrina de Fallos: 310:943; 312:2266; 318:1531; 321:2345, entre otros). Incluso ha hecho aplicación de esta doctrina en un caso en el cual se trataba precisamente de la revocación de una licencia de radiodifusión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (cf. Fallos: 328:2654).

37) Que llegados a este punto corresponde examinar el agravio del Estado contra la afirmación de la cámara en el sentido de que la ley 26.522 afecta el derecho de igualdad de la actora, al colocarla en peor situación que a los prestadores extranjeros y a la televisión satelital.

En lo atinente a los prestadores extranjeros, el a quo no consideró que el diferente tratamiento responde a un hecho relevante, cual es, que los titulares de señales de contenido extranjeros, a diferencia de la actora, no son, a su vez, quienes la distribuyen, ya que no son licenciatarios ni de servicios de radiodifusión ni de televisión por suscripción. Es que, precisamente, el fundamento de las restricciones al número de señales se refiere a la necesidad de evitar la llamada "con-

centración vertical". Por ello, si algún titular de señal extranjero quisiera acceder a una licencia de servicios audiovisuales también quedaría alcanzado por los límites de la ley.

Por otra parte, en cuanto a los prestadores de televisión satelital, no puede afirmarse que la ley les dispense un tratamiento más favorable que al resto de los prestadores de servicios audiovisuales. En todo caso, de lo que se trata es de un régimen diferente, fundado en las características técnicas propias del satélite[53]. Así, si bien su licencia tiene alcance nacional, la ley le prohíbe —y no así a la actora— "la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual" (artículo 45, ap. 1. inc. "a", ley 26.522). Por lo demás, la televisión satelital también se encuentra alcanzada por el límite del 35% del mercado (artículo 45, ap. 1., in fine, ley 26.522).

En tales condiciones, la regulación establecida por el legislador en cuanto al tratamiento de estos dos servicios se adecua a la doctrina del Tribunal que sostiene que la igualdad constitucional exige que las distinciones tengan un sustento fáctico razonable y no obedezcan a propósitos discriminatorios (Fallos: 123:106; 229:428; 318:1256; 326:3142, entre otros).

38) Que, por otra parte, corresponde rechazar el agravio del Estado en cuanto sostuvo que la decisión de los jue-

[53] Cf. afirmaciones de la demandada en audiencia pública de fecha 29/8/2013, versión taquigráfica, pág. 34.

ces de la causa importó adelantar un juicio sobre la existencia de una obligación de resarcir a la actora.

En efecto, de la lectura de la sentencia impugnada surge con claridad que el a quo no ha anticipado nada respecto de la procedencia de la eventual acción de daños y perjuicios que en el futuro pudiera interponer la actora. Por el contrario, sólo afirmó que "en este expediente no se dan las 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"[54].

39) Que, por último, dada la trascendencia de la cuestión debatida y los graves cuestionamientos que ambas partes se han dirigido recíprocamente en la audiencia pública ante esta Corte, resulta pertinente realizar algunas precisiones.

La primera de ellas es que la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos.

---

[54] Cf. considerando 24 del voto de la jueza Najurieta, al que adhirió el Juez Guarinoni en el considerando 20 de su voto.

Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces.

Asimismo, como es sabido, la Corte no puede sustituir a las partes en sus planteos, sino que debe limitarse estrictamente a las cuestiones que le han sido propuestas y que constituyen el objeto del pleito. Dicho del modo más claro posible: si un punto específico no es sometido por los apelantes al conocimiento del Tribunal, éste no podrá expedirse al respecto.

Por otra parte, algunos planteos que han sido traídos a conocimiento del Tribunal, corresponden a la etapa de aplicación de la ley, y no pueden ser decididos en este proceso, el examen constitucional debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones contenidas en las leyes y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (Fallos: 311:1565; 324:754; 325:2600, entre otros).

No obstante, cabe señalar que todo lo que se lleva dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial.

La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de sub-

sidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas.

Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales.

Finalmente, es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.

La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, los Tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.

Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1°) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

2°) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3°) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

Notifíquese, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrense los depósitos.

ENRIQUE S. PETRACCHI VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con fecha 17 de abril del corriente año, dictó sentencia en estos autos (a fs. 3648/3675) y decidió: **i)** 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.; **ii)** rechazar la impugnación deducida por la actora contra los artículos 41, 45 –ap. 1, incs. 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a una señal) y ap. 2, incs. 'a' y 'b'– y 161 de la ley 26.522 (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual –en adelante "LSCA"–), al tiempo que declaró que dicha 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–; **iii)** declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45 ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. 'c' y 'd' y párrafo final; y ap. 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. 'b', del artículo 45– y 48, segundo párrafo, de la mencionada ley, y ordenó la inaplicabilidad de dichas normas a las licencias que explota la parte actora; **iv)** rechazar la acción de daños y perjuicios tal y como fue promovida en el expediente; y **v)** revocar lo resuelto por el juez de primera instancia en tanto había decidido el inmediato

levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso.

2°) Que, para resolver del modo en que se anticipó, el a quo en primer lugar sostuvo que el Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. poseen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de la ley 26.522 y para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Destacó que el mencionado grupo empresario es accionista mayoritario de sociedades titulares de licencias de radiodifusión televisiva y sonora; en tanto que los derechos de Teledigital Cable S.A. resultan —de manera indirecta— de las tenencias accionarias respecto de empresas que prestaban servicios de comunicación audiovisual, en atención a lo que surge de las resoluciones 1488/06 y 577/09 del COMFER.

Con relación al fondo de la cuestión controvertida, el tribunal —de modo preliminar— recordó el sustento constitucional y las características de las facultades judiciales en el control de constitucionalidad de una ley de la Nación; y, a la hora de examinar la naturaleza y caracteres de las licencias, afirmó que aquellas que han sido adjudicadas para operar medios de comunicación audiovisual importan una situación jurídicamente protegida, que genera derechos, y que éstos, a su vez, gozan del amparo constitucional de la propiedad.

A continuación, con relación al artículo 41 de la LSCA que regula la transferencia de licencias, el a quo entendió que dicha disposición es compatible con la Constitución Nacional pues no afecta los derechos de propiedad y de libertad de comercio de las actoras. En ese sentido, señaló que la norma instru-



menta un sistema de autorización previa mediante acto fundado para la transferencia de licencias que puede ser revisado judicialmente, y consideró que con ello se procura evitar los incumplimientos y fraudes que se pusieron en evidencia durante la vigencia del régimen anterior. A ello agregó que la nueva ley contempla la posibilidad de transferir una significativa proporción de capital social, de modo tal que la eventual afectación de la libertad de comercio carece de entidad suficiente como para configurar un agravio constitucional.

A la hora de examinar la validez del artículo 45 de la ley 26.522, el tribunal estableció una diferencia entre los medios que utilizan el espacio radioeléctrico y aquellos que funcionan sobre otros soportes tecnológicos. En su opinión, la circunstancia de que el espacio radioeléctrico sea un recurso escaso justifica su asignación y administración con racionalidad y, por lo tanto, una mayor reglamentación estatal. Por el contrario, entendió que las restricciones a los medios que no usan espectro se funda en las políticas que subyacen en las regulaciones de defensa de la competencia y del bien común, objetivos éstos que deben conjugarse con el respeto a la libertad de información y de expresión, por lo que su reglamentación no puede ser restrictiva ni irrazonable.

Sobre la base de la distinción referida, el a quo decidió que el ap. 1, incs. 'a' y 'b' (con excepción de la exigencia de limitación a la titularidad de una señal de contenidos) y el ap. 2, incs. 'a' y 'b', del artículo 45 de la ley resultan constitucionalmente válidos en virtud de que esas limitaciones a

la multiplicidad de licencias guardan proporción con los fines perseguidos por el legislador, esto es, asegurar la participación de distintos actores en la prestación de un servicio que aprovecha un recurso escaso, como lo es el espectro radioeléctrico.

Señaló la cámara que, en la medida en que los medios implementados mediante estas normas comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de aquéllas supone el resarcimiento de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Sin embargo, entendió que en este proceso no se han acreditado los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad, por lo que rechazó la acción de daños tal y como fue promovida por la parte actora. Concluyó, a este respecto, en que la reparación debería ser determinada en un juicio posterior y basándose en resultado del procedimiento de adecuación dispuesto en el artículo 161 de la LSCA.

Por otro lado, el a quo resolvió que es inconstitucional la regulación de la multiplicidad de licencias que no utilizan espacio radioeléctrico prevista en el artículo 45, ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. 'c' y 'd' y párrafo final; y ap. 3, en su totalidad [incluso en la limitación a la titularidad del registro de una (1) señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. 'b', del mencionado artículo], en tanto vulnera los derechos de libertad de expresión y de información de las sociedades actoras.

A partir de la opinión del perito experto en economía, la cámara concluyó en que las regulaciones previstas en estas normas producen un perjuicio tangible a la sustentabilidad de las empresas actoras, al tiempo que son innecesarias, irrazonables y desproporcionadas para alcanzar los fines queridos por el legislador. Afirmó además que esas disposiciones destruyen el sostenimiento financiero de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet, lo que implicaría una forma indirecta de restringir su libertad de expresión y de información. Finalmente, respecto del examen de la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522, señaló que, por estar en juego la libertad de expresión, debe aplicarse el llamado *escrutinio estricto*.

La cámara entendió que la norma genera una situación de privilegio incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y señaló que las reglamentaciones impugnadas ponen a las actoras en una posición de desventaja frente a la televisión satelital, al tiempo que benefician a los productores de contenidos extranjeros.

Respecto de la necesidad de evitar los efectos perniciosos del abuso de la posición dominante, uno de los vocales del tribunal afirmó la suficiencia de la legislación vigente sobre defensa de la competencia, de manera que las disposiciones antimonopólicas de la ley 26.522 aparecerían como redundantes.

En relación con el artículo 48, segundo párrafo, de la ley, el a quo declaró su inconstitucionalidad en la medida en

que, respecto de las licencias ya adjudicadas, la aplicación retroactiva de esa norma implicaría una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial que surge de la licencia. Esta consecuencia vulnera, según entendió el tribunal, el derecho de propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente la cámara resolvió que, respecto a las normas que fueron declaradas constitucionales, los términos de la adecuación previstos en el artículo 161 de la LSCA no lucen arbitrarios ni irrazonables.

3°) Que, contra dicha sentencia, Cablevisión (fs. 3681/3701), Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A. y Radio Mitre S.A. (fs. 3703/3723), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual —AFSCA— (fs. 3724/3745) y el Estado Nacional —Jefatura de Gabinete de Ministros— (fs. 3746/3766) interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron declarados formalmente admisibles en tanto se fundaron en cuestión federal típica e inadmisibles en cuanto tacharon de arbitraria la sentencia recurrida.

Contra dicha denegación parcial el Estado Nacional interpuso el recurso de queja que tramita por expediente G.445.XLIX y la Administración Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual mediante expediente G.451.XLIX.

4°) Que los agravios de las partes en sus recursos ante este Tribunal pueden sintetizarse del siguiente modo:

I) Cablevisión (en su recurso extraordinario de fs. 3681/3701) se agravia de la sentencia de cámara en tanto en ella se rechazó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 los cuales, según expresa, le infligen considerables perjuicios de índole patrimonial asegurados por los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional, desde que sujetan la transferencia de la licencia a la aprobación estatal, *retroactiva e irrazonablemente, violando "claras reglas de juego" anteriores*. También, porque esas transferencias nunca pueden superar el 50% de la titularidad. Pero además de ello –afirma– porque toda la regulación incide sobre derechos y libertades de contenido no patrimonial, como los de expresar la opinión propia o ajena, de prensa y de informar, también asegurados en nuestra Carta Magna.

Asegura que en el presente caso –como ocurrió en la expropiación del diario La Prensa– el ataque patrimonial del Poder Ejecutivo Nacional y de la ley 26.522 repercute inevitablemente sobre la libertad de expresión, dado que intenta acallar una opinión contraria al régimen de gobierno imperante, mediante la consciente y reiterada violación de los derechos de propiedad, de trabajar y de ejercer industria lícita de las empresas aquí involucradas. En igual sentido agrega que, a su juicio, no existe perjuicio mayor a la libertad de prensa y de expresión que obligar al titular de un medio de comunicación a desprenderse de éste de manera compulsiva, o sujetar la transferencia de las licencias a la previa e indiscriminada autorización estatal, impidiendo la enajenación de más del 50%, sea quien fuera el futuro adquirente y fuera cual fuese la situación económica del

titular de la licencia o las presiones a las que pueda ser sometido (artículos 45 y 161).

Concretamente, respecto de las deficiencias constitucionales que le imputa a la ley 26.522 —y en respuesta a lo decidido por el a quo, que descartó dicha impugnación—, reitera que el **artículo 41** de la ley, al impedir la transferencia de la totalidad del paquete accionario, a) transforma retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles, y b) produce que las licencias, al quedar fuera del comercio, pierdan significativamente su valor. Entiende que los argumentos del voto mayoritario de la cámara, a este respecto, no dan una respuesta concreta y efectiva a tales agravios.

Afirma que, contrariamente a lo sostenido por la jueza preopinante, si bien la ley 22.285 consagraba la intransferibilidad de las licencias en uno de sus artículos (45), a reglón seguido permitía la enajenación de partes, cuotas o acciones, previa autorización del Poder Ejecutivo (artículo 46, inc. f). Destacó que la reglamentación de esta última norma se incorporó al Pliego de Servicios Complementarios, aprobado por resolución 725/COMFER/1991, que es la norma que en definitiva rigió la gran mayoría de las licencias de televisión por suscripción que a la fecha se mantienen vigentes.

Por otro lado, asegura que si el objeto del artículo 41 bajo análisis es evitar incumplimientos y fraudes que impidan conocer de manera efectiva al titular y responsable de una licencia en un momento dado —como señaló la jueza que votó en primer término—, no entiende por qué el remedio elegido es impedir

la transferencia de su totalidad. En esta línea afirma que la opción elegida por el legislador —prohibición de transferir más del 50%— no tiene relación razonable ni guarda proporcionalidad con el fin cuya satisfacción persigue la norma. De igual modo que considera que lo razonable en tal caso hubiera sido arbitrar mecanismos encaminados a conocer en todo momento al titular y responsable de la licencia, sostiene que si lo que se quiso fue preservar una determinada calidad en la persona del licenciatario, entonces la norma debió establecer los requisitos que, de manera indispensable, el adquirente debe cumplir, y no prohibir la posibilidad de transferir.

Afirma que el Poder Legislativo de la Nación sancionó una serie de normas —las aquí impugnadas— que afectaron gravemente sus derechos adquiridos y, con posterioridad, ratificó la norma de la que emergían aquellos derechos; es decir que, al ratificar ambas cámaras legislativas el DNU 527/05 que prorrogó las licencias (B.O. 9/12/2009), mantuvo sus garantías después de sancionada la ley que las anulaba, todo lo cual afecta gravemente el principio de confianza legítima y las reglas claras de juego.

Sostiene que las consideraciones de la cámara de apelaciones al invalidar determinadas disposiciones de los artículos 45 y 48 de la ley resultan igualmente aplicables a las restricciones del artículo 41, y que limitar la aplicación de tal principio a esta norma comporta una contradicción lógica insalvable de la sentencia. En tal sentido se pregunta cómo proteger derechos contractuales, con el resguardo constitucional y con-

vencional de la propiedad, ante la hipótesis de mantenerse la declaración de constitucionalidad de las partes pertinentes del artículo 45 de la LSCA, junto a la prohibición de transferir esas licencias y cuotas sociales, y la necesidad de requerir autorización previa para hacerlo en la porción no prohibida ante la autoridad administrativa que ha dado muestras de *persecución denodada, constante, agresiva para con (la) parte (actora)*.

Entiende que la cámara filió la sentencia a arcaicas concepciones administrativistas y por ello, aunque rechazó formalmente que las licencias constituyan un permiso precario, la declarada compatibilidad constitucional del artículo 41 va en línea con la censurada existencia de una categoría general de los contratos administrativos, y con la pertinencia de las controvertidas cláusulas exorbitantes a favor de la Administración. En ese sentido opina que el interés público, con el que se suele justificar la desigualdad a favor del Estado que implican dichas estipulaciones, está integrado también por los intereses de consumidores y usuarios y de los contribuyentes, la libertad de empresa y los derechos personalísimos y fundamentales, como la libertad de expresión y el derecho a la información.

Sostiene que en ocasiones —según el derecho de que se trate, por ejemplo en materia de igualdad— los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para obtener los fines de la ley; así, afirma que el a quo debió examinar la otra cara del principio de la confianza legítima, es decir, la obligación estatal de no ir contra los propios actos, y juzgar la conducta de la autoridad administrativa que desconoció lo

mandado por el artículo 41 impugnado y se abstuvo de aplicarlo a los medios que no habían planteado judicialmente la inconstitucionalidad de la disposición y respecto de los cuales, por tal razón, se encuentra plenamente vigente (citó en tal sentido la transferencia de la señal C5N). Ante tal situación señala que sólo cabe entender que la propia Administración reconoce la inconstitucionalidad o irrazonabilidad de la norma, o bien que actúa con discriminación persecutoria.

Respecto del **artículo 161** de la ley, afirma que la cámara entendió su adecuación constitucional con el sólo argumento de la validez parcial declarada respecto del artículo 45, y en razón del carácter limitado de la obligación de adecuación y del tiempo transcurrido. Sin embargo, asegura que, aunque el tiempo transcurrido pudiera entenderse en sí mismo como un plazo razonable —lo que no podría afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas de prosperar las pretensiones del Estado— todo plazo, cualquiera fuera su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales. En tal línea de pensamiento, sostiene que la afectación de derechos deviene tanto de la complejidad de las tareas exigidas en el artículo 45, como por las condiciones de entrada al mercado que impone la LSCA que, al afectar —según afirma— la sustentabilidad económica del negocio, reduce el número de interesados.

Finalmente asegura que las restricciones que impone la LSCA constituyen un sistema de artículos encadenados en un

objetivo, y que por ello el daño y los agravios que produce el artículo 161 son mayores ante la constitucionalidad declarada por el a quo del artículo 41.

II) Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A. y Radio Mitre S.A. —en adelante "Grupo Clarín"—, en su recurso extraordinario (de fs. 3703/3723), al igual que Cablevisión se agravia de la sentencia de cámara en tanto en ella se rechazó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 los cuales, según expresa, le infligen considerables perjuicios de índole patrimonial asegurados por los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

Además se agravia de la forma en la que el a quo ha interpretado el artículo 45, inc. 1, en tanto entiende que es inconstitucional y anticonvencional porque lesiona su libertad/derecho de expresión, la trata desigualmente respecto de la única proveedora satelital e importa el ejercicio de funciones administrativas y judiciales, alterando irrazonablemente su derecho a ejercer una industria lícita y su propiedad.

En este sentido señala que, como consecuencia del artículo 45.1. ap. b), Grupo Clarín debería desprenderse de dos (2) licencias de radiodifusión abierta y treinta y seis (36) radiofrecuencias por las que presta el servicio de televisión por cable a través del sistema UHF y MMDF.

En forma previa a la impugnación de la sentencia de cámara efectúa una reseña de los antecedentes históricos del artículo 32 de la Constitución Nacional, a través fundamental-



mente del examen de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y del sistema inglés de licencia previa –conocido como *licensing*–, y señala que los artículos 14 y 32 prohíben que el gobierno federal establezca un sistema de licencias previas al estilo inglés respecto de medios de prensa escritos. Recuerda que con posterioridad, con la aparición de medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico, y dada su escasez y necesidad de disponibilidad igualitaria, se autorizó la expedición de licencias por parte del Estado. Sin embargo, y atendiendo a las transmisiones que no utilizan espacio radioeléctrico, subraya que la corte norteamericana consideró de forma unánime la necesidad de diferenciar los parámetros que justifican la regulación de la televisión por cable respecto de los que gobiernan la televisión abierta.

En tal contexto, señala que el primer problema constitucional que plantea el **artículo 41 de la LSCA** es, justamente, que la ley pareciera creer que las razones que justificarían la regulación sobre los canales de aire y sobre los que se soportan en el cable serían las mismas. Esto lo entiende como un gran error pues sostiene que los cable-operadores deben equipararse con los medios tradicionales de prensa, pues éstos como aquéllos no utilizan un medio que por sus características físicas resulte escaso.

Por lo expuesto, afirma que un sistema que regule las licencias de los cable-operadores resulta constitucionalmente sospechoso, que el Estado no ha brindado ninguna explicación respecto de la necesidad de su implementación, prohibiendo su

enajenación total, ni ha defendido ni probado que tal medida resulte ser la menos restrictiva para alcanzar el fin estatal, por todo lo cual carece de validez constitucional.

Concretamente, respecto de las deficiencias constitucionales que le imputa a la ley 26.522 —y en respuesta a lo decidido por el a quo—, en relación con los **artículos 41 y 161** reitera los agravios y consideraciones expresadas por Cablevisión en su recurso extraordinario.

En relación con el **artículo 45, inc. 1**, entiende que los jueces de cámara yerran al acudir a otros artículos de la ley (7, 21 y 89), que no fueron impugnados por la actora, para encontrar la finalidad que le atribuyen a la disposición atacada y así examinar —y justificar— su razonabilidad. A su entender en la segunda parte del artículo 45 reside su finalidad, cual es la de restringir la concentración de licencias, y se pregunta —al tiempo que le reprocha a los jueces la falta de cuestionamiento al respecto— si resulta constitucional que una ley que rige a los medios audiovisuales regule la *desconcentración* de las licencias.

En tal sentido pone en duda que dicha regulación no se relacione más estrechamente con la Ley de Defensa de la Competencia que con una Ley de Medios Audiovisuales y, en tal caso, que el Estado pueda establecer regulaciones antimonopólicas en materia exclusiva de radiocomunicación.

Respecto del examen constitucional de las normas cuestionadas, señala que cuando —como en la causa— está en juego una restricción a la igualdad ante la ley y a la libertad de ex-

presión, el caso exige un análisis estricto y, por tanto, la carga de su justificación debe estar depositada en quien intenta menoscabarlas.

Afirma que en la causa se produce un ataque a la libertad de expresión de manera directa e indirecta. En tal sentido asegura que la legislación impugnada contradice explícitamente disposiciones expresas de la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como la que veta la restricción de tal derecho por medios tales como el *abuso de controles oficiales… de frecuencias radioeléctricas o por cualquier otro medio…* (artículo 13.3). Por su parte, recuerda que la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión dice que las leyes antimonopólicas en ningún caso deben ser exclusivas para los medios de comunicación (Principio 12).

En definitiva, asevera que el objeto exclusivo de la ley, y de su artículo 45.1 en particular, es combatir un declamado monopolio/concentración de la actora, cuya existencia e ilegalidad no ha sido declarada tal como consecuencia de una resolución obtenida de la tramitación de un juicio previo, con todas las garantías constitucionales y procesales, dentro del marco de la ley antimonopolios (Ley de Defensa de la Competencia). Por el contrario —recuerda—, la resolución 257/07 SCI expresamente desestimó que la operatoria conjunta de Cablevisión S.A. con Grupo Clarín S.A. y las demás empresas produjera lesión alguna a la competencia.

En esa línea argumental afirma que a las empresas de comunicación audiovisual no se les han reconocido iguales ga-

rantías que a las empresas comerciales o civiles que actúen en el mercado; que se les ha conferido un trato desigualitario, y que se las silencia y se perjudica su propiedad sin que se las escuche previamente (artículos 16, 14, 32, 17 y 18 de la Constitución Nacional).

Como corolario de lo expuesto señala que, estando comprometidas la libertad de expresión, la igualdad y demás garantías enunciadas, devenía imperativo el examen estricto del asunto según el cual el Estado no sólo debería haber demostrado que el fin que se propone la norma es constitucional, sino además que no existían otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

En este sentido, a la hora de cuestionar la razonabilidad de la norma en relación con la cantidad de licencias admitidas, señala que en el nuevo escenario tecnológico de la televisión en formato digital —más eficiente en el uso del espectro— la restricción en materia de disposición de frecuencias disminuyó de veinte a cuarenta veces (según se trate de canales de alta definición o de definición estándar); es decir que, el límite de diez (10) licencias, incluso en el caso de haber sido razonable en el escenario tecnológico de 2009, no tiene en cuenta la multiplicación de las frecuencias de televisión digital terrestre disponible actualmente. Por lo demás, recuerda que los concursos públicos convocados en 2012, para la adjudicación de licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual de televisión abierta digital, quedaron vacantes en un 98% de los procedimientos de selección convocados por falta de oferentes.

III) La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), en su recurso extraordinario (de fs. 3724/3745), expresa agravios contra la sentencia de cámara en la medida en que declaró la incompatibilidad constitucional de determinadas disposiciones de la LSCA.

Además de enunciar las razones que, a su entender, tornan arbitraria la sentencia del a quo —causal ésta por la que fue declarado inadmisible el recurso extraordinario, lo que dio lugar al recurso de queja que tramita por expediente G.451.XLIX— la autoridad de aplicación en materia de comunicación audiovisual enuncia los siguientes agravios:

i) Ejercicio abusivo de competencias por parte del tribunal, que no valora objetivamente la LSCA. A este respecto recuerda que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad, por lo que los jueces deben limitarse a verificar si las normas resultan repugnantes o no a la cláusula constitucional que se invoca como vulnerada. Sostiene que la cámara se ha excedido en sus funciones injiriéndose en competencias que son privativas del Congreso de la Nación, en tanto no es del resorte del Poder Judicial decidir acerca del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar una situación, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley.

Afirma que la sentencia recurrida, al desarticular el artículo 45 y disponer su constitucionalidad parcial, desvirtuó el sentido regulatorio de la ley, creó a favor de la actora excep-

ciones no admitidas por la norma ni contempladas por el legislador, y se apartó del principio de sujeción de los jueces a la ley que, en la práctica, sustituyeron a aquél.

ii) La sentencia apelada prescinde de valorar la LSCA desde el plano de los derechos constitucionales del colectivo social, y se limita a dar primacía a las potenciales afectaciones económicas de la actora como consecuencia de su adecuación a los términos de la ley.

iii) El pronunciamiento del a quo se sustenta en un análisis sesgado, parcial e intencionado de la prueba pericial, en tanto las afectaciones que la ley 26.522 le causaría a la actora no se encuentran debidamente probadas ya que, en palabras de la perito, dichos eventuales menoscabos dependerán de las decisiones del propio Grupo Clarín S.A.

iv) La decisión de la anterior instancia, si bien ha cambiado de posición respecto del plazo del artículo 161 de la ley —considerado escueto e irrazonable a la hora de decidir la medida cautelar, y declarado constitucional en la sentencia aquí apelada— resulta beneficiosa o, en el peor de los casos, inocua para la actora. Entiende que, dado que al Grupo Clarín no se le aplicará la mayoría de las regulaciones del artículo 45 de la LSCA, el plazo referido sólo se aplicará al resto de los prestadores, lo que revertirá en una ventajosa situación dominante en el mercado para la actora.

v) La opinión de la cámara con relación a que sólo se puede regular la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico -en tanto recurso limitado- es contraria a la actividad regla-

mentaria del Estado en virtud de su poder de policía. Afirma en este sentido que no existe óbice ni impedimento alguno para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan espectro y el máximo de población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco en relación con la cantidad de señales, pues es función del Estado regular el mercado y favorecer políticas competitivas y antimonopólicas.

vi) La declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA es a la medida de la actora. Ello es así pues, en forma contraria a lo pretendido por la ley —cuya regulación considera razonable y coincidente con normas internacionales—, y como resultado de la sentencia, la situación de concentración a favor de la actora se afianzará y consolidará, en la medida en que los restantes prestadores deben adecuarse a la ley. En tal sentido destaca que, a fin de evaluar una norma dictada en el ejercicio del poder de policía, deben visualizarse sus efectos, su armonía y su compatibilidad con el resto del sistema normativo.

vii) La declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 48 de la ley es infundado. Ello así pues las normas que protegen la libre competencia constituyen un nudo regulatorio que tiende a establecer medidas contra los monopolios y la concentración del mercado en distintas áreas, por lo que cada norma tiene una especificidad precisa, basada en las características naturales de la materia que regula. En tal contexto, si en el futuro, por razones de interés público, correspondiera modificar el régimen de multiplicidad de licencias es-

tablecido en la LSCA no debería haber impedimento, pues no es lícito paralizar el ejercicio normativo del Estado con fundamento en el marco jurídico preexistente.

viii) La cámara considera que la ley 26.522 afecta el derecho a la igualdad de la actora, aunque prescinde de considerar que la norma establece restricciones a todos los licenciatarios. En tal sentido recuerda que DirectTV no está en las mismas condiciones que la actora, lo que le genera distintas incompatibilidades —a una se le aplica el inc. a del artículo 45.1 y a la otra el inc. b—, no obstante ello, cada una tiene restricciones específicas —con base en la distinta naturaleza del medio utilizado- y ambas tienen restricciones comunes —artículo 45.1, párrafo final—.

ix) El a quo señala que la ley 26.522 afecta el derecho a la libertad de prensa, sin embargo su garantía precisamente está en la participación de distintos actores en el mercado. La LSCA no aborta ni restringe la libertad de expresión, sino que establece límites razonables a los prestadores para impedir que uno de ellos pueda dominar el mercado. En este contexto la intervención estatal regulatoria es oportuna y pertinente, y encuentra sustento en opiniones de organismos internacionales.

x) La cámara entiende que corresponde indemnizar a la actora en caso de que deba ajustar el límite de licencias con uso de espectro radioeléctrico a lo determinado en el artículo 45.1. inc. 'b', no obstante, si no hay lesión concreta a una situación protegida, no corresponde reparación alguna. En el caso, las licencias son propiedad del Estado que las otorga para que terce-



ros las gestionen prestando un servicio: la decisión estatal es lícita y no existe, en concreto, una norma específica que proteja al actor en una situación como la presente y le genere un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior por parte del Estado.

xi) El tribunal a quo considera que el monopolio resguarda y garantiza la eficacia y calidad de la prestación, promueve mejores inversiones y permite que haya libertad de expresión; sin embargo la posición dominante en un mercado nunca puede ser ponderada como un mecanismo que permita y promueva más pluralidad y competencia, sino que, por el contrario, restringe la libertad de elección y desmotiva a la competitividad en el sector en perjuicio de los consumidores (artículo 42 de la Constitución Nacional). En ningún segmento de la ley se discrimina a la actora ni a prestador alguno, sino que, por el contrario, se regula el mercado para fomentar mayor participación y competencia, para promover voces y para alentar a que participen en el mercado comunicacional distintos actores.

Finalmente, recuerda la competencia de la AFSCA para prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias o de abuso de posición dominante; y recuerda que *debe primar frente a cualquier análisis destinado a la protección de un eventual y difuso derecho individual (sin perjuicio del eventual derecho indemnizatorio que en la oportunidad procesal que corresponda pueda hacerse valer) aquella norma que ajustándose a la Constitución propende a desconcentrar y*

a eliminar los monopolios, todo ello para resguardar la libertad de elección y competencia (fs. 3745).

IV) El Estado Nacional —Jefatura de Gabinete de Ministros—, en su recurso extraordinario (fs. 3746/3766), en primer lugar enuncia las razones que, a su entender, tornan arbitraria la sentencia del a quo —causal ésta por la que fue declarado inadmisible el recurso extraordinario, lo que dio lugar al recurso de queja que tramita por expediente G.445.XLIX—. Entre dichas causales cita el hecho de carecer la sentencia apelada de fundamentación suficiente y objetiva, y sustentarse en meras afirmaciones dogmáticas, omitir el tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del litigio, efectuar una interpretación arbitraria y desnaturalizadora de la normativa involucrada, inaplicar la normativa constitucional y federal que rige el caso, e incurrir en contradicciones.

De modo preliminar al desarrollo de sus agravios recuerda que el artículo 42 de la Constitución Nacional impone a las autoridades la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales, y señala que la cámara centró su atención exclusivamente en el derecho de propiedad de la actora y en su supuesta afectación —conjetural y prematura en este estadio—, en su sostenibilidad, rentabilidad y economía y, bajo la sólo aparente defensa de su libertad de expresión, omitió considerar y valorar los verdaderos objetivos y finalidades de la LSCA, esto es, garantizar la pluralidad y diversidad de voces y opiniones, tendientes a resguardar el derecho a la libertad de expresión.



A este mismo respecto señala que la Sala I en su sentencia ha desatendido lo sostenido por este Tribunal en su pronunciamiento del 22 de mayo de 2012, dictado en la causa "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares" (Fallos: 335:705), en tanto allí se afirmó que, *en cuanto a la protección de la libertad de expresión, esta Corte ha sido muy clara y consistente en su reconocimiento a lo largo de una extensa e importante jurisprudencia. Sin embargo, en la causa no hay más que una mención al tema, ya que la parte actora no aportó ningún elemento probatorio que demuestre de qué modo resultaría afectada esa libertad. Más aún, en sus escritos no hay más que menciones generales, pero no existen argumentos que relacionen directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. 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.* Asegura el recurrente que en el sub lite sigue sin acreditarse que exista esa afectación concreta a la libertad de expresión.

Enfatiza que la declaración de inconstitucionalidad parcial declarada por el tribunal a quo respecto del Grupo Clarín ha importado, en los hechos, la consagración de un régimen legislativo a la medida de los intereses económicos del grupo y ha facilitado que la altísima concentración que posee la actora pueda incrementarse *ad infinitum*, toda vez que los servi-

cios que no utilizan espectro y la titularidad de registro de señales ha quedado sin límite alguno de acumulación de licencias respecto de dicho grupo empresario exclusivamente.

Destaca que resulta palmariamente desatinado el razonamiento del a quo, que subyace en los fundamentos del examen del artículo 41 de la ley y atraviesa la totalidad de la resolución recurrida, en tanto importa una negación a los principios de la LSCA en la medida en que apunta en todo momento, de modo sesgado, a otorgarle a los derechos de propiedad y libertad de comercio de las actoras –que equivocadamente la cámara considera afectados por algunas de las normas– un alcance exacerbado que conduce a la negación de otras normas y principios constitucionales que informan el citado régimen legal.

A continuación expresa los agravios que, en particular, le provoca la sentencia recurrida. Ellos son:

i) Falta de legitimación activa. A este respecto señala que dentro del denominado "Grupo Clarín", si bien algunas de las actoras son licenciatarias, ninguna es "propietaria" de licencias, con el alcance iusprivatista que pretenden, y la mayoría de ellas apenas tiene una mera expectativa de acceder a eventuales titularidades de licencias, lo que depende del dictado de una resolución administrativa por parte de la autoridad de aplicación. Afirma que, tratándose de derechos subjetivos públicos que no se encuentran en el comercio y a los que no se les aplican las reglas del derecho privado, para su perfeccionamiento debieron contar, invariablemente, con la aprobación de la autoridad concedente.

ii) Prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por aplicación de las disposiciones del artículo 45 respecto de las cuales se rechazó la impugnación de inconstitucionalidad. Prejuzgamiento. Entiende el Estado que la cámara incurrió en prejuzgamiento en el ap. c de la parte resolutiva de su sentencia cuando, al rechazar la impugnación de la actora respecto de determinadas disposiciones del artículo 45 de la LSCA [concretamente, del ap. 1, incs. a y b (con excepción de la limitación respecto de la titularidad de señales) y del ap. 2, incs. a y b], declaró que la compatibilidad de dichos preceptos con la Constitución Nacional *supone el derecho de la parte actora al resarcimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión*, en los términos desarrollados en dos considerandos de la sentencia por la vocal que votó en primer término.

En este sentido, el Estado Nacional recuerda que los camaristas que conformaron la mayoría consideraron que los límites a las licencias establecidos en tales disposiciones son compatibles con la Constitución Nacional dado que, habida cuenta la finitud del espectro radioeléctrico, *es una opción de política legislativa que a los jueces no le corresponde sustituir*. No obstante lo expuesto entendieron que, en tanto ello implicaría un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias que utilizan ese medio de transmisión, las normas en cuestión suscitan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y generan el consecuente derecho de las actoras a ser resarcidas, para lo cual remitieron a un proceso judicial futuro la determinación y cuantificación del daño.

Afirma la demandada que los jueces, pese a considerar válidas tales restricciones dada la escasez del recurso y sin dar razón alguna de cuál ha sido el criterio en el que se han basado a esos efectos, reconocen que la adecuación por parte del grupo empresario actor a los límites fijados en las normas señaladas aparejará el derecho al resarcimiento de los daños producto de una eventual desinversión, lo que constituye una declaración que, sin hacerse cargo de que el objetivo que persigue la norma *es el de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local* y no meramente asegurar el uso racional de un medio limitado, resulta prematura e impropia en el marco cognoscitivo de este proceso.

Destaca que las disposiciones reglamentarias, que regulan los procedimientos para las denominadas *desinversiones de oficio o voluntarias*, contemplan que los interesados en acceder a la titularidad de las licencias objeto de adecuación han de abonar los importes pertinentes a los hasta ahora prestadores de los respectivos servicios. En cualquier caso, resalta que el reconocimiento del derecho de las actoras a ser resarcidas importa la adopción de una definición extemporánea, emitida cuando aún no se ha concretado el procedimiento de adecuación y, por ende, no se han configurado, siquiera mínimamente, los requisitos a los cuales se encuentra subordinada la existencia de responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

iii) El artículo 45 de la LSCA es constitucional en su integridad. Recuerda el Estado que la cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, en su ap. 1 (**orden nacional**), inc. b, en la parte que **veda a los titulares de licencias de servi-**

cios de comunicación audiovisual tener más de una señal de contenidos, e inc. c, en cuanto **limita a veinticuatro (24) licencias la titularidad en un solo prestador, cuando se opere a través de vínculo físico**. Además se efectuó idéntica consideración respecto del párrafo final, donde se establece que **el total de licencias, de todo tipo, no podrá superar el 35% de la población nacional o de abonados.**

Por otra parte, respecto del apartado 2 (**orden local**), el tribunal valoró como inconstitucionales los incs. c y d en los cuales se fija un límite de **hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción** (siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta) **y hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta** (siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción). Idéntico temperamento adoptó respecto al último párrafo de este apartado, que **impide que la suma total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas, que se superpongan de modo mayoritario, exceda de tres (3) licencias**. En lo que toca al ap. 3, que **limita la titularidad de registro de señales**, lo declaró inconstitucional en su totalidad.

Recuerda que la jueza que votó en primer término infirió que las restricciones en cuanto a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico son innecesarias, en el entendimiento de que, en tal supuesto, no se está ante un recurso escaso y no perturban el uso ni las reservas de las frecuencias que permiten la intervención de aquellas voces que no podrían expresarse si

no es con financiamiento de presupuesto público. Agregó la magistrada que dichas limitaciones son irrazonables pues implican destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet, donde compite con grandes grupos de telecomunicaciones (considerando 19).

En este contexto, el Estado Nacional advierte diversas cuestiones no tratadas por la camarista: **1)** que la restricción a la cantidad de licencias que no usan espectro radioeléctrico es una facultad estatal propia, cuya finalidad es regular legítimamente una actividad declarada de interés público; **2)** que la regulación es lícita pues se ha limitado a restringir razonablemente los derechos alegados por los actores, los que, como toda garantía constitucional no son absolutos, destacando la altísima cuota de mercado audiovisual con la que podrá continuar la actora después de su readecuación —35%, es decir, más de catorce millones de personas, según el último censo poblacional—; y **3)** que no hay afectación a derecho alguno, ni discriminación, cuando la regulación recaiga sobre personas que se encuentren en una misma situación o condición —la LSCA regula a todos los licenciatarios de comunicación audiovisual, sin excepción alguna—.

A la luz de lo expuesto, remarca que no existe óbice ni impedimento alguno para que el legislador regule la cantidad de licencias de servicios que no utilizan espectro y el máximo de población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que limite la cantidad de señales, pues ***es función del Estado regular los servicios de comunicación audiovisual para favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preserven la diver-***

sidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información —en un todo de acuerdo con lo establecido por la CIDH, artículo 13.3—. Insiste en que sostener lo contrario implica negar al Estado poderes de policía que le son inherentes, y recuerda que esta Corte los ha definido como *un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ("confort") y bienestar general del pueblo* (fs. 3756 vta.; el destacado pertenece al original).

Destaca también otro aspecto que, a su entender, no ha sido valorado por el tribunal, cual es el de medir las consecuencias disvaliosas que se derivarían de la inaplicación de la LSCA a la actora en virtud de lo que ha decidido en la sentencia. A este respecto recuerda que la ley se ha inspirado en la finalidad de asegurar la libertad de expresión, la pluralidad de voces y opiniones, así como el combate a las prácticas monopólicas. Sin embargo, como resultado de la sentencia, y de manera contraria a los fines que han inspirado la ley, la situación de concentración a favor de la actora se consolidará en la medida en que los restantes prestadores se adecuen a ella, con el consiguiente perjuicio para los consumidores cautivos en un mercado con un prestador en franca posición dominante.

Más allá de los señalamientos apuntados, aclara que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado, sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. En efecto, destaca que la relatividad de la importancia del medio de transmisión utilizado resulta evidente habida cuenta del principio de neutralidad tecnológica que impe-

ra en la regulación, de lo que el régimen de telecomunicaciones es muestra acabada. Abunda en que, más allá del dato evidente de la realidad de los distintos medios de transmisión utilizables, el fallo toma como parámetro para definir la constitucionalidad de la ley sólo la utilización o no del espectro, en tanto bien escaso, con la consiguiente configuración de una barrera de entrada al mercado. Sin embargo, la demandada remarca que la arbitrariedad del decisorio consiste en suponer que la única barrera de entrada en el mercado de los medios de comunicación es física —espectro—, cuando en rigor también lo son las económicas —tendido de cables, aéreos o subterráneos—. Ahonda en ese sentido en las barreras que puede imponer una empresa que ocupa una posición dominante o de gran concentración en la oferta de televisión por cable al ingreso de nuevas empresas.

En relación con la validez constitucional de la limitación de las señales (artículo 45 ap. 1, inc. b, y ap. 3 de la LSCA), destaca que otra vez la cámara analiza el caso partiendo del medio de transmisión, omitiendo considerar que en el mercado de la TV —por cualquier vía de difusión que se trate- la posición dominante puede tener efectos antijurídicos no sólo respecto de quienes adquieren bienes y servicios de la empresa dominante, sino también en relación con sus proveedores, lo cual es particularmente grave en relación con el ejercicio efectivo de la libertad de expresión.

Respecto de lo concluido en la sentencia a partir de lo aportado por el experto en economía designado a instancia de las actoras, el Estado señala que lo agravia por cuanto, so pretexto de una supuesta defensa de la libertad de expresión, el tribunal

intenta mantener incólumes los intereses económicos del Grupo Clarín, valiéndose para ello de un informe pericial económico que, amén de haber sido cuestionado oportunamente por la demandada —por apuntar a demostrar un planteo incompatible con la vía procesal escogida por la actora—, ha sido utilizado de modo asaz improcedente para realizar un test de constitucionalidad de las normas atacadas. En tal sentido advierte que el tribunal descontextualizó el plexo probatorio pericial, supliendo tal carga procesal de la actora, a fin de tener por configurada una inconstitucionalidad directamente relacionada a la *violación a la libertad de expresión* de las actoras, pese a la inidoneidad de los medios de prueba elegidos para acreditarla.

Sostiene que la camarista de primer voto parte de la falsa premisa de que solamente una economía de escala, como la que detenta el Grupo Clarín, puede garantizar su sustentabilidad empresaria y, con ello, asegurar su libertad de expresión; aseveración que, según entiende el Estado, la realidad desmiente paladinamente. Insiste en tal sentido en que la LSCA no discrimina al actor ni a ningún otro prestador del servicio audiovisual, sino que, por el contrario, regula el mercado para fomentar una mayor participación y competencia, para promover la diversidad de voces y para alentar a que participen distintos prestadores; y que la sentencia visualiza la situación exclusivamente desde el ángulo que atañe a quien se encuentra en condiciones de distorsionar el funcionamiento normal del mercado, es decir, del grupo que ostenta una posición dominante.

Con relación a lo afirmado por la cámara respecto de que la limitación de licencias contenida en el artículo 45 colocaría a Cablevisión en desventaja con DirectTV (que cuenta con una licencia satelital de alcance nacional), señala que la incorrección de la conclusión parte de no examinar la estructura de costos de ambas empresas —menor en el caso de la televisión por cable, lo que le ha permitido operar con ventaja competitiva— y de no advertir que la LSCA basa sus límites en materia de licencias en la realidad de los mercados de comunicación en la Argentina, donde la televisión por cable tiene un grado de penetración casi total, entre los más altos del mundo, por lo que los límites para la participación de los cable-operadores son fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información.

Considera contradictoria la sentencia que, por un lado, en la parte que declara constitucionales las normas atacadas, reconoce el derecho de las actoras a un resarcimiento; y a continuación, y respecto de las disposiciones que limitan el número de licencias de servicios por vínculo físico, construye un sofisma para sustentar una inexistente inconstitucionalidad, y allí preserva *en especie* los hipotéticos derechos supuestamente afectados, con todo lo cual consolida la posición monopólica y dominante del grupo actor.

Finalmente, respecto de este agravio destinado a defender la constitucionalidad del artículo 45 de la LSCA en su integridad, destaca que es falaz el escenario que se infiere de lo afirmado por la cámara en su sentencia, relativo a un universo de emisoras abiertas, sólo sustentadas por la publicidad oficial

y sin relevancia comercial, en el que no median problemas de competencia, en coexistencia con otro, de emisoras por suscripción, en el que el mercado se regula a través de una mano invisible. Afirma que en realidad el universo es complejo e interconectado, entre emisoras abiertas, sistemas por suscripción y producción de contenidos, donde todos compiten por los mismos recursos. Asegura que todas son un vehículo imprescindible para la libertad de expresión y de acceso a la información, y que por ello todas las plataformas requieren normas que regulen su intervención en el mercado.

iv) El artículo 48, 2° párrafo, de la LSCA es constitucional. En relación con los alegados derechos adquiridos y la supuesta retroactividad de la norma, señala que en el caso dista de aparecer comprometido el principio de irretroactividad de la ley, ni se justifica la pretensión de mantener la ultra actividad de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la normativa anterior. Sostiene que nos encontramos ante una relación jurídica administrativa de tracto sucesivo, donde de lo que se trata es de la aplicación inmediata de la nueva norma a los efectos en curso de una relación jurídica, aun cuando haya nacido bajo el imperio de la ley antigua.

Y respecto de la presunta afectación del derecho de propiedad, recuerda en primer lugar que tal derecho no es absoluto, y agrega que algunas empresas del grupo actor poseen licencias y otras son explotadoras de hecho, pero que en ningún caso resultan titulares de un derecho real de dominio en los términos del Código Civil. Destaca además que el DNU 527/05 no alteró la si-

tuación jurídica de los actores, ni implicó ningún reconocimiento de derechos, ni saneó la situación de los explotadores de facto de servicios de comunicación audiovisual, sino que simplemente suspendió —por el plazo de diez años— los términos que estuvieran corriendo de las licencias, o sus prórrogas, previstas en la ley 22.285.

v) El artículo 161 de la LSCA quedó vacío de contenido a partir de la inconstitucionalidad decretada respecto de otras normas de la ley. A este respecto recuerda que, en atención a los términos de la decisión de cámara, esta norma —que impuso a los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por la ley la adecuación al nuevo régimen dentro del plazo allí establecido— sólo tendría operatividad respecto de los preceptos que han superado el test de constitucionalidad, es decir, los que imponen límites para la titularidad de licencias de servicios que utilizan espectro radioeléctrico, y no será aplicable a los servicios a los que se refieren las disposiciones de la LSCA que son declaradas inconstitucionales (conceptualmente, las que no utilizan espectro).

Así las cosas, y pese a que la decisión ha sido formalmente adversa al planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la LSCA, la demandada se agravia de la desnaturalización y vaciado de contenido que ha experimentado tal norma, en tanto la decisión recurrida es esencialmente funcional a la subsistencia e incluso a la profundización de las situaciones monopólicas u oligopólicas que la ley ha querido evitar.

Además de recordar el trato palmariamente desigual que la sentencia recurrida produce respecto de los titulares de otras licencias, concluye en que el a quo, en violación al principio de división de poderes, ha reescrito para las actoras el texto de esa norma.

vi) Los precedentes jurisprudenciales extranjeros citados en la sentencia avalan la legitimidad de la ley en su totalidad. En este aspecto el recurrente efectúa un desarrollo de los fundamentos de los precedentes extranjeros citados por el a quo y, a partir de la realidad allí descripta y su comparación con la actualidad del mercado de los servicios de comunicación audiovisual en nuestro país, concluye en que no sólo sus conclusiones no resultan aplicables a la cuestión debatida, sino que su recta interpretación confirma la plena adecuación de la LSCA a la Constitución Nacional en su dimensión teleológica y axiológica de garantizar derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la información y el combate a las prácticas monopólicas.

vii) Necesidad de una regulación específica. Examina aquí el Estado el voto de uno de los jueces de cámara, que considera que las limitaciones fijadas en la LSCA para la propiedad de las licencias serían redundantes en sus fines antimonopólicos pues bastaría —en su opinión— con las normas generales en materia de defensa de la competencia. El recurrente considera tal aseveración absolutamente desacertada, pues pone énfasis en un eventual control *ex post facto* que, tal como señalara el informe elaborado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de

2007, es ineficiente para resolver los conflictos derivados de la integración vertical y horizontal de la actividad de comunicación audiovisual.

En definitiva, a juicio del recurrente el juez sólo expresa una opinión contraria a la voluntad legislativa, ya que no fundamenta por qué una regulación especial no es necesaria en el caso, lo que no significa que la decisión del legislador esté viciada de inconstitucionalidad.

Finalmente asegura que, además de la necesaria adopción de medidas que protejan de manera efectiva los derechos de usuarios y consumidores, disolviendo los monopolios y restableciendo el equilibrio en la oferta y condiciones de acceso a los bienes o servicios de que se trate, la LSCA va más allá, pues los legisladores determinaron que eran insuficientes las reglas que surgen de la defensa de la competencia por la índole de la materia en cuestión, lo que justifica que el control de las prácticas monopólicas que contiene en su texto no sea un valor que se agote en sí mismo, sino que se encadene a la promoción de la diversidad en la información y la participación de actores de diferentes sectores de la sociedad.

5°) Que los agravios de las partes suscitan cuestión federal, en tanto en el pleito se ha puesto en cuestión la validez de una ley del Congreso y la decisión ha sido contra su validez. Por su parte, la inteligencia de varias disposiciones constitucionales ha sido cuestionada y la decisión fue contra la validez del derecho que las partes fundan en dichas cláusulas y es materia de litigio (artículo 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

Dado que la decisión de esta Corte se encuentra limitada a la jurisdicción que le ha sido conferida mediante los recursos interpuestos, con dicho alcance –es decir, limitado exclusivamente a lo que aquí interesa– se relatan a continuación los pormenores de la causa.

I. Relato de los hechos

I.1. La acción de inconstitucionalidad

6°) Que con fecha 2 de febrero de 2010 el Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. iniciaron acción contra el Poder Ejecutivo Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la ley 26.522, y su inaplicabilidad respecto de las licencias y señales de las que los actores eran titulares al momento de promulgarse la mencionada norma. En la misma presentación, y a los fines dispuestos en los artículos 6° –inc. 4– y 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, informaron que, con fecha 7 de diciembre de 2009, el titular del Juzgado n° 1 del fuero Civil y Comercial Federal les había concedido una medida cautelar.

Para fundar su pretensión señalaron que la ley impugnada establece en forma irrazonable y arbitraria limitaciones y restricciones a la propiedad de medios que no existían hasta su sanción (artículo 45), a la vez que dispone la venta compulsiva de los medios y empresas que no se adecuen a sus disposiciones

en el plazo máximo de un año (artículo 161). En concreta referencia a cada uno de los artículos impugnados señalaron que:

a) El **artículo 41**, al prohibir a los actores la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de sociedades titulares de licencias, así como la venta o transferencia de las licencias mismas de las que son propietarias, extingue su valor patrimonial en claro atropello a los derechos de propiedad y libertad de comercio.

b) **El artículo 45**, al establecer un régimen de multiplicidad de licencias que desbarata la sustentabilidad operativa y económica de la empresa, afecta directamente, en consecuencia, su independencia y sus libertades de prensa y expresión.

A este respecto manifestaron que la limitación a la titularidad de licencias impuesta a las personas de existencia visible o ideal en el orden nacional:

i) *a una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital* (ap. 1, inc. 'a') impone una desventaja competitiva a la TV por cable, tanto frente a la TV satelital como plataforma competitiva como frente a los servicios de comunicación audiovisual que brinden las empresas del Estado. Ello por cuanto la TV satelital —de la que en la Argentina existe hoy un solo prestador (DirectTV)— puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la TV por cable requiere de múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios sin justificación económica o técnica, de manera que se generan costos de operación diferenciados que afectan el equilibrio competitivo. Por su parte, el Estado a

través de sus empresas puede acumular el servicio de TV satelital con el resto de los servicios previstos en la norma (TV abierta, por cable, radio, etc.). Esta limitación afectaría no sólo la eficiencia efectiva de los distintos competidores, sino también la libertad de expresión, al establecer mayores limitaciones para los operadores de TV por cable privados;

ii) *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 radiotelevisión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico* (ap. 1, inc. b), carece de todo fundamento lógico. Al no utilizar espectro radioeléctrico las señales de televisión por cable, no existe justificación alguna para incluirlas en la norma basándose en argumentos relacionados con la limitación y la escasez de dicho recurso, al tiempo que la limitación aplicada a los contenidos es una medida claramente distorsiva, que afecta negativamente la propiedad y la libre expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificar semejante limitación a la libertad de prensa. Finalmente, el número establecido (10 licencias), incluso al tratarse de casos de ocupación del espectro radioeléctrico, es totalmente arbitrario y caprichoso;

iii) *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 por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda (ap. 1, inc. c y párrafo final), carece de justificación económica. Al no utilizar espectro radioeléctrico la TV por cable, no existe motivo alguno que justifique la regulación que se propone, que afecta abiertamente el artículo 32 de la Constitución Nacional. Por otro lado, estos límites restringen el aprovechamiento de las economías a escala y densidad, que son inherentes a esta industria. Con esta restricción no se permitirá la reducción de costos medios que podría obtenerse con el incremento del número de suscriptores y, por ende, se impedirá una disminución en los precios pagados por los abonados.

A su vez, al dejarse a criterio de la autoridad de aplicación la determinación de los alcances territoriales y de población de dichas licencias, se establece una diferencia en el tratamiento respecto del otorgado a los servicios de TV satelital, a los que se les otorga una sola licencia nacional para operar.

En relación con el límite establecido (35%) respecto del total de habitantes o abonados a los servicios referidos en este artículo, afirmó que su aplicación puede incentivar a que se limite la competencia, y que privará a las empresas de incentivos para reducir sus precios y mejorar la oferta de canales y servicios para atraer a más clientes. Reiteró aquí los reproches referidos a la restricción al aprovechamiento de economías de es-

cala, cuestionó el carácter arbitrario de los rangos de participación de mercado instituidos y aseguró que las limitaciones de este artículo tendrán un impacto muy negativo sobre el desarrollo y despliegue del servicio de banda ancha en la Argentina pues, si bien el límite no se aplica al acceso a Internet, el negocio es la *paquetización* en la oferta de los distintos servicios.

Recordaron la limitación a la titularidad de licencias impuesta a las personas de existencia visible o ideal en el orden local, dispuesta en el mismo artículo:

Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM) (ap. 2, inc. a)*; hasta 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* (ap. 2, inc. b)*; hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta* (ap. 2, inc. c)*; hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción* (ap. 2, inc. d)*. 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* (ap. 2, párrafo final).

A este respecto señalaron que la TV por suscripción no compite con la TV abierta; que el canal abierto es, por antonomasia, productor de contenidos y, en la Argentina, el gran motor

de la producción audiovisual; mientras que los sistemas de TV por cable, por el contrario, son meros distribuidores de contenidos de las más variadas fuentes. Afirmaron que, pese a esta separación de mercados relevantes, la ley, de manera irrazonable desde el punto de vista de la competencia, los trata y limita como si actuaran en el mismo mercado, lo que genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores. Aseguraron que esta restricción impide el aprovechamiento de las economías de ámbito existentes en la industria y se reduce la eficiencia de los procesos.

Dentro de la misma disposición de la ley (artículo 45), atacaron los términos de su ap. 3, referido a la titularidad de registro de señales, que establece las siguientes reglas:

Para los prestadores consignados en el ap. 1, subap. b, se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales (ap. 3, inc. a)*; los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia* (ap. 3, inc. b). *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* (ap. 3, párrafo final).

A este respecto señalaron que la libertad de expresión se promueve aumentando el número de señales, no reduciéndolo; y que esta medida limita la integración vertical, entre productores de contenidos de TV y empresas distribuidoras de TV por suscripción

(cable y satélite), lo que genera el problema del *doble margen* y un aumento de los costos de transacción, con el consiguiente aumento del precio de suscripción para los consumidores. También hicieron referencia a los menores incentivos de las empresas de cable debido a los menores márgenes que se obtienen en las ventas de canales no afiliados respecto de los que sí lo son. Volvieron a insistir aquí con que la norma contraría el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existente en la producción de contenidos, y en que los distintos problemas de competencia que puede generar esta estructura de mercado deberían enfrentarse en cada caso concreto con la ley de defensa de la competencia.

Como colofón a la crítica del artículo 45, resaltaron el gravísimo e irreparable daño patrimonial que les causa, así como el atropello a sus derechos de propiedad privada, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y de prensa que significa esta norma; a la que tacharon además de irracional económicamente, con perjuicio para el interés público.

c) El **artículo 161**, al obligarlos a desprenderse de activos estratégicos, en condiciones absolutamente negativas y en el plazo —que calificaron de irrisorio— de un año, les provoca un gravísimo e irreparable daño patrimonial.

A este respecto, recordaron que la norma dispone que *(l)os 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 artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41; y manifestaron que la aplicación de las restricciones a la multiplicidad de licencias (artículo 45), cuya titularidad adquirieron al amparo de otra legislación, en combinación con la adecuación dispuesta (artículo 161), *implica el absoluto desconocimiento de (sus) derechos adquiridos… así como la virtual aniquilación de su derecho de propiedad.*

d) Con el **segundo párrafo del artículo 48**, en tanto dispone que *(e)l 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, se violentan las garantías constitucionales más elementales* (artículos 14, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional). Mediante ella el Estado pretende privar a los actores de la posibilidad de invocar derechos adquiridos contra arbitrariedades actuales y futuras.

Afirmaron que no reconocían *la constitucionalidad de los artículos y efectos de la LSCA no cuestionados en esta demanda, efectuando expresa reserva de accionar judicialmente en el futu-*

ro, en la oportunidad y forma que les parezca más adecuada para la mejor defensa de sus derechos.

Finalmente, mediante otra presentación, ampliaron la demanda, peticionando la reparación de los daños y perjuicios que, según informaron, les ha causado y le causa *la mera sanción y promulgación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA)*. Afirmaron que el daño cuya reparación reclamaron en este punto se verifica con la imposibilidad de acceso al crédito y financiamiento de las actoras con motivo de la situación de incertidumbre que ha causado la LSCA, y que debía adicionarse al desagravio económico solicitado en la demanda para el caso de aplicarse los artículos 45 y 161 de la ley.

I.2. La medida cautelar

7°) Que según surge de lo manifestado por los actores en las presentes actuaciones, con anterioridad a la interposición de la demanda que les dio origen, el 7 de diciembre de 2009 —en los autos "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares"— el titular del Juzgado n° 1 del fuero Civil y Comercial Federal les había concedido una medida cautelar.

Apelada la medida por el Estado Nacional, la cámara del fuero, con fecha 13 de mayo de 2010, decidió confirmar la resolución en cuanto ordenaba la suspensión de la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 (LSCA) respecto de las actoras, y revocarla en lo que se refería al artículo 41 de la misma ley.

Contra dicha decisión, el Estado Nacional recurrió ante esta Corte.

A) Primer pronunciamiento de la CSJN. Este tribunal, el 5 de octubre de 2010, resolvió desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que había hecho lugar a la medida cautelar, pues no se había demostrado la existencia de los dos requisitos tradicionalmente exigidos por su jurisprudencia para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar, esto es, que mediara cuestión federal bastante conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resultara irreparable. Ello no obstante, en la misma resolución consideró que cabía fijar un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, pues podría presentarse una situación de desequilibrio si la sentencia en la acción de fondo se demorara un tiempo excesivo y se permitiera a la actora excepcionarse —por el simple transcurso del tiempo— de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo por vía del pronunciamiento cautelar un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial, debiendo entonces ponderarse no sólo la irreparabilidad del perjuicio del peticionante, sino también el del sujeto pasivo de éste, quien podría verse afectado irreversiblemente si la resolución precautoria fuera mantenida *sine die* (Fallos: 333:1885).

En tales circunstancias, el 19 de octubre de 2010 el Estado Nacional solicitó el levantamiento de la medida precautoria y, en subsidio, solicitó la fijación de un plazo para su vigencia. Rechazadas ambas peticiones por el juez, y ante la apelación de la demandada, la cámara del fuero —el 12 de mayo de 2011— decidió confirmar el rechazo del levantamiento de la medida, mas

dispuso fijar el plazo de su vigencia en treinta y seis (36) meses contados a partir de la notificación de la demanda.

Recurrida tal decisión por la demandada, y denegado dicho recurso, acudió en queja a esta Corte.

B) Segundo pronunciamiento de la CSJN. El Tribunal, en fecha 22 de mayo de 2012, confirmó la sentencia que rechazó el levantamiento de la medida cautelar de no innovar y fijó su plazo de vigencia en treinta y seis meses, y la revocó en lo relativo al momento desde el cual dicho plazo debía computarse. A este último respecto afirmó que aparecía como contradictorio fijar un plazo para la medida cautelar y luego computarlo a partir de la notificación de la demanda, máxime cuando, como en el caso, se observaba una diferencia temporal tan notoria entre ambos momentos —un año— por la sola voluntad de las peticionarias.

En consecuencia decidió que el cómputo debía iniciarse a partir del dictado de la medida cautelar, razón por la cual su vigencia debía fenecer el 7 de diciembre de 2012 (Fallos: 335:705).

Ante el pedido de prorrogar la vigencia de la medida precautoria formulado por los actores, y tras su rechazo por el juez, la cámara del fuero, el 6 de diciembre de 2012, decidió conceder lo peticionado por el grupo empresario y que continuara la vigencia de la cautelar hasta que se dictara sentencia definitiva en la causa.

C) Tercer pronunciamiento de la CSJN. Finalmente esta Corte, en virtud del recurso de la demandada, dictó sentencia con

fecha 27 de diciembre de 2012, en la que, por mayoría, resolvió confirmar lo resuelto por el a quo, en relación a la prórroga de la vigencia de la medida precautoria (Fallos: 335:2600).

I.3. La sentencia de primera instancia

8°) Que, con fecha 14 de diciembre de 2012, el juez a cargo del Juzgado Nacional de primera instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 1 dictó sentencia y resolvió: **i)** rechazar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada; **ii)** rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por los actores; **iii)** ordenar, como consecuencia de lo decidido y en virtud de las nuevas circunstancias configuradas, el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso; **iv)** imponer las costas del juicio en el orden causado, atenta la novedad de los planteos formulados, la dificultad y complejidad de las cuestiones debatidas y la naturaleza de los derechos involucrados en la causa; **v)** dejar sin efecto la habilitación de días y horas inhábiles dispuesta en la causa; y **vi)** diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que quedara firme o consentido el decisorio.

Contra dicha decisión, ambas partes interpusieron recursos de apelación.

La actora expresó que la agraviaba lo decidido en relación con el rechazo de la acción de inconstitucionalidad y el inmediato levantamiento de las medidas cautelares.

El Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) manifestaron que el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa y la imposición de las costas en el orden causado les causaba un gravamen irreparable.

Ante la interposición de los mencionados recursos, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, con fecha 17 de abril del corriente año, dictó sentencia en estos autos, de la que se ha dado cuenta en los considerandos 1° y 2° de esta sentencia.

I.4. Trámite de la causa en esta Corte.

9°) Que, llegados los autos a esta Corte en virtud de los recursos mencionados y desarrollados en los considerandos 3° y 4° de la presente, el Tribunal ordenó su remisión a la Procuración General de la Nación. La señora Procuradora General emitió su dictamen, con fecha 12 de julio de 2013, en el que entendió que correspondía declarar la procedencia de los recursos interpuestos y revocar la resolución recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. 'c' y párrafo final; ap. 2, incs. c y d y párrafo final; ap. 3, en su totalidad; y ap. 1, inc. 'b', en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA, así como también respecto del reconocimiento anticipado de daños a la parte actora, y confirmarla respecto de las restantes cuestiones.

Con posterioridad esta Corte llamó a una audiencia pública informativa, que tuvo lugar los días 28 y 29 de agosto. En dicho acto doce *amicus curiae* expusieron sus puntos de vista, y las representaciones letradas de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia.

II. Tratamiento de los asuntos sometidos al examen de esta Corte.

II.1. El marco normativo nacional e internacional de la cuestión sometida a debate

10) Que respecto de la cuestión sometida a debate y el marco normativo, tanto nacional como internacional, como también de los distintos informes y documentos que precisan su alcance y en los cuales corresponde enmarcar la decisión de esta Corte, en orden a la brevedad me remito al exhaustivo desarrollo de los considerandos 3° a 19 del voto del juez Petracchi.

II.2. La genealogía y larga gestación de la ley 26.522

11) Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que la ley cuestionada surge como resultado de un largo y accidentado proceso, en cuyo curso se fue poniendo de manifiesto la urgente necesidad de un marco regulatorio acorde con las enseñanzas de la legislación comparada, con el consiguiente establecimiento de medidas antimonopólicas adecuadas a las particularidades de la materia.

En efecto: la regulación de la radiodifusión y las disposiciones antimonopólicas tienen una larga historia. La primera ley en el ámbito de las comunicaciones fue la ley n° 750

—conocida como de Telégrafos Nacionales— sancionada en 1875, durante la presidencia de Nicolás Avellaneda. Hasta 1924, más allá de autorizaciones y disposiciones particulares, la radiofonía aficionada y luego las primeras radios se rigieron por esta norma.

El primer decreto específico de *broadcasting* data del 27 marzo de 1924, durante la presidencia de Marcelo de Alvear, que en los albores mismos de la radiotelefonía reglamentó las licencias. Cuatro años más tarde, el 21 de noviembre de 1928 el Estado decidió que el servicio estuviera fiscalizado por una única autoridad, que fue la Dirección de Correos y Telégrafos. Durante la segunda presidencia de Hipólito Yrigoyen, el decreto del 10 de abril de 1929 reglamentó en el ámbito nacional el servicio de radiodifusión.

La ley 11.581 del 16 de mayo de 1932 impuso el pago de un derecho anual por el uso de las ondas. El 3 de mayo de 1933 se sancionó el decreto reglamentario n° 21.044, que reguló el servicio entre 1933 y 1946. Este decreto, entre otras cosas, contenía una clara limitación antimonopólica, pues no aceptaba la transferencia de licencias total o parcial en favor de otro concesionario en la misma zona de influencia, debiendo los adjudicatarios dar cuenta a la autoridad de sus antecedentes personales y su solvencia económica.

En la década de 1940, los medios de comunicación radiofónica ya tenían una alta incidencia en la sociedad, por lo que el gobierno militar de Edelmiro Farrell hizo hincapié en la regulación de contenidos principalmente dictando el denominado

"Estatuto Profesional del Periodista" (decreto n° 7618) y el "Manual de Instrucciones para las Estaciones de Radiodifusión" (decreto n° 13.474), otorgando, a la vez, la primera licencia para el establecimiento de la televisión.

En 1946, en la primera presidencia de Juan D. Perón, se dictó la ley 12.906 que reprimía los monopolios y se modificó el Estatuto del Periodista Profesional (ley 12.908)

El 17 de octubre de 1951 se inauguró oficialmente el servicio de televisión en la Argentina y en 1953 se sancionó la ley 14.241, reglamentada por el decreto 25.004, que fue la primera ley de radiodifusión. Cabe hacer notar que en el curso de nuestra historia —hasta la sanción de la actual ley 26.522—, fue la única ley de radio y televisión integral sancionada por un gobierno constitucional.

Esta ley fue derogada por el decreto-ley 15.460 de 1957, al que se conoció como "Ley Nacional de Radiodifusión y Televisión". Conforme a ese decreto-ley los permisionarios sólo podían ser titulares de una licencia de radiodifusión y de una de televisión. Diez años más tarde, en 1967, la llamada ley 17.282 autorizó a las repetidoras, aunque también contenía disposiciones restrictivas.

En 1972 se sancionó la llamada ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones), luego modificada por la llamada ley n° 20.180 en 1973, que a su vez fue derogada parcialmente en octubre de ese mismo año por el decreto n° 1.764. Junto con el dictado de este último decreto se declaró la caducidad de algu-

nas licencias de televisión en la Capital Federal, Mendoza y Mar del Plata.

Finalmente, la dictadura autodenominada *Proceso de Reorganización Nacional* primero dictó el llamado *Plan Nacional de Radiodifusión* y luego, en 1980, sancionó la llamada ley 22.285, reglamentada por el decreto n° 286 de 1981, que fue la nueva ley nacional en la materia, estableciendo el COMFER —aunque éste se había originado en la llamada ley nacional de telecomunicaciones, 19.798, de 1972.

El gobierno constitucional del Dr. Raúl Alfonsín, por decreto 1151/84, suspendió la aplicación del plan nacional y de todo concurso público hasta tanto se sancionara una nueva ley de radiodifusión. A tal efecto remitió al Congreso un proyecto, basado en el trabajo del Consejo de Consolidación de la Democracia. Luego insistió con otro modificatorio de la ley 22.285 antes de culminar su presidencia. Ninguno de ambos proyectos fue considerado.

Durante el gobierno siguiente, en 1989, se dictaron sucesivas normas de emergencia (decretos números 528, 535) y la ley 23.696 (reforma del Estado) que facultaron al Poder Ejecutivo para regular la situación de las múltiples emisoras que operaban fuera de todo contexto, hasta tanto se sancionara una nueva ley de radiodifusión. También se abrió el camino hacia la privatización de señales radiales y televisivas. En función de esta ley se sancionaron decretos reglamentarios y modificatorios y se convocaron concursos. Por otra parte, se modificó la llamada ley 22.285 y se derogó la prohibición de la propiedad cruzada

—restricción entre titulares de medios gráficos y audivisuales—, de la exclusividad de actividad radiodifusora como objeto social del licenciatario y del límite de veinte personas físicas como integrantes de las sociedades, lo que facilitó la concentración de medios. El único límite que mantuvo fue la cantidad de licencias en una misma zona.

En 1997 se conoció un dictamen de comisión sobre un proyecto que limitaba el ingreso de capital extranjero y de las empresas telefónicas al mercado de medios, que no prosperó. En 1998 se permitió la transferencia de acciones de licenciatarios, aunque no hubiesen transcurrido cinco años desde la concesión de la licencia y también —mediante resolución administrativa del COMFER— se estableció un régimen de sanciones a licenciatarios. Si bien el Ejecutivo de aquel momento se comprometió en varias oportunidades a modificar la ley de radiodifusión de la última dictadura, ésta no fue modificada íntegramente y ninguno de los proyectos presentados en el Congreso sobre el tema fue sancionado.

Durante la campaña electoral de 1999, los principales candidatos destacaron enfáticamente la necesidad de una nueva ley y criticaron fuertemente la entonces vigente.

En setiembre de aquel año, el decreto de necesidad y urgencia 1005 modificó puntos claves de la ley, autorizando la titularidad de hasta veinticuatro licencias, en lugar de las cuatro de la ley anterior; también autorizaba la habilitación de redes y cadenas y las transferencias. La oposición lo criticó y pidió derogarlo, destacando la necesidad de una nueva ley.

A principios de 2000, el nuevo gobierno anunció una convocatoria a efectos de elaborar un nuevo proyecto, que se presentó seis meses más tarde, con límites para la adjudicación de licencias, lo que motivó protestas y críticas contra las limitaciones antimonopólicas, que determinaron la interrupción de su tratamiento. En 2001 el Poder Ejecutivo creó el Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del estado (decreto 94) y luego envió al parlamento, mediante el decreto 628, un nuevo proyecto de ley integral de radiodifusión para remplazar la ley 22.285, que tampoco tuvo éxito.

En mayo de 2003 un decreto autorizó a las provincias y a los municipios a tener emisoras propias. En noviembre de 2004 se aprobó una modificación que permitió a las cooperativas y mutuales ser titulares de licencias. Finalmente, en 2008 se inició el proceso de elaboración y sanción de la presente ley.

Queda por ende, demostrado, que esta ley no surge como un brote aislado, sino que es un momento más en un largo y complicado curso legislativo, iniciado hace noventa años y jalonado por múltiples proyectos e iniciativas, después de un consenso muy amplio acerca de la necesidad de superar la regulación de una ley *de facto* y de sus inconsultas y contradictorias reformas.

II.3. Cuestionamientos formulados a la ley.

12) Que, conforme a los antecedentes y al marco normativo, como así también a los instrumentos e informes antes señalados, corresponde examinar los cuestionamientos formulados a

la ley, en cuanto a la constitucionalidad y convencionalidad de los dispositivos que han sido materia de agravio ante esta Corte.

Entiendo que el impecable desarrollo que lleva a cabo el voto del juez Petracchi me exime de la redundante tarea de insistir en aspectos que han sido expuestos con toda claridad y precisión jurídica, teniendo en cuenta que cualquier reiteración innecesaria, en lugar de ampliar, esclarecer o perfeccionar los argumentos, es susceptible de opacar su transparencia. Por tal razón, remitiré a las partes pertinentes de su voto.

II. 3. (i) Objetivos y fines declarados por la ley

13) Que respecto del diseño de la ley 26.522 y de sus objetivos e intereses, así como de las características del mercado argentino de medios audiovisuales, en razón de brevedad me remito a los considerandos 21 a 25 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (ii) Las restricciones contenidas en el artículo 45 de la LSCA.

14) Que en relación con los agravios expresados por las partes respecto de la decisión del a quo referida a las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522, por las razones ya expresadas me remito a los considerandos 26 a 32 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (iii) La regulación de la transferencia de licencias del artículo 41 de la LSCA.



15) Que en cuanto a la cuestión referida a la validez del artículo 41 de la ley 26.522, que estatuye el régimen de transferencia de las licencias, por iguales razones de brevedad me remito al considerando 33 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (iv) El plazo de adecuación a la ley previsto en su artículo 161.

16) Que respecto de la adecuación a las nuevas disposiciones normativas, y el plazo respectivo, dispuestos en el artículo 161 de la ley 26.522, me remito al considerando 34 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (v) La alegación del régimen de multiplicidad de licencias de la ley como derecho adquirido (artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA).

17) Que en relación con la prohibición de alegar el régimen de multiplicidad de licencias previsto en la ley 26.522 como derecho adquirido frente a otras normas, dispuesto en el segundo párrafo de su artículo 48, me remito al considerando 35 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (vi) Los restantes agravios.

18) Que para responder a los restantes agravios, referidos a la afectación de derechos adquiridos y del derecho de igualdad, alegados por la actora, así como al prejuzgamiento del a quo acusado por la demandada, me remito a los considerandos 36 a 38 del voto del juez Petracchi.

II. 3. (vii) Otras precisiones.

19) Que, por las razones expresadas por el juez Petracchi, comparto la necesidad y pertinencia de realizar algunas precisiones en relación a la causa, para las cuales me remito al considerando 39 del voto del citado Ministro de este Tribunal.

III. La dimensión cultural como cuestión constitucional.

20) Que sin perjuicio de lo expuesto, creo menester agregar a lo dicho que, en síntesis —y tal como lo señaló esta Corte en una de las oportunidades en que decidió acerca de la medida cautelar (considerando 7°)—, el vínculo entre el derecho a informar y la ley cuestionada parece establecerlo la demandante en la previsible disminución de su renta. Dado que la disminución de la renta no le permitiría sostener el mismo volumen de operaciones, considera que esto lesiona su sustentabilidad y con ello su derecho a informar. La sustentabilidad que se lesionaría sería la del actual volumen operativo en el mercado. Esta es la consecuencia natural de la vigencia de cualquier disposición antimonopólica o de desconcentración (sin perjuicio de la eventual responsabilidad estatal que pudiera surgir como resultado de actos lícitos del propio Estado), pero siguiendo el curso de lo planteado por la actora, el corolario sería la inconstitucionalidad de cualquier disminución de renta de una persona jurídica dedicada a esa actividad, haciendo constitucionalmente inviable toda regulación antimonopólica específica en esta área.

Esta inadmisible consecuencia muestra que la línea argumental, por mucho que se la solape, se deriva como desprendimiento parcial y acotado de las viejas doctrinas contrarias a



toda disposición *antitrust (Sherman Act* de 1890*; Clayton Act y Federal Trade Commission Act* de 1914), esgrimidas hace más de un siglo en Estados Unidos, para las cuales la concentración era el resultado de una ley natural y, por lo tanto, se hacía inevitable en una economía de mercado (por ejemplo, William W. Cook, *The Corporation Problem*, Putman, 1891, cit. por Horwitz). Esta vieja tesis —a su vez— formaba parte en su tiempo de un universo discursivo más amplio, conforme al cual toda norma que pretendiera alguna redistribución de renta sería *socialismo o subversión de valores*. Tal fue la tesis que impidió durante décadas una tasa impositiva progresiva en los Estados Unidos (la famosa sentencia *Pollock* de 1895) y que hace más de un siglo dio base a toda la resistencia judicial a las leyes *antitrust* (cfr. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992).

No se oculta el sentido de resistencia a la intervención antimonopólica con el argumento de que se trata de una ley de esta naturaleza aunque especial. Lo es, sin duda, dadas las particularidades de la actividad que regula. Con razón se sostiene que no se trata de disposiciones antimonopólicas referidas sólo a cuestiones que hacen a la competencia, sino nada menos que al derecho a la información plural.

No cabe duda que la información plural es imprescindible para el funcionamiento del sistema democrático, como lo destaca el dictamen de la Procuración, lo que ha dado lugar a las múltiples regulaciones y disposiciones antimonopólicas, de las que da sobrada cuenta la legislación comparada.

Desde la aparición de la radiotelefonía se cobró consciencia de la importancia de los medios audiovisuales para la vida democrática: inmediatamente después de la crisis mundial de 1929 lo reconoció y la utilizó Roosevelt, pero también Hitler para destruirla. El vertiginoso desarrollo tecnológico de las décadas siguientes fue potenciando su incidencia en la vida política. La aparición de la televisión determinó un salto cualitativo y cuantitativo, que no pudieron pasar por alto las democracias más desarrolladas del mundo.

21) Que no obstante lo señalado en el considerando anterior, estimo que por importante que sea este efecto condicionante de los medios audiovisuales, sería jurídica y constitucionalmente falso deducir la necesidad de evitar su monopolización sólo a partir de sus efectos negativos en el plano de la democracia política, pues los medios audiovisuales trascienden con mucho este aspecto y su regulación hace también a otra cuestión constitucional más profunda, que es la dimensión *cultural* de la materia que se discute. Si bien no ha sido parte de la discusión, dada su fundamental trascendencia, estimo que esta Corte, como cabeza de un Poder del Estado, no puede pasarla sin mención, toda vez que la *cuestión cultural* hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación, lo que si bien no implica ninguna ponderación o *Erwägung* de principios y valores, indica la real dimensión jurídica y social de la cuestión a decidir.

Si bien para los antropólogos la palabra cultura abarca casi todo lo humano, y si en el lenguaje corriente, por el contrario, suele señalar al arte y a la literatura, en senti-



do sociológico —más allá de las disparidades de escuelas y de las dificultades para distinguirla de *civilización* (que tiene un contenido más instrumental o tecnológico)— puede suscribirse la afirmación de que *la cultura consiste en los valores que comparten los miembros de un grupo determinado, en las normas que respetan y en los bienes materiales que producen, lo que incluye los modos de vestir, las costumbres sentimentales, la vida familiar, los modelos de trabajo, las cuestiones religiosas y el uso del tiempo libre* (Anthony Giddens, *Sociologia*, Il Mulino, 1998, pág. 37). Es para los sociólogos —incluso los más tradicionales— *el reino de los valores, los estilos, las adhesiones emocionales, las aventuras intelectuales* (R. M. MacIver-Charles H. Page, *Sociología*, Tecnos, Madrid, 1961, pág. 523). Se trata, pues, del conjunto valorativo y normativo, que incluye ética, mores, costumbres, sentimientos, etc., que determina la concreta forma de interacción de los miembros de un grupo humano y define sus roles en todos los aspectos.

Pues bien: una Constitución no es un mero texto escrito, sino que vive, dado que su programa se realiza en el curso del tiempo. Si se pretende que ese texto *viva* —sin quedarse en el mero plano de un *deber ser* o programa irrealizado—, debe estar inserto en la cultura del pueblo que lo adopta y en constante interacción con ella. Sólo de este modo puede aspirar a ser la coronación de un orden que permita y facilite la convivencia humana pacífica (o lo más pacífica posible). Una Constitución que reúna estos requisitos debe recoger las experiencias históricas y, por ende, operar acorde con la cultura de un pueblo. Los objetivos de *constituir la unión nacional, afianzar la*

justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, no podrían alcanzarse con una Constitución incompatible con la cultura del pueblo que la adopta.

Con razón se recuerda a Smend: *Cuando dos constituciones dicen lo mismo, no es lo mismo*. Esta paradoja se desprende de que cada una tiene su propio contexto cultural, como lo destaca en el constitucionalismo contemporáneo el concepto de *Constitución como cultura* (Peter Häberle, *EuropäischeVerfassungslehre*, Nomos, 2006, pág. 11; *El Estado Constitucional*, Astrea, 2007, pág. 80; *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997, pág. 13; *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, 1999, pág. 239) y, de alguna manera, desde su particular visión *trialística*, lo señalaba en nuestra doctrina Bidart Campos, al considerar como parte de la ciencia del derecho constitucional a la *jurística sociológica* (Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, 2003, T. IV, pág. 18).

No puede ser de otra manera, porque el Estado de Derecho también es un producto cultural, que hace trescientos años no existía, pues no se conocía la división de poderes y se mantenía la esclavitud, la tortura, la servidumbre, el absolutismo monárquico, la división de la población por estamentos y otros residuos feudales. Este producto cultural que es el Estado de derecho, que se origina apenas a fines del siglo XVIII y en el siglo XIX, sólo puede sostenerse en el marco de la cultura plural que ha permitido su creación y que ha dado pie a su perfeccionamiento a medida que avanzaba su pluralismo.

Nuestra cultura es esencialmente plural, pues somos un Pueblo multiétnico; nuestra Constitución no aseguró los *beneficios de la libertad* sólo *para nosotros*, sino también *para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*. Y por cierto que fueron muchos los que quisieron habitarlo: hombres y mujeres, por supuesto. Los sobrevivientes de los masacrados pueblos originarios, gauchos mestizos, oligarquías con aspiraciones aristocráticas, clases medias en pugna por ascender, clase trabajadora concentrándose industrialmente en migración interna, población europea transportada masivamente, inmigrantes de países hermanos, colectividades de los más lejanos países del planeta, refugiados de todas las persecuciones, *Weltanchauungen* por entero diferentes, todo convive en nuestro Pueblo, interactúa cotidianamente, dinamiza nuestra sociedad, y esa convivencia se convierte en coexistencia y va configurando nuestra cultura, tal vez incluso como el ensayo o adelanto de una forma de coexistencia planetaria, menos problemática y violenta que la actual.

En la misma línea generosa del texto originario incorporamos los instrumentos universales y regionales en el inc. 22 del artículo 75. En esta cultura nació y opera nuestra Constitución —o tratamos de hacerla operar— en pos de los fines señalados en el Preámbulo. Pero nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son hoy *formadores* de cultura. No sólo se trata de la *creación de realidad* explicada en un clásico de la sociología fenomenológica (Peter Berger - Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, 1986), sino de la propia *creación de valores*.

Es innegable que los medios audiovisuales tienen una incidencia decisiva en nuestros comportamientos, en los miedos, en los prejuicios, en toda la vida de relación entre los humanos. Son los medios audiovisuales -más que la prensa- los que nos deciden a salir con paraguas porque amenaza lluvia, pero también los que fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, condicionan gustos, valores estéticos, estilos, gestos, consumo, viajes, turismo, ocio, espectáculos, deporte, entes envidiables o despreciables, vestimenta, modas, usos, sexualidad, conflictos y modo de resolverlos, y hasta las creencias, el lenguaje mismo y, al incidir en las metas sociales -en el sentido de Robert Merton-, también determinan los propios proyectos existenciales de la población. Para cualquier escuela sociológica, fuera de toda duda, esto es *configuración de cultura*.

Ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. Constitucionalmente, estaría renunciando a cumplir los más altos y primarios objetivos que le señala la Constitución y que determinan su efectiva vigencia, que hacen que sus palabras *sean* en ella misma de conformidad con su contexto, pues le arrebataría el contexto. De esta guisa, estaría restándole a la Constitución su propio soporte cultural, del que surge, se desarrolla, vive y necesita para la realización de su programa.

La *homogenización* de nuestra cultura a través de la monopolización de los medios audiovisuales, sería la destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier *uniformización*, por definición antípoda de la igualdad republicana y democrática. El

derecho a *ser diferente* quedaría a merced de los intereses pecuniarios —o de cualquier otro orden— de los grupos económicos dominantes. Y en nuestro caso el *derecho a ser diferente* es mucho más importante, precisamente, porque todos nosotros somos *muy diferentes* y nuestra cultura, la que todos vamos creando día a día, es la que nos permite coexistir en la diferencia.

Por ende, no se discute en estos autos una cuestión meramente patrimonial, dado que el derecho de propiedad queda a salvo en caso de probarse daños emergentes de actos lícitos del Estado; tampoco se agota la discusión en torno a los derechos de información ni de expresión que, por otra parte, no están lesionados por esta ley. Lo que en el fondo se discute —apelando a tesis descartadas hace más de un siglo en su país de origen— es si se deja o no la configuración de nuestra cultura librada a la concentración de medios en el mercado. Jurídicamente, permitirlo sería una omisión inconstitucional, porque lesionaría el derecho a nuestra identidad cultural.

Si un argumento falta para juzgar la necesidad de establecer cuotas y límites y para explicar su relativo e inevitable arbitrio, lo proporciona la dimensión de lo que está en juego en estos autos.

Permitir la concentración de medios audiovisuales, renunciando a una regulación razonable, que puede discutirse o ser todo lo perfectible que se quiera, pero que en definitiva no se aparta mucho de lo que nos enseña la legislación comparada (a veces más limitativa, como respecto de la prohibición de propiedad cruzada), en estos tiempos de revolución comunicacional y

más aún con nuestras características, sería simple y sencillamente un *suicidio cultural*.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1°) Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.

2°) Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso "c" y párrafo final; apartado 2, incisos "c" y "d" y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso "b", en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.

3°) Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Notifíquese, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase. Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas en autos (artículo 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial). Reintégrense los depósitos.

E. RAUL ZAFFARONI

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. interpusieron la acción prevista por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en procura de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 —segundo párrafo—, 161 y concordantes de la ley 26.522 y la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma, con expresa imposición de costas (fs. 63/97).

En sustancial síntesis:

a) Postularon que el artículo 41 afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad, al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas.

b) Con referencia al artículo 45, expresaron que establece un régimen de multiplicidad de licencias cuyos límites desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, esas restricciones afectan directamente la independencia de las demandantes así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional.

A tal efecto, en su presentación realizaron un detallado examen de sus disposiciones.

b) I.) Con relación al apartado 1, inciso a, sostuvieron que la norma los coloca en desventaja competitiva frente al único operador de TV satelital de propiedad extranjera, por cuanto éste puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la TV por cable requiere múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios.

Añadieron que la norma impugnada establece, asimismo, un tratamiento desigual respecto del Estado, que a través de sus empresas puede acumular el servicio de TV satelital con el resto de los servicios previstos en la ley.

b) II.) Respecto del mencionado apartado 1, pero acerca del inciso b, afirmaron que no existe justificación para incluir en la limitación que establece a las señales de televisión paga, toda vez que no ocupan espacio radioeléctrico alguno, por lo que la restricción constituye una medida distorsiva que afecta la propiedad y la libertad de expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificarla. Arguyeron que el límite máximo de diez licencias que ocupan espacio radioeléctrico es arbitrario y caprichoso, además de que no condice con la legislación internacional en la materia.

b) III.) Afirmaron que el inciso c del mismo apartado 1, restringe el aprovechamiento de las economías de escala y densidad que son inherentes a la industria de la TV por cable, lo cual impedirá la reducción de costos que podría obtenerse me-

diante el incremento del número de suscriptores y, por ende, impedirá una disminución de los precios pagados por los abonados.

Adujeron que la restricción genera efectos adversos sobre la industria de medios, y el desarrollo y despliegue de la banda ancha. Ello ocurre del modo indicado, por cuanto puede provocar que ciertos operadores se repartan los mercados y limiten la competencia en las zonas comunes, con lo cual las empresas carecerán de incentivos para reducir sus precios o mejorar la oferta de canales y servicios a fin de atraer más clientes.

Objetaron por arbitrarios los rangos de participación establecidos por la ley, por no estar basados en un análisis de mercado que revele una distorsión competitiva. Agregaron que la restricción debilitará a competidores en el mercado de internet, como son las empresas de TV por cable, al verse afectada la oferta en paquete de servicios. En tal sentido, aseveraron que la infraestructura de cable será subutilizada, se tornará ineficiente y recaerá sobre los costos de los servicios afectando los precios al consumidor.

b) IV) En lo atinente a las limitaciones en el orden local establecidas en el apartado 2 del artículo 45 de la ley, señalaron que la restricción es irrazonable desde el punto de vista de la competencia y genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, por cuanto elimina el doble margen. Ello era así, por cuanto las señales de televisión abierta y el sistema de distribución de canales por cable son servicios complementarios y, por lo tanto, cuando dos empre-

sas que los proveen se integran, internalizan sus decisiones de precios, y el resultado es beneficioso para el consumidor final.

b) V) En lo que hace al apartado tercero (señales), adujeron que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de TV y las empresas distribuidoras de TV por suscripción (cable y satélite), límite que afecta los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Adujeron que la norma impide la reducción de los costos de transacción y el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existentes en la producción de contenidos.

Concluyeron en cuanto a esta cláusula afirmando que el artículo 45 les causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y configura un flagrante atropello a sus derechos de propiedad, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y prensa, lo que no guarda ningún correlato con un beneficio para el público, que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del precepto privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, de acceso a una información variada, independiente e imparcial e incluso de servicio audiovisual alguno. Y por tales motivos, prosiguieron, tampoco estimulará la competencia ni beneficiará a los consumidores con una reducción del precio de los servicios.

c) Sostuvieron que el artículo 161 las obliga a desprenderse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un

año, provocándoles un gravísimo e irreparable daño patrimonial. Señalaron que sus licencias, después de ser prorrogadas por diez años mediante decreto de necesidad y urgencia n° 527/05 –ratificado por la Cámara de Senadores– vencen casi en su totalidad a fines de la década de 2020, por lo que con tal proyección hicieron sus planes de negocios, que incluyen enormes inversiones como su fondeo en el mercado de capitales. Arguyeron que la norma impugnada desconoce tal situación, por cuanto altera unilateral, retroactiva y perjudicialmente los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a vender activos vitales para su continuidad empresaria en condiciones negativas.

d) Arguyeron que el segundo párrafo del artículo 48 es inconstitucional, pues configura una amenaza para sus derechos adquiridos que cuentan con tutela constitucional, al negarle la posibilidad de invocarlos frente a arbitrariedades actuales o futuras.

e) Añadieron que no reconocen la constitucionalidad de los artículos y efectos de la ley 26.522 no cuestionados en la demanda, efectuando reserva de ampliarla o iniciar una acción por separado por los daños y perjuicios que les puede haber causado o los que les irrogue en el futuro.

Sostuvieron que el atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio es instrumental para restringir su libertad de prensa y expresión, como medios de comunicación independientes. Al respecto, expresan que las restricciones que impone el artículo 45 a la multiplicidad de licencias hace impo-

sible la subsistencia de medios de comunicación libres e independientes, con alto grado de penetración y difusión territorial.

Enfatizaron que la aplicación del artículo 45 en función de lo dispuesto por el artículo 161, conducirá a que en el exiguo plazo de un año deba transferir su activos a precio vil a quienes gocen del beneplácito de la autoridad de aplicación.

Se explayaron sobre esta línea argumental después de explicar la conformación del Grupo Clarín y el concreto perjuicio que, en su comprensión, les irroga la normativa impugnada. Alegaron que la cuestión reviste gravedad institucional porque, además de afectar los derechos de propiedad y la libertad de comercio, la norma tiene como objetivo limitar la libertad de expresión.

2°) Que las actoras ampliaron la demanda por los daños y perjuicios derivados de la sanción y promulgación de la ley 26.522, los que debían adicionarse a los que se mencionaron en el escrito inicial como producidos por la aplicación de los artículos 45 y 161 de la norma (fs. 125/126).

Manifestaron que el menoscabo ya se ha devengado y se verifica con la imposibilidad de acceso al crédito y financiamiento con motivo de la situación de incertidumbre que ha generado la ley, lo que le impide tomar fondos para realizar inversiones en una mejor y más avanzada tecnología. Expresaron que sus competidores inmediatos tienen acceso al crédito, lo que les permite tener una ventaja para ofrecer mejor tecnología a sus abonados. Arguyeron que otro daño que causa la falta de acceso

al crédito es la posibilidad de refinanciar la deuda existente a una tasa más conveniente, ejemplificando en ese sentido.

Señalaron que el daño es indeterminado y resultaría de la prueba a producirse.

3°) Que el Estado Nacional se presentó a fs. 486/590 y opuso las excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación para obrar respecto de dos de las actoras. La declinatoria fue rechazada mediante resolución firme (fs. 890, 924/925); el tratamiento de la segunda, tras su sustanciación, fue diferido para el momento de dictar sentencia por no ser manifiesta.

a) Esa defensa preliminar fue fundada en que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A., a la fecha de promulgación de la ley 26.522, no eran titulares de licencias o señales en los términos de la ley 22.285, ni socios o accionistas de ninguna empresa licenciataria, por lo que carecían del carácter que invocaban para excitar la jurisdicción del tribunal.

El Estado Nacional expresó que las demás coactoras, cuya situación examinó, carecían de agravio que justificase incoar la acción. En tal sentido, señaló que Multicanal S.A. generó procesos de reorganización societaria y de fusión por absorción con arreglo a lo dispuesto por los artículos 82 y 83 de la ley 19.550 por parte de la litisconsorte Cablevisión S.A., que dio como resultado la situación de infracción al régimen de multiplicidad de licencias reglado por la ley 22.285, lo que motivó el dictado de la resolución n° 577-COMFER/09 que dio por

concluido el proceso. Manifiesta que ello, con arreglo al citado artículo 82 del ordenamiento societario, provocaría la extinción de las licencias de radiodifusión oportunamente otorgados por imperio del artículo 53, inciso f, de la citada ley 22.285, ordenamiento que se invoca para fundar la presunta existencia de derechos adquiridos.

Añadió que Cablevisión S.A. tampoco era titular de derechos adquiridos bajo el régimen derogado y el decreto de necesidad y urgencia n° 527/05, expresando sus consideraciones para fundar esa afirmación.

Manifestó que Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. es licenciataria de un servicio de televisión abierta y Radio Mitre S.A. es titular de servicios de comunicación radiofónico. Sobre esa base, sostuvo que al no existir agravio no se verifica respecto de ellas la existencia de un caso o causa judicial en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27, porque la ley 26.522 no afecta las relaciones de dichas litisconsortes con la administración. De ahí, pues, que en su opinión no concurrían en la especie los extremos previstos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A todo evento, contestó demanda. En sustancial síntesis:

b) Expresó que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es de carácter administrativo y no se asemeja al derecho de propiedad sino que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condicio-

nes, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta.

Sostuvo que las demandantes no acreditaron haber dado cumplimiento a las exigencias del decreto de necesidad y urgencia n° 527/05, lo que impedía alegar cualquier tipo de derecho o agravio basado en las normas atacadas. Manifestó que el citado decreto constituye una de las herramientas legales que torna razonables y aplicables las disposiciones del artículo 161 de la ley 26.522, y que el grupo actor adoptó conductas contradictorias sobre el particular pues algunas de las sociedades que lo componen obtuvieron prórrogas y desistieron posteriormente de muchas de esas licencias o extensiones.

Respecto de las licencias de servicios complementarios cuya titularidad invocan Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Teledigital Cable S.A., expresó que mediante la resolución n° 557-COMFER/09 se denegó el pedido de fusión por absorción solicitado por la primera de aquellas empresas, con sustento en que infringía lo dispuesto por el artículo 43, inciso b, de la ley 22.285. En función de ello, postuló que la actora no sólo no era titular de las licencias invocadas, sino que tampoco pudo serlo con arreglo al régimen anterior.

Sostuvo que las afirmaciones de la actora relativas a que el régimen de multiplicidad de licencia es irrazonable desde el punto de vista económico y de defensa de la competencia, carecen de sustento.

b) I) Afirmó que no existe trato discriminatorio entre la TV satelital y la TV por vínculo físico. A tal efecto, expresó que esa situación ya estaba contemplada por la ley 22.285, pero con la diferencia de que la ley 26.522 les imponía a ambas el límite del 35% del total de abonados a los servicios por suscripción, y declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Justificó las menores restricciones impuestas al Estado Nacional con sustento en que los servicios prestados por éste cumplen una función social en razón de ser gratuitos y universales, y los valores que debe promover con arreglo al artículo 121 de la ley.

Refutó el argumento de la actora relativo a los beneficios para los usuarios que se derivarían del ahorro en costos medios de la integración de las licencias entre sí. Para ello, hizo referencia al contenido del dictamen N° 770/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y afirmó que ese ahorro que se denuncia puede no trasladarse al usuario, con lo cual sólo se beneficia a la empresa.

b) II) Con relación al artículo 41 sostuvo que el legislador buscó dotar de mayor transparencia al régimen de licencias. Manifestó que ni el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) ni la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) habían otorgado licencia alguna al "Grupo Clarín S.A.".

Adujo que no media lesión a la libertad de comercio, por cuanto las licencias debido a su naturaleza no son susceptibles de comercialización ni pueden ser objeto de propiedad.

Afirmó que, en realidad, las actoras persiguen que se las exima del cumplimiento de las normas y no se saneen las irregularidades en que incurrió, desconociéndose no sólo el régimen de licencias sino también las razones de interés público que la regulación contempla. Añadió que el régimen jurídico al que se sometieron las demandantes sella la suerte de su pretensión, y que nunca pudieron invocar derechos adquiridos en forma perpetua, ni que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en los que fueron originariamente concedidas las licencias. Más aun, cuando ni siquiera cumplieron las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellas misma tuvieron ocasión de admitir en forma pública ante la Comisión Nacional de Valores.

b) III) Con relación al artículo 161 de la ley 26.522, expresó que el plazo de un año previsto por aquel precepto feneció el 9 de septiembre de 2011, en virtud de lo dispuesto por la resolución n° 297/10 de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, por lo que todo daño originado por la norma sólo podría haberse configurado —por vía de hipótesis— a partir de dicha fecha, circunstancia demostrativa de que al tiempo de la interposición de la demanda resultaba meramente conjetural.

Resistió el reclamo de daños con sustento en que las conductas empresariales desacertadas fueron las que llevaron a

las actoras a la situación de vulnerabilidad que acusa frente a la vigencia de la nueva legislación, lo que quiebra el nexo de causalidad entre el obrar del Estado y el supuesto daño o afectación al derecho.

4°) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) se presentó en la causa y solicitó tomar intervención como tercero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90 y 91, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de hacer valer derechos propios relacionados con el objeto del presente litigio. Como presupuesto, sostuvo que dado su carácter de autoridad de aplicación de la ley 26.522 le asistía un interés legítimo para ser tenida por parte, en la medida en que la sentencia a dictarse en la causa era susceptible de afectar su competencia de modo directo, circunstancia que incluso justificaba su aptitud para haber sido demandada directamente (fs. 2895/2897).

Dicha petición fue admitida por el juez de primera instancia, con sustento en que el peticionario es un organismo autárquico y descentralizado, distinto e independiente del Poder Ejecutivo Nacional. Destacó el magistrado que la propia actora solicitó que se notificara a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual la medida cautelar dictada en autos y ulteriormente denunció su incumplimiento por parte de esta agencia, todo lo cual demostraba que la peticionaria no era ajena al proceso y que la pretensión pudo haber sido dirigida derechamente contra ella (fs. 3071/3076).

5°) Que la sentencia de primera instancia (fs. 3204/3232) desestimó la excepción de falta de legitimación activa y rechazó la demanda.

a) En lo relativo a la mencionada defensa, sostuvo que los actores contaban con un interés jurídico suficiente. Ello era así, por cuanto más allá de la situación reglamentaria bajo la que se encontraban, lo decisivo era que Cablevisión S.A. y Teledigital Cable S.A. desempeñaban de hecho una actividad que se veía alcanzada por la nueva ley; además, respecto de la pretensión indemnizatoria deducida, existía correspondencia lógica entre el derecho deducido en juicio y las personas que lo hacen valer.

b) Seguidamente, después de explayarse sobre el marco constitucional y convencional en que debía abordarse la cuestión atinente a la validez de la normativa impugnada, expresó que, por su naturaleza, la actividad de radiodifusión se encuentra reglada y se requiere licencia de la autoridad. En consecuencia, prosiguió, no cabe suponer en la materia la configuración de derechos preexistentes, ya que los del licenciatario nacen con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre constitutiva y no declarativa. Hizo examen sobre las facultades que asisten a la autoridad competente para regular el servicio, modificando incluso las condiciones de su prestación.

Con relación a los artículos 45 y 48, segundo párrafo, afirmó que correspondía reconocer a la autoridad de aplicación la facultad para establecer diversas limitaciones a los

prestadores, a fin de evitar una excesiva concentración en manos de un único operador y favorecer la diversidad.

Aseveró, con cita de jurisprudencia estadounidense, que la libertad de expresión no concede una absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad a los operadores de las telecomunicaciones, de modo que la existencia de un régimen que articula sus derechos en la materia no limita aquella libertad sino que, por el contrario, la promueve.

Sobre tales premisas afirmó que el examen en concreto del artículo 45 no permitía vislumbrar la afectación de la libertad de expresión, ni se desprendía de la causa que la regulación careciera de razonabilidad o que los medios implementados fueran inadecuados o inconducentes al logro de las finalidades perseguidas.

Con relación al alegado perjuicio patrimonial remitió a las consideraciones que efectuó sobre el sistema de otorgamiento de licencias. Entendió que respecto de éstas resultaban aplicables los principios sobre el rescate de la concesión por razones de utilidad pública, a los fines de reorganización del servicio por razones de oportunidad mérito y conveniencia distintas de las que legitimaron la habilitación. Expresó que en el caso, el Congreso de la Nación hizo la correspondiente valoración de las situaciones involucradas y de las finalidades perseguidas, e implementó los medios que estimó adecuados, prudentes y eficaces, entre los que se encuentran la limitación y la res-

tricción a la multiplicidad de licencias, en las condiciones establecidas en el artículo 45.

Expresó que sin perjuicio de ello, era necesario precisar que la licencia de radiodifusión constituye un objeto inmaterial susceptible de valor que integra el patrimonio, de manera que los daños derivados de la necesidad del grupo actor de desprenderse de determinados medios para adaptarse a la nueva legislación, encontrarán adecuada e integral reparación por la vía indemnizatoria.

Con relación al cuestionamiento al artículo 48, expresó que la actora admitía que no le provoca daño patrimonial directo y las consecuencias patrimoniales derivadas de la aplicación del nuevo régimen podían ser materia de resarcimiento.

Respecto de las impugnaciones a los artículos 41 y 161 remitió a la consideraciones precedentes y añadió que durante el prolongado lapso de tres años durante el cual el plazo de readecuación estuvo suspendido por medidas cautelares, las actoras pudieron haber elaborado un proyecto adecuado a aquellos fines, para lo cual no rige la prohibición de transmisión de licencias que establece el primero de aquellos preceptos.

Afirmó que la pretensión de resarcimiento de daños contenida en la ampliación de la demanda era genérica e imprecisa, que no respondía a las exigencias del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que el reclamo sólo podía ser deducido una vez que se hubiera materializado la obli-

gación de desinversión y efectuado un panorama económico completo respecto de los preceptos cuestionados.

5°) Que frente a los recursos de apelación interpuestos por el litisconsorcio actor, por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó sentencia a fs.3648/3675 y resolvió:

a) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y 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 limitación a una señal;

d) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, apartado 2, incisos `a´ y `b´;

e) declarar que la compatibilidad constitucional señalada en los puntos precedentes supone el derecho de la parte actora al reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten de la desinversión;

f) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso `c´, y párrafo final;

g) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, apartado 2, incisos `c´ y `d´, y párrafo final;

h) declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 45, 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;

i) ordenar la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales a las licencias que explota la parte actora;

j) 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;

k) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente causa;

l) revocar lo dispuesto en orden al levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso;

m) distribuir las costas en el orden causado en ambas instancias.

6°) Que para así decidir, la jueza Najurieta, a cuyos fundamentos adhirieron los restantes integrantes del tribunal con algunas apreciaciones de su propia autoría, sostuvo en primer lugar que Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. se

hallaban legitimadas para promover la presente acción. Respecto de la primera, aseveró que es accionista directa o indirecta de diversas sociedades que operan licencias de medios audiovisuales. Con relación a la segunda, expresó que la impugnación se basaba en que presuntamente titularizaba licencias cuya transferencia a Cablevisión S.A. como sociedad absorbente fue rechazada mediante resolución n° 577 COMFER/09, pero esta decisión no estaba firme al tiempo de la promulgación de la ley 26.522 pues había sido impugnada judicialmente y, además, la negativa a autorizar la fusión dejó en cabeza de la sociedad absorbida la licencia sobre las que tenía derechos al tiempo de la operación societaria.

7°) Que en lo atinente al fondo de la cuestión, en dicho voto se señaló que conforme con la doctrina de esta Corte la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria que dependa meramente del arbitrio de la administración, por lo que los derechos de la actora no son precarios por su naturaleza y gozan de la protección constitucional que merece la propiedad.

Sostuvo que correspondía distinguir entre los servicios que se prestan con el uso del espacio radioeléctrico de aquellos cuya tecnología no los utilizan. Expresó que los primeros, por afectar recursos limitados, están sujetos a una mayor regulación estatal; con relación a los segundos, las restricciones se sustentan en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugarse con la libertad de información y de expresión, por lo que una reglamentación que no respete tales límites es incompatible con la protección contenida en los

artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señaló que la presente causa es ajena a toda revisión judicial de la resolución COMFER nº 577/09 a la que antes se hizo referencia, pues en esas actuaciones administrativas no están en juego todas las licencias de la actora involucradas en el presente proceso, sino que la irregularidad afectaría el exceso del límite previsto por la ley 22.285 y sus reglamentaciones y sólo con relación a algunas de las empresas actoras.

a) En lo atinente al artículo 41 expresó que dicha cláusula procura prevenir, mediante la previa autorización, los excesos a que dio origen el régimen de transferibilidad de licencias establecido por el decreto 1005/09, que fueron puestos de manifiesto por el informe de la Sindicatura General de la Nación (fs. 2001). Entendió que los medios implementados son conformes con la finalidad perseguida por la regla, esto es, evitar incumplimientos y fraudes. A ello cabía añadir, prosiguió, que la posibilidad de transferir –previa autorización– una importante proporción del capital social, determinaba que el agravio relativo a la violación de la libertad de comercio no revistara entidad suficiente, dado que se exige la motivación del acto administrativo que resuelva conceder o negar la aprobación, recaudo que garantiza la tutela judicial posterior y descarta el riesgo de violación de derechos por negativas arbitrarias o discriminatorias.

b) En lo que atañe al artículo 45 afirmó que no sólo se encuentra comprometido el derecho de propiedad, sino el dere-

cho a la libertad de expresión e información. En ese orden de ideas, señaló que el control de constitucionalidad no puede prescindir del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sostuvo que las reglas contenidas en el artículo 45, apartado 1, inciso `b´ –con excepción de la frase "más la titularidad del registro de una señal de contenidos"– y artículo 45, apartado 2, incisos `a´ y `b´, que se refieren al uso del espacio radioeléctrico, guardan proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En ese orden de ideas recordó, con sustento en doctrina de esta Corte, que nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la alterabilidad del derecho objetivo. Agregó que tratándose de un medio limitado, la satisfacción de la finalidad de la ley exige la disponibilidad de frecuencias a fin de asegurar la participación de los tres tipos de prestadores contemplados por el artículo 21 de la norma.

No obstante, señaló que en tanto los medios implementados para satisfacer aquellos objetivos comporten un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas o explotadas conforme un régimen anterior supone el resarcimiento de daños causados por la actividad lícita del Estado por razones de interés general, conforme con la doctrina de esta Corte.

c) En cambio, consideró que correspondía descalificar el artículo 45, apartado 1, inciso `c´, y párrafo final; el apartado 2, en los incisos `c´ y `d´, y párrafo final; y el 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.

Con sustento en el informe del perito en economía, sostuvo que tales preceptos importan en conjunto una restricción innecesaria e irrazonable, puesto que como resultado del conjunto de las limitaciones la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Expresó que las reglas impugnadas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos.

Recordó que en los Estados Unidos de América la cuota máxima de mercado —35% del total nacional— fue objeto de descalificación judicial.

En lo relativo a las limitaciones sobre las señales (artículo 45, apartado 3), cuya generación y circulación no necesita del espacio radioeléctrico, señaló que repercuten negativamente en la competencia y conducen a menos creatividad y a mayor dependencia de contenidos de producción extranjera.

Aseveró que las restricciones contenidas *en la norma en cuanto a medios que no utilizan espacio radioeléctrico* (itálica en el original) son innecesarias pues no perturban el uso y la reserva de frecuencias que permiten la intervención de aque-

llas voces que, de otro modo, no podrían expresarse si no es con el financiamiento del presupuesto nacional y/o publicidad oficial. Añadió que también son desproporcionadas —toda vez que existen alternativas menos restrictivas propias del derecho de la competencia—, además de que no son idóneas para los objetivos de lograr una mayor pluralidad de voces para el debate democrático.

d) De otro lado, consideró que correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, porque su aplicación retroactiva respecto de las licencias adjudicadas comporta una alteración significativa del contenido del derecho inmaterial surgido de aquéllas, dado 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 constitucionalmente vulnerados. Desde esta comprensión, concluyó que la norma no solamente destruye el concepto constitucional de propiedad, sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de igual protección.

e) Afirmó que todo lo precedentemente expuesto tenía consecuencias relevantes respecto de la aplicación del artículo 161, que declaró compatible con la Constitución Nacional. Ello era así por cuanto, en virtud de la solución a la que se llegaba en el fallo de admitir parcialmente la tacha de invalidez constitucional, las actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el artículo 45 únicamente en la medida en que sus preceptos habían superado el control de constitucionalidad. Por lo tanto, las empresas debían presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de des-

inversión sólo en los términos en que la sentencia rechazaba las impugnaciones constitucionales. Agregó que, por ende, el carácter limitado de esa obligación y el tiempo transcurrido, autorizaban a concluir que el artículo 161 no aparecía como irrazonable o arbitrario ni conculcaba de manera significativa derechos de las demandantes.

f) En lo que hace al reclamo por daños, expresó que lo resuelto sobre las limitaciones de las licencias que usen el espacio radioeléctrico habilitaba su reclamo. Pero afirmó que en la causa no concurrían las condiciones para examinar en concreto los presupuestos de la responsabilidad, por cuanto no se conocían las circunstancias fácticas que conformarán la relación de la causalidad ni el daño resarcible, por lo que el damnificado debía formular en el futuro el reclamo que en su comprensión le asiste. Con relación a las normas declaradas inconstitucionales, entendió que la vigencia de la medida cautelar impidió la producción del perjuicio, por lo que no procede en el punto reparación alguna.

Expresó que la decisión del juez de primera instancia de levantar la medida cautelar fue apresurada e improcedente, pues ésta fue prorrogada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa.

Por su parte, el juez Guarinoni añadió respecto del artículo 41 que lo dispuesto por la norma respecto de la intransmisibilidad de las licencias resulta compatible con un régimen en el cual la persona del licenciatario no es irrelevante. Entendió, asimismo, que el artículo 45, en cuanto contempla

actividades no comprendidas en el mercado radioeléctrico, establece una discriminación visible en el tratamiento de la televisión satelital y la televisión por cable, porque permite al titular de una licencia explotarla en todo el país, lo cual hacía aplicable la doctrina de las categorías sospechosas.

A su vez, el juez De las Carreras, en el mismo orden de ideas, entendió que el precepto proyectaba manifiestas desigualdades por cuanto: a) se establecen límites territoriales o de volumen de servicio para el sistema de cable que no alcanzaban a la televisión pública o a los sistemas satelitales; b) los grupos de medios extranjeros no tienen límite para la explotación de licencias; c) los titulares de una licencia de televisión abierta no pueden ser titulares de una licencia por suscripción y viceversa, cuando se trata -en rigor- de diferentes mercados que no afectan la competencia; d) se introducen limitaciones a la titularidad de registro de señales.

8°) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos extraordinarios el Estado Nacional, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, Cablevisión S.A. y el denominado Grupo Clarín conformado por Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A.

9°) Que el Estado Nacional cuestiona en primer lugar que se haya confirmado el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de las sociedades actoras Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA. Sostiene que la cámara soslayó que los servicios de comunicación audiovisual se rigen por leyes especí-

ficas y que las referidas demandantes son explotadoras de facto no autorizadas, en una gran parte, de las licencias que operan.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, sostiene que la alzada efectuó una prematura e infundada declaración sobre la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la adecuación del grupo actor a los preceptos del artículo 45 de la ley 26.522 declarados compatibles con la Constitución Nacional. Expresa que se ha omitido toda valoración de los reglamentos que regulan el proceso de desinversión, que no se han configurado los extremos que generan el deber de resarcir y que lo resuelto es contradictorio porque los jueces que formaron mayoría en este punto señalaron que la materia excedía el marco cognoscitivo de los términos en que quedó trabada la litis.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45, postula que no existe óbice para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico y el máximo de la población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que se limite la cantidad de señales con el fin de favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preservan la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información. Destaca que la ley se ha inspirado en esa finalidad, así como la de combatir las prácticas monopólicas. Refiere que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. Asevera que el límite a la producción de señales acota el poder de la empresa dominante.

Cuestiona que se haya hecho mérito de un peritaje económico a los fines del control de constitucionalidad. Arguye que la norma no coloca a la televisión por cable en desventaja competitiva frente a la satelital, ya que la primera tiene un grado de penetración casi total que determina que los límites de participación de los cableoperadores sean fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información, mientras que la segunda posee una participación de mercado significativamente menor. Ello determina que sea inferior su capacidad de excluir a otros potenciales medios de comunicación, lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos que persigue la ley 26.522.

Respecto del artículo 48, segundo párrafo, alega que en el caso media una relación jurídica administrativa de tracto sucesivo, por lo que las consecuencias y efectos jurídicos se rigen por la nueva norma conforme con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil y, además, las empresas actoras no resultan titulares de un derecho real de dominio con arreglo a aquel ordenamiento.

Postula que la descalificación del artículo 45 privó de efectos útiles al artículo 161 de la ley, pese a haberse declarado su validez constitucional.

10) Que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) sostiene en su recurso extraordinario que la cámara incurre en valoraciones subjetivas, ingresa en el

examen de la conveniencia o acierto de la ley y resuelve con prescindencia de la prudencia que debe presidir el examen de constitucionalidad de la norma. Expresa que el fallo analizó la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que surgen de cumplir con la manda constitucional que está dirigida a establecer políticas que favorezcan la libre competencia y eliminen los monopolios. En ese orden de ideas, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Objeta lo afirmado por la alzada en el sentido de que el Estado no puede regular los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico, ya que ello implica que aquél resigne el ejercicio de potestades reglamentarias que tienen como finalidad preservar la competitividad del mercado y evitar la formación de monopolios u oligopolios. Refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales, y que en el contexto internacional se han impuesto restricciones más severas que incluso prohíben la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión, lo cual pone de manifiesto la razonabilidad de los topes.

Aduce que el tribunal a quo no consideró los efectos sociales de la sentencia, pues no valoró que su decisión sólo generará un mercado más concentrado a favor de la actora. Sostiene que la descalificación del artículo 48 carece de fundamento, pues en la materia debe prevalecer la continuidad de la actividad del Estado en pos del bien común.

Afirma que el artículo 45 no discrimina a favor de los operadores satelitales ni de las señales extranjeras. Ello, por cuanto los primeros no pueden prestar el servicio por cable por TV abierta y las segundas no son prestadores del servicio de televisión paga por suscripción.

Asevera que la ley no afecta la libertad de prensa porque fomenta la igualdad de oportunidades y la participación en los medios, pues desconcentra el sector e impide que haya actores dominantes. Sostiene que no corresponde indemnización por actividad lícita del Estado, porque no existe norma que genere a favor del actor un derecho subjetivo expreso susceptible de reparación ulterior.

Hace hincapié en la posición dominante de la actora en el mercado que vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional. Postula que lo resuelto impide el ejercicio de facultades constitucionales y legales que le asisten como autoridad de aplicación.

11) Que Cablevisión S.A. sostiene que el tribunal a quo no dio respuesta fundada a sus planteos relativos a que el artículo 41, al prohibir la transferencia de la totalidad de los

paquetes accionarios de las empresas, vulnera las garantías de propiedad y de libertad de comercio.

Aduce que la solución elegida por el legislador no guarda relación razonable con el fin perseguido de evitar incumplimientos y fraudes, que permitan conocer quién es el titular y responsable de una licencia en un momento dado, pues para ello existían reglamentaciones alternativas menos restrictivas.

Arguye que la norma modifica sustancialmente las condiciones legales bajo las cuales pueden comercializarse las licencias y, de ese modo, ignora que del contenido de los contratos emergen derechos de propiedad. Añade que se ha vulnerado la confianza legítima derivada de la ratificación del decreto de necesidad y urgencia n° 527/05. Afirma que existe nexo entre el citado artículo 41 y lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48, pues no pueden dejar de extenderse a aquél las consideraciones efectuadas respecto de estos dos últimos preceptos, sin caer en contradicción.

Expresa que el tramo de la sentencia que cuestiona hizo mérito de las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que constituyen una evidente desigualdad entre el Estado y quienes contratan con él, por alegados motivos de interés público que no siempre son nítidos ni fáciles de identificar. Sin embargo, prosigue, ese interés también está integrado por el de consumidores y usuarios —entre los que se encuentra el derecho de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo— y de los contribuyentes, la libertad de empresa, la competitividad

externa e internas y derechos personalísimos y fundamentales como la libertad expresiva y el derecho a la información.

Manifiesta que en ocasiones los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción es indispensable para lograr los fines de la ley.

Respecto del artículo 161 afirma que la fijación de un plazo cualquiera sea su extensión siempre sería susceptible de descalificación, porque ha sido establecido para obligar al cumplimiento de disposiciones que vulneran derechos constitucionales y convencionales. Sin perjuicio de ello, señala que la alzada no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que debe-rían llevar a cabo para adecuar su estructura societaria a las disposiciones de la ley.

12) Que el denominado Grupo Clarín reitera las impugnaciones efectuadas por Cablevisión S.A. relacionadas precedentemente; asimismo, cuestiona el rechazo parcial de la acción de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 que fueron consideradas válidas en la sentencia.

Afirma que el caso requiere un control de constitucionalidad estricto que supone la presunción de invalidez de la reglamentación, y que el Estado no dio razones suficientes para desvirtuarla.

Sostiene que la norma contradice el artículo 13, inciso 3°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el

principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, por cuanto el proclamado propósito del precepto es combatir un declamado monopolio cuya existencia e ilegalidad no ha sido determinada en un juicio previo tramitado bajo la legislación vigente en materia defensa de la competencia. Expresa que la ley 26.522, en general, y el artículo 45, en particular, establecen un régimen discriminatorio en tanto sujetan a las empresas de comunicaciones audiovisuales a un régimen más estricto en materia de libre competencia de las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

Arguye que el avance tecnológico torna irrazonable una mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico. Afirma que la limitación de licencias para operar servicios de comunicación que utilizan aquel soporte soslaya que la tecnología actual ha multiplicado diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo el carácter limitado del recurso.

13) Que mediante resolución del once de junio de 2013 la cámara se pronunció sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Por un lado, los concedió en las cuestiones que conciernen a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en los artículos 45 y 48 de la ley 26.522, a la interpretación de normas constitucionales y al supuesto apartamiento de lo decidido por esta Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2012 (cons.

V; punto a del dispositivo). En cambio, los rechazó en cuanto pos-tulan como materia federal la invalidez del fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (cons. VI; punto b del dispositivo). Esa denegación, dio lugar a la promoción de un recurso de hecho por el Estado Nacional (causa G.445.XLIX) y de otra presentación directa efectuada por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (G.451.XLIX), que corren agregados por cuerda.

En ese mismo pronunciamiento, la alzada concedió los recursos extraordinarios promovidos por Cablevisión S.A. y por Grupo Clarín, en la medida en que se centran en la inteligencia y aplicación de normas federales, constitucionales y legales, y en el juicio que realizó la sentencia apelada sobre la compatibilidad entre tales normas (cons. VII; punto a del dispositivo).

14) Que tras el llamamiento de autos, de haberse dado intervención al Ministerio Público de la Nación en los términos de lo dispuesto en la ley 24.946 —artículo 33, inc. a, ap. 5°— y de haber dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, el Tribunal dispuso oír a las partes en audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/97 y habilitar la causa para que participen los Amicus Curiae que contempla la acordada 7/2013, efectuando las necesarias adaptaciones que exigían las circunstancias que singularizan a este caso (conf. resolución del 14 de agosto, con su reglamento anexo).

Bajo esas condiciones, en la audiencia llevada a cabo el 28 de agosto efectuaron sus alegaciones los Amicus Curiae (conf. acta de versión taquigráfica; fs. 4044/4071). En esta

condición acompañaron en la defensa de sus derechos al litisconsorcio actor, las personas Observatorio Iberoamericano de la Democracia-Asdrúbal Aguiar Aranguren, Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica; Asociación Internacional de Radiodifusión; Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA); Comité del Consumidor (CODELCO); y Lucas Sebastián Grossman. Las personas que como Amicus Curiae acompañaron al litisconsorcio demandado fueron Universidad Nacional de Lanús; Universidad Nacional de San Martín; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR); y Asociación Argentina de Juristas. También fueron autorizados por la Corte a participar en dicha condición —en los términos del punto 4°, in fine, del reglamento aprobado por la mencionada resolución del 14 de agosto— la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual y el Centro de Estudios en Derecho y Economía, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, la Procuradora General de la Nación, doctora Alejandra Gils Carbó, solicitó opinar verbalmente ante el Tribunal y fue habilitada para hacerlo en dicho acto (proveído del 27 de agosto, fs. 3992/3993, punto 1).

La audiencia pública continuó con la participación de ambos litisconsorcios el día 29 de agosto, cuyas representaciones letradas y técnicas fueron ampliamente interrogadas por el Tribunal, otorgándoseles al concluir el acto la posibilidad de cerrar sus exposiciones con sus alegaciones finales (conf. acta de versión taquigráfica obrante a fs. 4072/4099).

Por último, cabe destacar que el Tribunal admitió también la participación como Amicus Curiae mediante presentaciones por escrito de las personas Fundación LED-Libertad de Expresión más Democracia; Asociación Civil Red de Carreras de Comunicación Social y Periodismo (REDCOM); Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI); Asociación Mundial de Radios Comunitarias; Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC); Asociación Civil FARCO (Foro Argentino de Radios Comunitarias); y Universidad Nacional de Moreno. (conf. proveído del 27 de agosto, de fs. 3992/3993, y legajo agregado por cuerda).

15) Que a los fines de aportar mayor precisión sobre la naturaleza de las cuestiones debatidas es conveniente hacer referencia —siquiera en sus aspectos más salientes— a las explicaciones dadas por las partes a requerimiento del Tribunal en la audiencia pública del 29 de agosto, registradas en su versión taquigráfica de fs. 4072/4099.

16) Que requerida la actora para que explique por qué sostiene que la ley 26.522 afecta la libertad de expresión (fs. 4072 vta.), manifestó que "…Para entender por qué se afecta la libertad de expresión hay que entender cómo se afecta la sustentabilidad del Grupo Clarín con estas normas que pretenden desconcentrar. Una primera observación que hay que hacer es que es una norma específica de desmonopolización, que es contraria al principio 12 de la OEA respecto de la libertad de expresión […] que después refrendó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [que] tiene un apartado 45 y una nota a [él]… ahí también se habla de la necesidad de que estas leyes no afecten la

sustentabilidad, la viabilidad de los medios, y eso no afecte su contenido. Con lo cual, cuando las restricciones son indebidas primero, no deberían entrar en una ley exclusiva para los medios, y además, cuando esas restricciones son innecesarias o no son proporcionales, la afectación a la sustentabilidad de un medio influye directamente en la garantía contra la libertad de expresión. Así lo reconoció este Tribunal en los casos sobre publicidad oficial... (4073)"

El Tribunal preguntó a la actora (fs. 4073 vta.) acerca de su opinión respecto del derecho de los ciudadanos a recibir una información proveniente de una pluralidad de fuentes informativas que compitan entre sí. Ante este punto, respondió que "...El derecho a la información es un derecho esencial, es un derecho reconocido por la Corte Interamericana y por vuestro Tribunal como un derecho fundamental. Efectivamente, nuestra parte sostiene no solamente que se afectan sus derechos a brindar información, entretenimiento, sus derechos propietarios, sino los derechos de la audiencia que la siguen. No se trata solamente de los derechos de la parte actora; los derechos del público —ayer se habló reiteradamente del público, de la audiencia que la elige día a día—, miles y miles de personas que se informan, se entretienen, se abren al mundo por internet, lo hacen a través de los medios de la actora. Efectivamente, si esta ley se aplica [...] se desbarata un medio que es una puerta al mundo y que ofrece, accesiblemente a todos, los medios de comunicación".

Ante esa respuesta, el Señor Presidente del Tribunal precisó que la pregunta, en rigor estaba referida al parecer de la actora respecto del derecho de los ciudadanos a una pluralidad de fuentes informativas que compitan entre sí, que es lo que sostiene la ley. La actora expresó que "…Es cierto y con la ley en ese punto estamos de acuerdo. En lo que disentimos es que en los medios que se han arbitrado no favorecen esa pluralidad. Claramente en los casos que se trata de medios que no usan espectro, no hay ninguna imposibilidad […] es una ley que [nos] impide a nosotros dar un servicio, y ese servicio que nos quitarían no se le otorga a los demás, porque no hay ningún impedimento en que el Estado abra estos medios a los demás. No usan espectro, son infinitos, abiertos a todos y abiertos a la competencia. De ninguna manera con nuestra pretensión se quiere cercenar la competencia, cercenar la posibilidad de todos de acceder al medio que quieran y elijan (fs. 4073 vta.)."

Seguidamente, se interrogó a la actora acerca de si de mantenerse la conformación actual del Grupo Clarín en lo que respecta a la titularidad de licencias en el campo audiovisual se cumplen los fines previstos por la ley 26.522, en cuanto a garantizar la pluralidad y diversidad de voces y opiniones (fs. 4074). La representación de la actora contestó en forma afirmativa con sustento en que "…en la actualidad existen muchísimos medios. Por ejemplo, tenemos una información acerca de la cantidad de distintas voces que hay en el mercado audiovisual…". Dio ejemplos al respecto en lo referente a la radio, la televisión abierta y por cable e Internet, por lo que entendió que "…hay muchísima pluralidad de voces (fs. 4074)".

Interrogado el litisconsorcio actor sobre los motivos por los cuales sostiene que los límites de cuota de mercado y multiplicidad de licencias que establece la ley 26.522 comprometen el derecho del Grupo Clarín a expresarse libremente (fs. 4074), expresó que existía una doble explicación: "La cuota de mercado en sí es una limitación a la libertad de expresión. Todo público que esté fuera de esa cuota de mercado no va a poder acceder a la programación e información que dé el Grupo Clarín. Aparte de esta limitación, sucede que con el régimen de multiplicidad de licencias y la cuotificación del mercado se afecta la escala y alcance del Grupo Clarín […] Hay una cuestión adicional […] En la pericia económica, […] se habla con toda claridad de cómo la red actual hace a la empresa sustentable. Sustentable quiere decir que puede seguir subsistiendo… (fs. 4074 vta.)".

A continuación, se pregunto a la actora sobre cuáles son los motivos por los que su parte sostiene que la ley 26.522 no podría establecer restricciones que conduzcan a evitar la concentración de licencias en un mismo titular, dado que en el régimen de la ley 22.285 ya se establecían algunas restricciones en la materia (fs. 4075). A ello respondió que "…las limitaciones existentes anteriores eran distintas a las que se establecen en la ley actual. Por ejemplo, el límite máximo de 24 licencias no existía. Cuando una compañía calcula sus inversiones, lo hace en función del marco y las licencias que tiene. Por ejemplo, en la pericia económica se demostró que las inversiones que realizó Cablevisión requieren un recupero de 19 años. Eso se hizo con el marco vigente anterior. Una modificación de ese marco evidente-

mente tira por la borda todo ese cálculo. O sea, las restricciones que existían en la ley anterior no afectaban la economía de escala y alcance como lo hace ahora. El tema es que esta ley limita mucho el tamaño de la empresa y no le permite tener la capacidad necesaria para competir en el mercado convergente, dinámico, que es la comunicación hoy en día (fs. 4075)".

Preguntado el grupo demandante sobre si la lesión de derechos que invoca se derivan actualmente de la sola existencia de la ley o se producirán de su aplicación (fs. 4075), interesa destacar lo que contestó en el sentido de que "...hay inconstitucionalidades en la ley tal como está escrita, no simplemente que su probable aplicación pueda derivar según el arbitrio de AFSCA. Esas son las desigualdades que se han nombrado ayer en el sentido de los límites de licencia, que son geográficamente imputables o que afectan a nuestra actora y que no afectan, por ejemplo, a DirecTV, que tiene un espectro respecto de todo el país. Las prohibiciones de tener más de una señal de propia generación crean una desigualdad en el texto mismo de la ley respecto de las empresas extranjeras. Así que es un caso de inconstitucionalidad en la propia norma y que puede agravarse cuando ella se aplique (fs. 4075 vta.)".

Asimismo, el Tribunal solicitó a la actora que explique por qué la adecuación a la ley producirá una afectación económica de la empresa y cómo ello afectaría la libertad de expresión (fs. 4075 vta.). En tal sentido, la parte expresó que "...La sustentabilidad económica, como claramente se explicó y surge de las pericias, tiene que ver con la capacidad de la parte actora de sobrevivir. Con el esquema actual y con las licen-

cias que hoy se tienen y sin las limitaciones de la ley, es que la parte actora puede competir con otros medios, pese a que, por ejemplo, se sabe que no recibe nada en materia de publicidad oficial, está excluida de algunos otros programas y es en realidad objeto de hasta hostigamiento del Estado Nacional [...] La pericia contable muestra de manera terminante que en caso de contraerse la oferta de esta empresa, de restringirse el número de licencias, de aplicarse conjuntamente la restricción cuantitativa a la audiencia, el resultado será, en dos casos posibles, de una pérdida y de una incapacidad de pago de su deuda. En los dos casos la pérdida patrimonial, en el caso mayor, es de 10.000 millones de pesos; en el segundo caso, es de 5.000. ¿Cuáles son estos dos casos? En un caso la ley impondría que la compañía abandone su canal de aire en las zonas en que tiene cable. En el otro caso, retendría el canal de aire y estaría forzada a abandonar un sinnúmero de licencias. Quisiera señalar que las licencias no son un dato técnico sino un dato administrativo. De ahí esta desigualdad administrativa entre un competidor que tiene una licencia y otro que tiene un número mayor. En cuanto a los modelos de negocios, debemos reconocer que en la industria de medios de hoy el modelo que se expresa es un modelo multimediático, por las economías de escala, de alcance y densidad, que han sido extensamente detalladas en la pericia. En nuestro país, se puede resumir a tres tipologías de modelos, de los cuales esta compañía, como otras, compite con una de ellas: es el modelo del multimedio, el modelo de escala, el modelo de producción de masa —como existe en otras industrias— que permite reducir los costos medios y generar un mayor acceso. Es el mayor acceso, es

la inversión en digitalización, que amplía el espacio de oferta de palabra; no es la contracción de la oferta. Todos aquellos economistas saben que la ampliación de la oferta es el mecanismo de reducir los precios. El segundo modelo es un modelo que podríamos llamar de nicho. Un productor especializado —también existe esto en otras industrias— que focalizado en un segmento determinado consigue diferenciar su producto y tener ventajas de mercado. El tercer modelo es un modelo que puede provenir voluntariamente o involuntariamente del fracaso en el mundo de los negocios de los dos modelos precedentes, y que es muy popular en nuestro país hoy, que es el modelo del sustento en la publicidad oficial y del potencial alineamiento editorial. Existen ejemplos locales e internacionales del modelo de escala. Modelo de escala no sólo es una escala horizontal. (fs. 4075 vta./4076 vta.)".

A continuación el Tribunal señaló que la situación del Grupo Clarín cambió sustancialmente a partir de la aprobación de la fusión de Cablevisión y Multicanal así como con la suspensión de la vigencia de licencias por diez años (decreto 527/05) y, por tal razón, interrogó a la actora si con anterioridad se hallaba afectada la sustentabilidad del grupo y, consecuentemente la libertad de expresión (fs. 4076 vta.).

La accionante respondió que "…Si Grupo Clarín permanecía con esa estructura no iba a poder permanecer en el mercado, a largo plazo […] De lo que se trata es de la evolución de los medios. En un contexto el medio puede obtener libertad de expresión reducida pero compatible con los estándares tecnológicos del momento. Pero a medida que van incrementándose los descubrimientos tecnológicos, la necesidad de competir y de ofrecer

más a la audiencia exige otra convergencia. Nosotros sostenemos que las necesidades de la convergencia [...] y eso no es lo mismo que concentración. La concentración habla de probablemente una afectación irrazonable a la competencia. (fs. 4077)".

Dado que de las presentaciones de la actora la actividad del Grupo Clarín registra considerables economías de escala, el Tribunal preguntó por qué no es potencialmente un monopolio y si estas economías de escala, no constituyen barreras de entrada para nuevos participantes en el mercado (fs. 4077). La representación de la demandante, después del requerimiento de precisiones por parte del Señor Presidente respondió que "...esta pregunta requiere discutir el concepto de convergencia y la evolución de la industria de medios en los últimos años. ¿Cómo eran las industrias que hoy llamamos de medios hace no mucho tiempo: diez, quince años? Eran mercados separados. Las telecomunicaciones por un lado, con estructuras fijas, en alguna época monopolios naturales, en el sentido de que había un solo productor, y muchas de ellas estatales, salvo el caso de los Estados Unidos. Por otro lado, existían empresas de video, ya sea por aire o por cable. Y finalmente aparece luego Internet. Estos mercados eran de estructuras pesadas y fuertes, y efectivamente, como usted bien lo señala, con altas barreras a la entrada. ¿Hacia qué mundo vamos en el mundo de la convergencia, que es esencial entender para entender esta industria? Diversas plataformas tecnológicas, producto de la innovación, producen múltiples servicios. Hoy las telecomunicaciones son capaces tecnológicamente de producir voz, Internet, datos y video, sin hablar de que el acceso a Internet es capaz hoy, a través de Skype –disculpen la men-

ción–, a través de la interacción con los consumidores, de producir contenidos. El sistema de cable, que en una época era sólo video, gracias al progreso tecnológico, hoy es técnicamente capaz de producir telecomunicaciones, es decir, voz, producir video y, como ustedes saben, producir Internet, que ya ha sido mencionado. Esta empresa es el tercer jugador en participación de mercado en el mercado de Internet. De manera que lo que vemos hoy es que diferentes plataformas compiten por la audiencia, compiten por los hogares. Se amplifica la competencia de infraestructuras. Algunos especialistas hablan hoy de que las infraestructuras van camino a transformarse en un commodity, en una materia prima cada vez más disoluble y más competitiva. ¿Cuál es el resultado de esto? Que de mercados separados nos orientamos hacia mercados unificados, integrados, donde bajan las barreras a la entrada. Por lo tanto, son cada vez más desafiables. Cada vez las empresas deben atender a ciertos fenómenos de fusión y adquisición para resistir esta presión. Quisiera señalar un caso. Google o Facebook hace quince años no se situaban entre las quince compañías de capitalización bursátil de la Bolsa de Nueva York. Esto ha explotado. Hoy Google, que no es infraestructura, es una de las tres empresas de mayor capitalización bursátil de la Bolsa de Nueva York. ¿Qué quiere decir? Que el poder de mercado se está desplazando". Añadiendo que "…en el análisis que hizo la Comisión de Defensa de la Competencia de la fusión de Cablevisión y Multicanal se analizaron todos los mercados involucrados. Se analizó la televisión abierta, se analizó Internet, se analizó el mercado de señales, se analizó la televisión por cable, y después de una minuciosa investigación, que llevó más de un año, la Comisión de Defensa de la Competencia concluyó que

la operación no afectaba la competencia en ninguno de esos mercados, analizando tanto las relaciones horizontales, que se daban sobre todo entre Cablevisión y Multicanal, y las relaciones verticales, que se daban entre la televisión abierta, las señales y la televisión por cable. De forma tal que el Estado Nacional en el año 2007 hizo una exhaustiva investigación en la materia y demostró no sólo que no afectaba la competencia sino que las economías de escala que se generaban beneficiaban al interés económico general. De manera tal que creo que ese hecho el Estado ya lo corroboró, y la presunción que hace la ley al tratar de desconcentrar una empresa que ya fue investigada en cuanto a su estructura carece de todo fundamento legal y es dogmático (fs. 4077/4078)".

Acto seguido, sobre la base de si la libertad de expresión requiere un volumen económico como el del Grupo Clarín, esta Corte preguntó a la representación del litisconsorcio actor qué ocurre con los demás grupos que no tienen esa entidad ¿No tendrían libertad de expresión? ¿O deberían ser subsidiados para equipararlos al Grupo Clarín? ¿Cómo se explica que otros medios de comunicación hayan presentado sus planes de adecuación sin invocar este agravio? A ello, y tras diversos pedidos de precisiones por el Señor Presidente, se respondió que "...hay grupos de menor tamaño que acceden a sinergias y escala a través de la multimedia. He citado un caso de un grupo que tiene menor facturación, pero que genera sinergias como las que fueron descriptas a través de la multimedia. Pero también podría haber, y en la descripción anterior fue contemplado, grupos que se llaman de nicho, grupos especializados en ciertos sectores, pero esta no

es la estrategia de producción de masa que ha adoptado el Grupo Clarín y que sería destruida por este tipo de regulación…" Añadiendo que "…Hay una pericia de ingeniero en la causa, que es muy importante y que determina la imposibilidad de, si se aplica la ley, seccionar el cable que cubre todo el país y que quedaría limitado sólo, por las 24 licencias, a pocas regiones. No hay manera de suprimir la parte que estaría como sobrando, todo ese sistema se volvería obsoleto y el Grupo Clarín debería dejar de ser la voz que hoy es. Justamente esa inversión a largo plazo fue producto de los actos oficiales que hablábamos recién. Fue un compromiso hecho en oportunidad de la fusión, hacer esta red multipropósito y que cubriera todo el país. La cuestión es técnicamente compleja […] pero la manera en que nosotros lo entendemos es ésta: seccionando el tronco del Grupo Clarín y cómo se presta Cablevisión en todo el país, esa red tiene que dejar de operar prácticamente de un día para otro. Desaparece una voz que hoy existe y esa es la afectación a la libertad de expresión […] nosotros sostenemos que la ley puede buscar medios alternativos si efectivamente se quiere sustentar estos medios más pequeños. El cooperativismo, por ejemplo, tiene ventajas que no tienen otros grupos competitivos, como son ventajas impositivas. Ese puede ser un camino para dejar subsistir a estos grupos. Otros más pequeños subsisten con publicidad oficial. Es un riesgo porque al subsistir con publicidad oficial puede ocurrir —no digo que siempre ocurra pero puede suceder— que condicione la línea editorial y entonces se cierre la penetración de otro grupo en el debate robusto, como dicen ustedes, el debate abierto. Habría que ver en cada caso. Hay otra cuestión adicional para el grupo que nosotros representamos y es que hay un cepo publicita-

rio, no escrito quizás en una resolución, y lo lamentamos porque ahí podríamos plantearlo de otra manera, pero lo cierto es que también es de público y notorio que se ha retirado al Grupo la publicidad de los medios privados. Esto lo hace más vulnerable, si cabe, y se sostiene con una voz crítica que quiere seguir manteniendo a través de esta escala. Pero esto no va en desmedro de grupos pequeños que pueden operar. Ustedes dijeron en la pregunta `subsidios´. Sí, no rechazamos la posibilidad de que el Estado, no el gobierno, subsidie voces que quieran expresarse. El Grupo también las recibe, y basta ver cómo grupos minoritarios han ido a las señales de la empresa a expresar su voz crítica. Me refiero, por ejemplo, a los pueblos originarios (fs.4078/4079)".

17) Que respecto de las preguntas que el Tribunal formuló a la representación del litisconsorcio demandado en dicha audiencia, adquiere relevancia la relativa a la naturaleza de las licencias. Ella fue formulada en los siguientes términos: "El Estado Nacional sostiene que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia es el otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta. ¿Quiere decir que el Estado puede quitarle las licencias ya otorgadas a cualquiera de las empresas que trabajan en el sistema o las que otorguen el futuro, sin derecho alguno (fs. 4085 y vta.)?.

En el punto, resulta necesaria la transcripción textual del acta taquigráfica de la audiencia:

"Dra. PEÑAFORT.- No. Lo que sostiene el Estado Nacional es que una licencia de servicio de comunicación audiovisual se enmarca en una actividad de interés público y que, por lo tanto, no es asimilable a la propiedad, digamos, de una fábrica de galletitas. Como se trata de una actividad de interés público tiene expresas regulaciones y la administración tiene, en pos del interés común, es decir, no discrecionalmente pero sí en pos del interés común, determinadas facultades. Esto siempre ha existido en materia de radiodifusión, porque por ejemplo, el espectro es un bien escaso…

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Perdón, la pregunta es concreta referida al fallo en recurso que desarrolla este tema. Luego el Estado sostiene: es un privilegio que no genera derechos adquiridos. Concretamente es esa la pregunta.

Dra. PEÑAFORT.- Efectivamente. Para el Estado la licencia es un privilegio que no genera derechos adquiridos en términos de mantenimiento de la misma.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Entonces, acá se le pregunta qué quiere decir eso en concreto, ¿que la puede sacar respecto de las que otorgó y las puede sacar respecto de las que otorgue en el futuro?

Dra. PEÑAFORT.- No.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- ¿Sin derecho alguno? ¿Cuál sería la…?

Dra. PEÑAFORT.- Bien, si bien no es materia de este litigio basta decir que no es una facultad discrecional…

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Es la materia, porque hay una parte del recurso referida a eso.

Dra. PEÑAFORT.- No, lo que quiere decir es que hay determinadas condiciones regladas por la ley por las cuales se puede restringir el ejercicio de la licencia. No son discrecionales, deben estar regladas por ley y están basadas simplemente en el carácter de interés público. Pero no significa que el Estado discrecionalmente puede quitarle una licencia a un licenciatario, valga la redundancia.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Pero la última parte de la pregunta es si la puede sacar sin derecho alguno. ¿Cuál sería el derecho?

Dra. PEÑAFORT.- No, no, por supuesto que no.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- ¿Cuál sería el derecho?

Dra. PEÑAFORT.- El derecho puede ser la actividad lícita del Estado, puede…

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- No, el derecho del titular de la licencia, por ejemplo, las que ya dieron —que son las que se están discutiendo en el caso— o las que podrían dar en el futuro. Si es un mero privilegio, lo pueden sacar, no es discrecional —dice usted—, bueno, conforme a un procedimiento no discrecional la sacan, ¿cuál sería el derecho de la parte titular de la licencia?

Dra. PEÑAFORT.- El primer derecho es el derecho de defensa en la tramitación administrativa y el segundo derecho son los que corresponden por toda actividad lícita del Estado cuando resulte lesiva.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- La pregunta concreta es esa: le sacan la licencia con un procedimiento. ¿Cuál es la consecuencia? El titular de la licencia la tiene hasta que el Estado se la saque o no. Esa es la pregunta; es concreta en eso.

Dra. PEÑAFORT.- Perdón, Presidente, no entiendo la pregunta. Le pido que me la reformule.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- La pregunta es: el Estado Nacional sostiene que el vínculo es un privilegio, el otorgamiento de la licencia. La puede sacar conforme a un procedimiento; reglado, dice usted, no es discrecional. ¿Qué quiere decir? ¿Quiere decir que el Estado puede quitarle las licencias ya otorgadas a cualquiera de las empresas que trabajan en el sistema o las que otorgue en el futuro, sin derecho alguno por parte de los titulares? Es decir, les sacan ¿y cuál es la consecuencia?

Dr. DIEZ.- Buenos días. Señor Presidente, señores miembros del Tribunal: la pregunta es genérica, tiene un grado de abstracción, pero deberíamos en su caso, en este tren de conjeturar, distinguir…

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- No, en el caso. No es abstracta. Se refiere al caso. Lo del futuro sí es un ejemplo, pero en el caso se ha planteado. Es un tema del recurso.

Dr. DIEZ.- Bien, porque parecía como estaba formulada que podía estar enfocada a la situación de otros posibles licenciatarios, y habría que determinar cuáles podrían ser o no las causas para una eventual caducidad, que podría ser sin derecho alguno de la licenciataria. En el caso que nos ocupa hay, si apuntamos a las consecuencias del artículo 161, una necesidad de que las empresas que están en exceso de los límites de la ley adecuen el esquema de licencias a lo que la ley determina. Eventualmente, si estamos conjeturando en este sentido, podremos plantearnos un escenario de responsabilidad del Estado por actividad lícita, lo cual supondrá, ya fuera de este juicio, la acreditación de los extremos a los que está condicionada, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la existencia de una responsabilidad de este tipo. No están acreditados obviamente en el caso que aquí se ventila en autos. (fs. 4085 vta./4086)".

El Tribunal indagó sobre el alcance territorial de las licencias de servicios de comunicación audiovisual, tanto de las que cuentan con soporte satelital como a las que se sostienen con vínculo físico (fs. 4088/4088 vta.). A tal interrogante, la demandada respondió que: "...La televisión satelital funciona como un cono [...] Por su naturaleza tecnológica, el satélite ilumina un amplio terreno, un amplio territorio, con lo cual el cono de sombra del satélite no entiende de límites jurisdiccionales; los cables, sí. Por lo tanto, por la condicionante tecnológica se le da una licencia nacional al satélite y se le otorga licencias locales, es decir, jurisdicción local, al cable. Para evitar un abuso de esto lo que se establece en cualquier caso,

tanto el cable como el satélite, están alcanzados por la misma cuota de mercado, que significa el 35 por ciento. Sea que yo cubra ese 35 por ciento a través de cable, es decir, por vínculo físico, o sea que lo cubra a través de la pisada del satélite, el límite es el mismo, con una diferencia que no hay que dejar de descartar: el satélite sólo puede prestar satélite; lo que tiene el cable es que además permite servicios en convergencia (fs. 4088 vta.).

También se preguntó a la demandada sobre cuáles son las razones que justifican un tratamiento diverso, en cuanto al régimen de multiplicidad de licencias y señales, entre los servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital y servicios de radiodifusión con vínculo físico (TV por cable), a la luz de la finalidad perseguida por la ley (fs. 4088 vta.).

Al respecto, expresó que "la condicionante tecnológica y la posibilidad o no de prestar servicios en convergencia que, en pocas palabras, contesta que la mayoría de los hogares tenga más de un proveedor de servicio, sea telecomunicaciones, internet, telefonía, servicio de comunicación audiovisual. Ahora bien, se mantiene, eso sí, el límite de mercado. En ningún caso las ventajas competitivas del cable, esto es la posibilidad de prestar servicio de valor agregado, se podrán utilizar para correr la frontera del 35 por ciento. Tampoco la ventaja tecnológica del satélite, no tener que tender cable, podrá ser usada para superar la misma barrera del 35 por ciento (fs. 4088 vta.).

Interrogada sobre la cantidad máxima de señales que admite el espectro y cuál es el porcentaje que ocupan las seña-

les del Grupo Clarín respecto de cada uno de los servicios (fs. 4088 vta.), expresó: "…Por un lado, hay que pensar el espectro como un universo finito que se ocupa por una cantidad de servicios de telecomunicaciones. En lo que hace al espectro y al sector de la comunicación audiovisual, está más limitado por el receptor que por el tamaño del espectro, porque por el espectro hablamos por teléfono celular, por el espectro se comunican las radios, por el espectro se comunican los aviones, y hay un sector del espectro que es el destinado a la radiocomunicación, a la telecomunicación, a las distintas variantes. En lo que hace a los servicios de comunicación audiovisual está más vinculado al receptor, a la radio, en el caso de la radio, o a la capacidad de recepción de un televisor. Por lo tanto, podemos decir que en un territorio una radio hoy admite 40 frecuencias aproximadamente que sean audibles en condiciones prolijas, de buena audición. Esto depende mucho de la potencia de cada una de las emisoras, por lo tanto, cuando se asigna una frecuencia radial se asigna con una determinada potencia, que tiene un determinado alcance, que marca cuántas frecuencias uno puede otorgar en un determinado territorio. Hay siete u ocho distintos niveles de potencia en que se asignan las frecuencias y, por lo tanto, no tiene una respuesta única. Pero en lo que sí hay una cuestión única es en la capacidad del receptor por la que el usuario lo recibe; no se pueden dar más que lo que la radio puede recibir. Lo mismo sucede con la televisión. Hoy los televisores, ahora estamos yendo a otros regímenes, a los televisores inteligentes y nuevas tecnologías que empiezan a abrir a partir de la digitalización la posibilidad de recepción, pero eso va en contraposición con el

mercado convergente, que hace que a través de un servicio de cable el usuario reciba la comunicación audiovisual, los servicios de internet, los servicios de telecomunicaciones en el mismo cable en su hogar. Por lo tanto, la respuesta hoy a esa pregunta tiene muchísimas variables, muchísimas acepciones, me parece que tiene que estar centrada en el entendimiento de la cuestión que hoy estamos discutiendo. Me parece que es central conceptualizar a lo que hoy se está discutiendo y lo que está controvertido, en todo caso, con el Grupo Clarín, que tiene que ver con cuánto de lo que hoy se puede transmitir y cuánto de lo que hoy se puede recibir detenta un grupo o detenta algún sector, o se distribuye entre todos. Entonces [...] una cosa es el mercado convergente o la digitalización, las nuevas tecnologías que nos van a posibilitar tener nuevos escenarios, y la realidad de hoy, la que hoy tenemos que administrar, que está en el orden de estas posibilidades técnicas que estábamos hablando. Creo que cuando hablan de señales están hablando de frecuencias, no están hablando de las señales de producción de contenidos (fs. 4088 vta./4089)".

También se preguntó a la demandada sobre los motivos por los cuales se estableció que un operador de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico -TV por cable- podrá explotar en el ámbito nacional un máximo de 24 licencias (fs. 4089 vta.).

Respondió que: "Nuevamente, aquí tiene que ver con el legislador cuando está pensando en la integralidad, cuando está pensando en el conjunto, y le tiene que dar un volumen, un tamaño a un determinado mercado o un determinado sector. Tiene que ver en principio con evaluar cuál es el punto de inicio [...] Si

[…] es que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias cada uno, dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene. A su vez, evaluar que sólo vulneran las 24 licencias, en este caso son dos los grupos. Por lo tanto, la afectación entre 709 licenciatarios y dos que deben adecuarse, era más que razonable para llevarlo a un mercado igualitario. Adicionalmente es bueno señalar que con las 24 licencias más sus extensiones autorizadas de acuerdo a lo que la ley marca se puede alcanzar el 35 por ciento del mercado. El Grupo Clarín lo podría alcanzar. Podría llegar al tope de participación de mercado, el mismo tope que tiene DirecTV, el satelital, o cualquier otro licenciatario con las 24 licencias más sus extensiones que hoy posee. Por lo tanto, ni siquiera en ese caso podría decir que está siendo vulnerado este derecho. Por lo tanto, tiene que ver con una relación —lo vuelvo a decir— de mercado. Con 24 licencias más sus extensiones se puede tener por supuesto una compañía que sería 15 veces más grande que el promedio que hoy tienen los licenciatarios, que permitiría a la compañía que mejor se desarrolle llegar y alcanzar el 35 por ciento del tope, por lo tanto era un número razonable (fs. 4089 vta.)".

En lo concerniente a las razones por las que se considera conveniente que quienes explotan una licencia de cualquier servicio de radiodifusión no puedan ser titulares del registro de más de una señal de contenido la demandada (fs. 4090) expresó que la ley 26.522 "…trató de poner barreras tanto a la acumulación concentrada en términos horizontales, en términos de propiedad cruzada, y también en términos de integración vertical

de la actividad.Básicamente lo que se busca es que no se generen situaciones disvaliosas en términos de que quien produce la señal, que también las distribuye, genere dos tipos de efectos: o bien privilegie las señales producidas por sí por sobre las de la competencia, o bien en razón de que sus sistemas de distribución tienen sus propias señales decida no incluir a las señales de la competencia. Esto además tiene una explicación económica que está dada por la posibilidad de difusión de contenidos." Agregó que "[u]n detalle que tiene que ver con la pluralidad. Entendamos que para el usuario, cuando elige un sistema de provisión de cable, el proveedor pasa a ser monopólico. Lo que llega por ese cable es lo que el usuario ve. Por lo tanto, si usted llega con el cable y puede producir todas las señales que van en ese cable, no hay libertad de expresión, no hay pluralidad". Hizo referencia a la figura del monopsomio y expresó que "un problema cierto es que si yo tengo el monopolio de la distribución, tener además la producción, es decir, ser el dueño del producto, genera que lo que estoy haciendo es tener el monopolio de la información, del contenido. Las limitaciones respecto de esto están perfectamente ligadas con el concepto de distribución..." Y leyó "...un informe elaborado por la Comisión de Defensa de la Competencia, también en el año 2007, denominado "Problemas de Competencia en el Sector de la Distribución de la Televisión Argentina", en el que se expresa: "...El alto grado de integración vertical que existe en la Argentina entre los proveedores de señales y los operadores de sistemas televisivos —cable, satélites y televisión abierta— hace que muchas prácticas de exclusión sean posibles entre los operadores y en muchos segmentos y en muchos mercados geográficos [...] Resulta también factible además

que ocurra el fenómeno inverso. Es decir, que a través de la negativa a adquirir señales por parte de un gran operador integrado verticalmente con un proveedor de señales, se busque excluir del mercado a otro proveedor desintegrado, a los efectos de incrementar el poder del mercado del proveedor integrado. Estos casos son más infrecuentes, en virtud de que a nivel global cada operador individual es usualmente un cliente relativamente pequeño de los proveedores de señales, aunque puede ser monopolista en su área geográfica. Conforme la concentración de operadores va aumentando sin embargo […] –señala la Comisión– […] este problema puede comenzar a aparecer como un tema de mayor importancia, en especial con las señales de carácter local o nacional. Este es el tipo de antecedente que se tuvo en cuenta al momento de dictar este límite (4090/4090 vta.)".

Asimismo, el Tribunal formuló la siguiente pregunta: ¿Por qué razón en materia de licencias de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico –TV por cable– se estableció a nivel nacional un doble límite: número máximo de licencias y hasta un 35 por ciento del total nacional de abonados? (fs. 4090 vta.).

La representación de la demandada respondió que "El 35 por ciento nacional de abonados es por una cuestión de mercado […] Las 24 licencias por lo que expresábamos antes. Para mantener la diversidad, para mantener la pluralidad en la tenencia de los sistemas de cable, había que poner un límite a esta tenencia, que a su vez hace a la eficiencia, porque uno necesita, al tener menos posibilidades de ocupar territorio, tener más

eficiencia en la prestación del servicio que da, tener más penetración de mercado en el territorio que da. Hay una cuestión […] también sería ilógico pedirle a un proveedor de servicio de cable que tenga un sistema de cable en Buenos Aires y uno en La Puna, y llevar un cable de Buenos Aires a La Puna con el mismo sistema. Por lo tanto, tiene que ver con esta integralidad, con pensar que las 24 licencias le permiten cubrir un área geográfica de tal magnitud que le permite alcanzar la cuota de mercado, que es para todos los sistemas de comunicación audiovisual, y de esa manera poder entonces ordenar un mercado que, como decía antes, tiene setecientos y tantos licenciatarios y que todos tienen que tener la misma oportunidad, las mismas reglas de negocio (fs. 4090 vta.)".

También se preguntó a la demandada sobre cuál es en el mercado relevante la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento (fs. 4090 vta.).

La respuesta fue que: "Sí, es suficiente […] quiero remitir al fallo de minoría de un caso muy reciente en Norteamérica, que es Comcast II, en el cual la acción se rechazó por no cumplir las condiciones de certificación de la acción de clase, pero el voto de la minoría llega a decir que incluso en una localidad donde hay cuatro proveedores y cada uno de esos proveedores tiene el 25 por ciento cada uno, ya es un mercado concentrado. En este sentido, y demuestra la sustentabilidad de las empresas económicas argentinas, es mucho menos del 35 por ciento y permite empresas más que sustentables […] Uno tiene que ser cuidadoso con basar conclusiones sobre supuestos falsos. Acá

permanentemente se ha repetido uno de ellos. ¿En qué consiste este supuesto falso? En suponer que las economías de escala se trasladan a los precios. Es decir, uno lo observa en la pericia económica, que con un ejemplo simple dice: si a mí me cuesta un peso dar el servicio a dos personas y por economía de escala el tercero no me significa costo, el costo va a ser inferior. Pero, ¿qué garantiza que ese inferior costo se traslade al precio? La única garantía es la competencia, y esto no ocurre en este mercado. Para hablar de datos concretos, si ustedes toman los estados contables de Cablevisión, van a notar que desde el 2006 —y digo 2006 porque fue la fecha de la fusión, más precisamente 2007, cuando se dan los datos consolidados, de 2007 a 2012, Cablevisión informa que por cada 100 hogares que tienen acceso a su red, sólo le vende a un promedio de 45 por ciento. Es notable ver que en cada año prácticamente se mantiene el mismo porcentaje. Entonces, si resulta que hay costos de escala, si resulta que en vez de dar a 45 de cada 100 hogares, darle al número 46 me resulta casi gratis, ¿por qué no le da el servicio? No se lo da por dos razones. La primera es porque ha logrado una combinación de precio y cantidad que maximiza sus beneficios. Darle a un próximo implicaría reducir sus precios o transformarse en un monopolio discriminador, que a veces lo hace, que es la máxima expresión del monopolio: le fijo a cada usuario un precio diferente. La segunda razón, aún más importante, y eso ustedes yo creo que —disculpen— tuvieron participación en el tema de la multa a las cementeras de la Comisión de Defensa de la Competencia, es cómo los monopolios se protegen. Tienen una capacidad productiva en exceso. Entonces, yo le estoy diciendo a mis posi-

bles competidores: miren, si ustedes quieren ingresar a competir conmigo, van a tener que poner una red, y yo puedo duplicar rápidamente mis usuarios bajando el precio y ustedes no tendrán posibilidades de financiarse. Lo que existe, y esto es muy simple, se informa por los balances… (fs. 4090 /4090 vta.)".

La Corte interrogó a la demandada acerca de qué manera concreta la restricción a la propiedad cruzada prevista en el artículo 45, punto 2 (orden local), incisos c y d, de la ley 26.522 permite lograr los objetivos perseguidos por el legislador (fs. 4091 vta.).

La respuesta fue que "…Hay que pensar en el país y que una vez que uno abandona la Capital Federal sucede esto: muchas de las señales de televisión abierta son del mismo dueño que maneja el cable, con lo cual no hay ningún tipo de diversidad informativa. En la provincia donde yo vivo sucede esto -San Juan y no es el Grupo Clarín quien es el titular de ambas. Lo que se buscó nuevamente es impedir una integración de manera tal que en las ciudades quien tiene, pensemos la escala de las ciudades del interior del país, quien maneja el sistema de cable no pueda al mismo tiempo manejar muchas veces la única estación de televisión abierta que existe. Acá hay un tema que no es menor. La televisión analógica y para que lleguemos a la digital en forma plena falta un largo trecho no tiene tantas frecuencias como para poner muchas estaciones de televisión abierta a lo largo del país, porque nos repartimos las frecuencias. Digo, donde usa el Canal 11 hay muchos kilómetros en los que no lo puedo volver a usar, con lo cual con apenas nueve canales tengo que dar cobertura a todo el país […] hay muchos motivos por los

cuales se ha legislado en este sentido y no permitir que en una misma localidad se tenga la televisión abierta y el cable. Tiene que ver con la sustentabilidad de los medios, con permitir más voces. La televisión abierta se sustenta por la publicidad; el cable, por el abono. Para el cable es obligatorio subir la señal de la televisión abierta local, por lo tanto, si nosotros permitimos que el mismo dueño sea el dueño de la televisión y del cable, se queda con la publicidad, se queda con el abono y se queda con las dos voces. De la otra manera lo que estamos haciendo es que quien tiene televisión tiene una voz, quien tiene el cable tiene otra voz, porque está obligado a tener una señal de producción propia local, por lo tanto, tiene su voz local, el otro actor tiene una voz, uno se sustenta con la publicidad y el otro con el abono.

18) Que el perito en economía Licenciado Néstor Rubén Alessandria fue interrogado acerca de cuál es en el mercado argentino la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento.

Respondió que: "Parecería que el 35 por ciento como porcentual es un porcentual fijado arbitrariamente. En realidad, lo que hace al fijarse ese 35 por ciento y tener un límite implicaría que las empresas no invertirían. Y tendrían una mala calidad, porque ya estarían aseguradas hasta un determinado tope, lo cual implicaría una menor prestación, un menor bienestar para el usuario. (fs. 4095 vta.).

19) Que a los efectos de resolver la cuestión planteada, corresponde comenzar por delimitar el campo de tensión en

el que debe actuar este Tribunal. Para ello, cabe recordar en primer término que el alcance del control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial en los casos concretos traídos a su conocimiento debe ser respetuoso de los principios que en nuestra Constitución Federal equilibran el poder para limitarlo (causa R.369.XLIX "Rizzo, Jorge Gabriel —apoderado Lista 3 Gente de Derecho— s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar", sentencia del 18 de junio de 2013). En ese sentido, el principio republicano de la división de poderes establece la existencia de tres poderes del Estado con funciones bien definidas, de manera que ningún departamento de gobierno pueda ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

Ese marco de equilibrio asigna al Poder Judicial la función de asegurar la supremacía del texto de la Constitución Federal, mas de ninguna manera lo autoriza a valorar el acierto o error de las políticas públicas que establecen los poderes políticos de la Nación.

En aplicación de estos principios definitorios de la forma republicana de gobierno, corresponde en el presente caso evaluar la conformidad de la ley 26.522 con las normas que componen el bloque de constitucionalidad federal, sin considerar la conveniencia política, económica, social o el impacto tecnológico futuro de las decisiones que adoptó el legislador para regular el mercado audiovisual en la Argentina. Esos juicios corresponden en forma total al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, que eligen —al legislar y administrar— cómo asignan los medios

que consideran más aptos para cumplir con los objetivos del Preámbulo de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad de los habitantes.

En este contexto, esta Corte no deja de advertir que en la audiencia realizada en la causa el 28 y 29 de agosto, se puso de relieve que la ley en examen no considera puntos relevantes en la materia, entre otros, los relativos a la convergencia tecnológica, al impacto de internet en los medios audiovisuales, a las nuevas formas de acceso y a la producción de contenidos audiovisuales. Esta omisión podría, de acuerdo a las exposiciones de algunos de los *amicus curiae*, tornarla obsoleta en un breve plazo. Incluso se ha controvertido que colabore a abaratar los precios de los servicios por suscripción y a posibilitar un mayor acceso a ellos por parte de la población (confr. exposición del *amicus curiae* en representación de ADEPA y del *amicus curiae* en representación de CODELCO, fs. 4054 y 4057 vta.). Tampoco desconoce el Tribunal que, en algunos aspectos —como, por ejemplo, el vinculado al sostenimiento económico de los proyectos comunicacionales—, la regulación ha sufrido ciertos fracasos en su puesta en marcha (confr. resol. 929/12 y 930/12 del AFSCA).

Sin embargo, como ya se ha señalado, la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias

razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta. Corresponde sólo a los legisladores realizar un examen de la conveniencia o acierto del precepto y eventualmente disponer, si así lo consideran, las modificaciones que estimen necesarias.

20) Que en segundo término cabe resaltar que el análisis constitucional de la ley en el caso es absolutamente ajeno a los hipotéticos conflictos futuros que pudieren surgir por su aplicación. Es por ello que ciertas afirmaciones formuladas en la demanda y en la audiencia pública, como las relacionadas con la intención de castigar o privilegiar a medios en función de la línea editorial, de efectivizarse, deberán ser objeto de las correspondientes acciones judiciales. En este punto, es de vital importancia recordar que el órgano encargado de aplicar la ley debe ser técnico e independiente, ajeno a indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión. En igual sentido, y en tanto fue expresamente planteado por la actora, aquellas cuestiones relativas a la pauta o publicidad oficial y a la asfixia económica, podrían encontrar solución, de concretarse, por las vías procesales pertinentes, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal en la materia en las causas publicadas en Fallos: 330:3908 y 334:109 ("Editorial Río Negro" y "Editorial Perfil", respectivamente).

21) Que para terminar de establecer el ámbito de actuación de esta Corte, es necesario precisar que en esta oportunidad debe expedirse por primera vez y en forma definitiva respecto de la totalidad de las cuestiones planteadas en la presente causa.

Con anterioridad, le ha correspondido intervenir en el acotado marco de una medida cautelar. En esa ocasión, el Tribunal destacó que la validez del régimen de multiplicidad de licencias y de la obligación de desinvertir previstas en la ley 26.522, constituirían el objeto de la acción declarativa de certeza sobre el que nada correspondía resolver, y que sólo constituía materia sometida a su decisión el plazo de un año para cumplir la desinversión forzada (Fallos: 333:1885, considerando 4°). Posteriormente, se limitó a examinar el plazo de 36 meses de vigencia de la medida cautelar dispuesta por la cámara (Fallos: 335:705) y la validez de su extensión (Fallos: 335:2600).

Resulta evidente entonces que lo relativo a la medida cautelar tramitó con independencia del mérito de las peticiones de fondo. Respecto de la constitucionalidad de los artículos impugnados, se pronunció el juez de primera instancia el 14 de diciembre de 2012 y la cámara el 17 abril de 2013, y dictaminó la Procuradora General de la Nación el 12 de julio de 2013. En el marco de la audiencia pública, tanto los *amicus curiae* como las partes expusieron sus argumentos sobre las cuestiones planteadas a decisión de este Tribunal. De esa manera quedó concluido el debate y la causa en condiciones de que esta Corte se pronuncie abordando en forma acabada y definitiva la totalidad de los cuestionamientos que se han formulado a la ley.

22) Que los recursos extraordinarios deducidos resultan formalmente admisibles en cuanto se encuentra en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal —la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y su vincu-

lación con derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y el de libertad de expresión—, y la decisión ha sido contraria al derecho que los distintos apelantes han fundado en ellas (artículo 14, inc. 3°, de la ley 48).

Asimismo, en dicho contexto la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expresados por las partes o por el a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros). Los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia planteados en los recursos de queja interpuestos por el Estado Nacional y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) serán tratados en forma conjunta por encontrarse vinculados en forma inescindible a la cuestión federal.

23) Que la crítica atinente al rechazo de la excepción de falta de legitimación de Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A. remite al examen de una cuestión de hecho, prueba y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena —como regla y según su naturaleza— a la instancia extraordinaria. Además, no puede dejar de señalarse que los fundamentos dados por el a quo para resolver como lo hizo resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad.

24) Que atento al modo en que fue decidida la cuestión por el *a quo*, los diferentes agravios expresados por las partes se entrecruzan bregando por la validez o la inconstitucionalidad de las distintas disposiciones en juego. Por tal mo-

tivo, para su adecuado tratamiento, se abordará cada uno de los artículos impugnados en la demanda conforme a su orden correlativo y se examinarán en cada oportunidad los planteos de todos los recurrentes a ese respecto.

25) Que corresponde en primer lugar examinar la constitucionalidad del artículo 41 de la ley. La parte actora lo ha cuestionado porque afirma que resulta lesivo de sus derechos de propiedad y de libertad de comercio (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional). Alega que, al sujetar la transferencia de las licencias a la aprobación de la autoridad estatal e impedir la enajenación de más del 50% del paquete accionario de las licenciatarias, transforma retroactivamente la naturaleza de las licencias en bienes indisponibles e intransferibles.

Este agravio debe rechazarse por dos motivos. El primero radica en que, contrariamente a lo que sostuvo la recurrente, no hay afectación retroactiva. El sistema anterior a la ley 26.522 no consagraba la libre transferibilidad de las licencias de servicios de radiodifusión y de sus complementarios sino que exigía contar con la respectiva autorización (confr. ley 22.285, artículo 85 según texto modificado por decreto 1005/99 y artículo 46 inc. f modificado por decreto n° 1062/98. En esta misma línea, confr. resoluciones COMFER n° 1110/2010 y n° 1488/2006). Además, es dable indicar que este recaudo fue, en parte, reconocido por la actora en la audiencia pública (confr. fs. 4080/4080 vta.) y que este reconocimiento se ajusta a la conducta por ella asumida en los pedidos de autorización que motivaron el dictado de la resolución COMFER 577/2009 (confr. fs. 171/233).

El segundo motivo que lleva a descartar la tacha de inconstitucionalidad del artículo 41, en cuanto establece un límite cuantitativo al porcentaje del paquete accionario susceptible de ser transferido, es que esta disposición rige una de las variables que, por tratarse de una actividad de interés público, el Estado tiene la facultad de regular para asegurar que, en la práctica, no se alteren sustancialmente las condiciones particulares por las que las licencias fueron adjudicadas a sus titulares y no a otros.

Desde esta perspectiva, en tanto la norma permite autorizar la transferencia de una porción por demás significativa del paquete accionario de la licencia, no apareja, como está formulada, una restricción manifiesta a los derechos de propiedad de la actora con entidad tal que implique suprimir de plano o de un modo particularmente gravoso sus derechos patrimoniales.

26) Que en cuanto a las objeciones rélativas al artículo 45 ("multiplicidad de licencias"), el Grupo Clarín enfoca su planteo, sustancialmente, desde el punto de vista de una vulneración a la libertad de expresión.

Al respecto corresponde recordar que tanto la Constitución Nacional en sus artículos 14 y 32 como los distintos instrumentos internacionales (Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución N° 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) consagran a la libertad de expresión como un derecho fundamental.

Esta Corte ha sostenido que la verdadera esencia del derecho a la libertad de prensa radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir (Fallos: 269:189 y 315:632), como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura y la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308 y 311:2553).

27) Que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter, es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervinientes.

Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y por tanto de todos y cada uno de sus miembros. Desde dicha perspectiva

resulta fundamental considerar que es esencial para la concepción republicana que inspira a nuestra Constitución Nacional que se permita el libre despliegue de un debate robusto y amplio que autorice la libre participación de aquellos interesados en recibir y dar información. Una concepción moderna de la libertad de prensa se asienta también en la apertura de los canales de información de modo que todos los habitantes de la Nación, ciudadanos y extranjeros, puedan alcanzar el necesario acceso a las fuentes de información imprescindibles para el desarrollo de todo Estado realmente democrático (Fallos: 330:3908, disidencia del juez Maqueda).

Sin embargo, no es posible ignorar que también se ha señalado que las garantías constitucionales no son absolutas sino que se desenvuelven en el ámbito que está dado por la finalidad con que son instituidas y que, en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido (Fallos: 324:975). Ello es así ya que ése derecho es inherente a toda la población y no exclusivo ni excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión.

28) Que, a la hora de valorar la forma en que el Estado regula la materia, es importante señalar que ya en el año 1992 esta Corte tuvo oportunidad de exponer una serie de reflexiones acerca de los nuevos desafíos que en materia de libertad de expresión se presentaban como consecuencia de los cambios

económicos y sociales que afectaban a las sociedades contemporáneas, muchas de las cuales aún resultan vigentes no obstante los avances tecnológicos que se han registrado desde entonces. En efecto, en Fallos: 315:1492 se destacó que "*…a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivindicaciones individuales, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: `la libre comunicación de pensamientos y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar, imprimir libremente´. Pero en nuestro tiempo, —se aduce— por obra y gracia de la revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí*".

De la misma manera, y tal como lo señalara el *amicus curiae* en representación de la Confederación Cooperativa de la República Argentina (confr. fs. 4058 vta./4059), en el año 2003 el Tribunal insistió en señalar la necesidad de adecuar los tradicionales criterios sentados en materia de libertad de prensa a los cambios tecnológicos y económicos operados en la radiodifusión. Así, destacó que si bien era cierto que el incremento de la demanda informativa, la extensión de la zona de influencia del medio, la modernización de los instrumentos materiales a utilizarse en la radiodifusión y las circunstancias de naturale-

za comercial, financiera y social determinaron la organización comercial y empresarial de la radiodifusión para lograr mayor efectividad y eficiencia del servicio, ello no debía desplazar la posibilidad de que personas jurídicas sin fines de lucro, que contribuían al desarrollo del bien común, pudieran tener acceso a tales medios de comunicación.

Por ese motivo, y con el objetivo de garantizar el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos, se declaró la inconstitucionalidad de la norma que vedaba a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro, la posibilidad de concursar para aspirar a prestar un servicio de radiodifusión sonora por frecuencia modulada (Fallos: 326:3142).

29) Que, por otra parte, resulta ineludible señalar que el énfasis marcado en los precedentes anteriormente citados sobre la importancia del pluralismo en los medios de comunicación y del que se deriva el deber estatal de promoverlo, respetarlo y garantizarlo, tiene un expreso correlato en distintos pronunciamientos emitidos por los órganos internacionales de aplicación de los tratados de derechos humanos que también tutelan en forma amplia este derecho fundamental.

En efecto, en el ámbito internacional existe un consenso establecido en cuanto a que los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación, sea en manos privadas o estatales, restringen la pluralidad y diversidad necesaria para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la

información y expresión de los ciudadanos, y a que, en atención a ello, los Estados no sólo deben abstenerse de realizar acciones positivas que restrinjan indebidamente el acceso plural a estos medios sino que deben, además, precisamente impedir se conformen esas situaciones de concentración (cf. Comité de Derechos Humanos; CCPR/C/GC/34, Observación general n° 34 y 10; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos e Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de los años 2004 y 2010; Declaración conjunta sobre diversidad en la Radiodifusión efectuada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2007).

30) Que en síntesis, lo hasta aquí expuesto permite concluir que la protección de la libertad de expresión no sólo autoriza al Estado sino que, a la vez, lo obliga a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación. Así, entre otras, debe dictar un marco normativo que prevenga la concentración indebida de la propiedad pública y privada de los medios y controlar su observancia; debe abstenerse tanto de aprobar operaciones como de otorgar licencias que puedan conducir a la configuración de esa clase de concentración y debe ejecutar las leyes antimonopó-

licas existentes cuando se verifiquen conductas que distorsionan la competencia, extremo este último que implica adoptar las medidas necesarias para obtener la liquidación, disolución, desconcentración o división de las empresas infractoras (cf. en el mismo sentido, Unesco, Indicadores de Desarrollo Mediático: marco para evaluar el desarrollo de los medios de comunicación social, 2008, págs. 22/23). De este modo, el Estado se encuentra compelido a regular en esta materia en aras de garantizar la pluralidad y diversidad de voces. No obstante, este mandato deberá ser siempre implementado en el marco del más absoluto respeto de las libertades individuales pues las dos facetas que presenta el derecho a la libertad de expresión no resultan excluyentes sino complementarias.

31) Que es a partir de estas premisas que corresponde examinar el artículo 45 de la ley 26.522. Dicho precepto, con el fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local, establece el régimen de multiplicidad de licencias. A tal efecto, determina que una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, con sujeción a una serie de límites a nivel nacional, local y en concepto de señales de contenido.

32) Que el Estado Nacional cuestiona el análisis diferenciado de la validez de esta norma que efectuó la cámara según se tratara o no de un medio de comunicación audiovisual que usara el espectro radioeléctrico.

Cabe aclarar que la facultad de dictar regulaciones en esta materia que cumplan con la importante finalidad antes apuntada no se circunscribe, únicamente, a los medios de comunicación audiovisual que usen el espectro radioeléctrico. Los medios que no lo utilizan, aún cuando sean desarrollados por sectores privados, también prestan una actividad de interés público que integra y conforma el foro de ideas donde opera la libertad de expresión que el Estado debe garantizar en forma plena, incluso mediante el dictado de normas que prevengan un grado de concentración económica tal que atente contra la pluralidad de voces. Resulta pertinente señalar que esta clase de medios, a diferencia de otros no regulados por el artículo 45, utilizan en parte, para su instalación, bienes y espacios públicos, extremo que determina que su prestación no depende exclusivamente de la voluntad individual de quien quiere desarrollarla sino que está necesariamente sujeta al poder regulador de la autoridad pública.

En línea con ello, debe tenerse presente que esta Corte ha establecido que es precisamente atendiendo al carácter reducido del espectro radioeléctrico que, en aras de asegurar los derechos de terceros y el interés público, se admite respecto de los medios de comunicación que lo utilizan "una mayor reglamentación" (Fallos: 326:3142 cit., considerando 8°). La referencia a que en este campo se admite una "mayor reglamentación" sólo puede ser aprehendida en todo su alcance conceptual si se parte de la base de que ésta se formula en términos comparativos respecto de reglamentaciones de medios no escasos, las que, por

no regular el uso de un bien público finito, deberán ser menos intensas o restrictivas.

En consecuencia, más allá de las particularidades propias de cada uno de los medios de comunicación audiovisual, la reglamentación de los que no utilizan el espectro radioeléctrico no implica por definición invadir una esfera que esté *a priori* ajena a toda clase de intervención regulatoria estatal; sin perjuicio de que, como resulta claro, esta normativa, para ser válida, debe respetar los demás límites constitucionales y convencionales de legalidad y razonabilidad.

33) Que, por lo demás, corresponde señalar que la argumentación desplegada por la actora a lo largo del proceso, al postular la absoluta imposibilidad de dictar normas que regulen este aspecto, resulta abiertamente contraria a la conducta asumida bajo el amparo del régimen anterior. En efecto, tal como surge en forma clara de las constancias agregadas al expediente y de lo expresado en el marco de la audiencia pública (fs. 171/233 y 4080 vta./4081), bajo el anterior sistema, esta misma parte solicitó a la autoridad de aplicación la autorización para contar con dichas licencias y efectuó presentaciones para adecuarse a ese régimen. Este proceder implica reconocer la validez de la facultad regulatoria en sí misma, más allá de las particularidades que hacían a su contenido.

34) Que despejadas las dudas respecto del alcance de la potestad regulatoria estatal, corresponde destacar que los límites establecidos a la multiplicidad de licencias tanto en el orden nacional como local (artículo 45, inciso 1°, apartados b y

c, e inciso 2°, apartados a, b y c) se enmarcan, tal como se señaló precedentemente, en las facultades privativas del Poder Legislativo de promover un enfoque pluralista de la información y de los múltiples puntos de vista, garantizando el acceso a los medios de comunicación y la diversidad de propietarios.

Dentro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión.

35) Que, en lo que hace al régimen de multiplicidad establecido en la ley respecto de los medios de comunicación audiovisual que utilizan el espectro radioeléctrico es precisamente en atención al carácter limitado que presenta este medio que se admite, por parte del Estado, una regulación más intensa y restrictiva. En este sentido, no debe perderse de vista que el espectro radioeléctrico es utilizado no sólo por los medios de comunicación audiovisual sino también por los servicios de telecomunicaciones en general (que comprenden no sólo las comunicaciones interpersonales sino también las de las fuerzas de seguridad y las del transporte marítimo y aéreo). Por ello, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que puedan desarrollarse cada una de estas importantes prestaciones evitando que tengan lugar interferencias indebidas que puedan comprometer, por un lado, la buena recepción de las señales de radiodifusión y, por el otro, la eficacia de las telecomunicaciones de la que depende, en muchos casos la seguridad pública,

como es notorio en el caso aeroportuario (confr. lo expresado en la audiencia pública por el representante del Estado Nacional, fs. 4088 vta./4089).

Es desde esta perspectiva que se concluye que el límite establecido por la ley posee un justificativo objetivo y técnico, y resulta acorde a la finalidad perseguida de permitir el acceso plural e igualitario por parte de otros actores a expresarse adecuadamente en un medio técnicamente restringido y de garantizar, correlativamente, el derecho de la sociedad de recibir dicha información plural.

36) Que, por lo demás, la limitación cuantitativa de licencias establecida en la norma constituye una de las opciones que el legislador válidamente puede determinar dentro de sus facultades respecto de un contexto que, como se dijera precedentemente, responde a una realidad dinámica al encontrarse sujeto a cambios sociales, económicos y tecnológicos que pueden justificar su modificación. Estas variaciones pueden advertirse en las últimas regulaciones en la materia en las que el número máximo de licencias para explotar servicios de radiodifusión que se otorgaban a una persona física o jurídica osciló entre cuatro (artículo 43 de la ley 22.285) y veinticuatro (artículo 43 de la ley 22.285 según la modificación efectuada por decreto de necesidad y urgencia n° 1.005/99).

Más allá de este dato, no puede perderse de vista que, por lo menos hasta la reforma legal efectuada en el año 2005, como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal en Fallos: 326:3142, el régimen de multiplicidad previsto

excluía a determinados actores, por ejemplo, las organizaciones sin fines de lucro. De manera que, el actual régimen al incorporar a nuevos actores —universidades, pueblos originarios, etc.— debe distribuir las licencias que permiten utilizar dicho espectro finito teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el acceso de un universo de emisores que resulta más amplio que el anterior.

37) Que también cabe resolver las críticas atinentes al número máximo de licencias de servicios de radiodifusión con vínculo físico establecido en el orden nacional, así como al límite máximo del 35% de participación del mercado (artículo 45, inciso 1, apartado "c"). Desde una visión de conjunto, de integralidad del sistema, el tope de 24 licencias a nivel nacional habría sido fijado tomando como punto de inicio que los licenciatarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias, y que sólo dos grupos excedían de esa cantidad (confr. lo manifestado por el Estado Nacional en la audiencia pública del día 29 de agosto, fs. 4089 vta.). Además, se habría evaluado que con esas licencias, más las extensiones autorizadas, se podría alcanzar el 35 por ciento del mercado, lo que garantiza un grado suficiente de penetración comunicacional y de sustentabilidad económica (confr. punto 5.7. del recurso extraordinario del AFSCA y audiencia pública del 29 de agosto, fs. 4089 vta.). De tal manera, la limitación a la cantidad de licencias y del porcentaje de mercado se presentan como el corolario de una investigación en la que se hizo mérito de diversos factores relevantes, arribando a una conclusión que —con independencia de su

acierto o conveniencia– no conculca la garantía de razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional).

38) Que corresponde ahora evaluar el argumento dado por la cámara referido a la irrazonabilidad de la diferente regulación de las licencias de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción respecto de aquellas de servicios de televisión por suscripción sobre soporte físico.

Es doctrina reiterada de la Corte Suprema que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase o de ilegítima persecución (Fallos: 310:849; 330:855, entre muchos otros).

En idéntico sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma" sino solo aquélla que "carece de justificación objetiva y razonable" (conf. OC 17/02, del 28 de agosto de 2002). De ese modo se ha marcado la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos (conf. Caso Castañeda Gutman c/ México,

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008).

En el caso, aun cuando la televisión satelital y por cable brindan un servicio similar e integran un mismo mercado, lo hacen sobre la base de un distinto soporte técnico. El alcance de la señal satelital, por sus propias características, a diferencia del cable, no puede limitarse por zonas geográficas (confr. respuestas del Estado Nacional en la audiencia del 29 de agosto, fs. 4089 vta.). Esta circunstancia brinda un sustento objetivo que justifica la diferente regulación encarada por la norma.

39) Que tampoco se ha explicado ni demostrado que el precepto impugnado coloque en una posición de privilegio al servicio de comunicación audiovisual sobre soporte satelital por suscripción frente a quienes lo prestan por soporte físico, dado que el primero también se encuentra sujeto a limitaciones y restricciones —generales algunas, específicas otras— en materia de cuota de mercado, multiplicidad de licencias y señales de generación propia.

En efecto, por una parte, desde un punto de vista general y aplicable a *"…todos los servicios…"* (último párrafo del inc. 1°, del artículo 45), se impide a los titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital la posibilidad de brindar sus prestaciones a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda. De esta manera, el número máximo de abonados que podrá registrar el titular de una licencia de este tipo es idéntico al

que se establece para los prestadores del servicio de televisión por cable (confr. artículo 45 del decreto 1225/2010 y audiencia pública fs. 4089 vta.). Asimismo, los licenciatarios de televisión por suscripción (sea por cable o por satélite) no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la de generación propia (artículo 45, inciso 3°, ap. b). Por otra parte, el artículo 45, inc. 1°, ap. a, establece que el titular de una licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital por suscripción no podrá ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual. Esta disposición no resulta aplicable a los licenciatarios de servicios por televisión por cable quienes pueden brindar dicha prestación junto con alguna otra de las alcanzadas por la ley 26.522.

En síntesis, si bien es cierto que la norma otorga un diverso tratamiento a la televisión por suscripción satelital respecto de la televisión por suscripción por cable, tal decisión se encuentra justificada en las características técnicas propias que cada una presenta. Además, sujeta al primero a ciertas restricciones que impiden sostener que el distinto tratamiento otorgado a ambos servicios resulte discriminatorio, inequitativo o arbitrario.

40) Que tampoco son atendibles las objeciones formuladas a las restricciones establecidas en el artículo 45, apartado 2°, que limita ciertas configuraciones a la propiedad cruzada de medios de comunicación audiovisual en el ámbito local.

Tales limitaciones guardan una razonable correspondencia con el fin que esta disposición persigue de favorecer el pluralismo informativo en contextos en que, precisamente por su dimensión social y geográfica acotada, la superposición en la titularidad de medios compromete de un modo más grave la posibilidad de una real diversidad informativa. En efecto, la existencia de este peligro fue ilustrada en la audiencia tanto por el Estado Nacional como por el *amicus curiae* en representación de la Confederación Cooperativa de la República Argentina en cuanto expusieron que la propiedad cruzada de medios en este ámbito impide el pluralismo por dos razones.

En primer lugar, particularmente en lo que hace a la propiedad conjunta de un servicio de radiodifusión televisiva abierta y de uno por suscripción, porque lleva a concentrar los incentivos económicos de los medios de comunicación masiva (como ser, por ejemplo, publicidad y abono) lo que impide que sean económicamente sustentables distintos proyectos comunicacionales (conf. fs. 4091 vta. y 4059 vta.).

En segundo lugar, porque ciertas configuraciones de la propiedad cruzada en este ámbito favorecen la uniformidad informativa, lo que puede llevar a silenciar determinadas informaciones y, en consecuencia, a impedir que la población de una determinada jurisdicción esté adecuadamente informada de los asuntos locales, requisito indispensable para que pueda ejercer el necesario contralor democrático de las autoridades.

41) Que asimismo, un análisis conjunto de las restricciones al régimen de multiplicidad de licencias establecidas

a nivel nacional y local permite sostener que éstas buscan evitar la homogeneización en la información que llevaría tratar a toda la ciudadanía como constitutiva de una audiencia única que recibe, desde un centro emisor, y cualquiera sea su ubicación, un mismo contenido que desatiende las realidades locales propias del federalismo argentino, que deja de lado la necesaria diversidad de puntos de vista y que prescinde del interés de los distintos receptores ubicados a lo largo de todo el país.

En este punto es de particular relevancia que la prueba ofrecida y la exposición efectuada ante el Tribunal en la audiéncia pública por la actora sólo han demostrado que los límites impuestos no permitirían al Grupo Clarín operar en la escala económica por ella deseada. Sin embargo, no llevan a concluir que el régimen de multiplicidad resulte un impedimento para desarrollar un proyecto periodístico independiente y económicamente viable o que traiga aparejada la supresión de voces del mercado audiovisual (Fallos: 330:3908, disidencia del juez Maqueda, especialmente considerando 6°).

42) Que de la misma manera, la restricción en materia de señales de contenidos prevista en el inciso 3° del artículo 45 aparece fundada en la necesidad de establecer límites al grado de integración vertical que existe en el mercado de proveedores de señales y de los operadores de sistemas televisivos, y de evitar que se produzcan prácticas de exclusión entre los actores de ese mercado. Estos aspectos podrían poner en jaque la libertad de expresión y la pluralidad y diversidad por la que el Estado Nacional debe bregar conforme a los preceptos ya tántas veces mencionados.

Por otra parte, no es posible sostener, como se lo hace en la sentencia de cámara al receptar el agravio de la actora, que la disposición resulte inválida porque tenga el efecto de beneficiar a grandes grupos internacionales productores de contenidos. Esto, porque lo relevante a fin de examinar la validez de esta disposición es que esos grupos, al igual que cualquier productor local que decidiera explotar señales de contenidos, no operan, a diferencia de la actora, los servicios de radiodifusión que constituyen el principal canal por el cual las señales pueden llegar al público. En consecuencia, es evidente que quien produce señales y, a la vez, es titular del servicio que las distribuye goza de una ventaja comparativa respecto de quienes sólo son productores.

Resulta razonable que se establezcan límites a esa situación a los efectos de evitar que, a partir de dicha concentración, se configuren abusos que obsten a una información plural y diversa. Podrá sostenerse que existen formas más convenientes de conjurar este peligro, pero no cabe a esta Corte evaluar cual es la mejor solución al problema sino verificar si la decidida por el legislador es arbitraria o ilegítima, circunstancia que no se configura en el caso.

Aun cuando, por lo dicho, no parezca adecuado enfocar la cuestión desde el punto de vista de la nacionalidad de los productores de contenidos, lo cierto es que la ley 26.522 establece límites y condiciones destinadas a proteger y fomentar la diversidad y la producción artística y cultural nacional (artí-

culo 65 y ss.), por lo que no es posible admitir la tacha formulada por la cámara en este sentido.

Por último, tampoco respecto de este punto se han aportado al Tribunal elementos que le permitan concluir que las restricciones establecidas en la materia impliquen un riesgo cierto a la factibilidad económica del grupo actor u obstruya su derecho a expresarse libremente.

43) Que todo lo hasta aquí expresado lleva, dentro de los ya señalados límites para la revisión del ejercicio de facultades privativas de los otros poderes del Estado, a declarar que las disposiciones contenidas en los artículos 41 y 45 de la ley 26.522 son válidas y compatibles con los principios y garantías constitucionales y convencionales.

44) Que corresponde entonces analizar la constitucionalidad del artículo 48 en tanto establece que "el régimen (…) no podrá alegarse como derecho adquirido" y la del artículo 161 en razón de que obliga a la actora a desinvertir y a hacerlo en un plazo no mayor a un año.

El Estado se agravia de que la sentencia haya declarado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 48 por entender que importa la aplicación retroactiva de una norma que colisiona con el derecho de propiedad del grupo actor. Señala que el a quo adoptó ese temperamento porque inválidamente le confirió al conjunto de prerrogativas que surgen de las licencias un alcance equivalente al derecho real de dominio del ordenamiento civil cuando en esta materia se aplican los principios de derecho administrativo.

Por su parte, el grupo actor afirma que, independientemente del término fijado, el artículo 161 le impone adecuarse al nuevo régimen de multiplicidad de licencias mediante una desinversión forzosa lo que suprime su derecho de propiedad.

45) Que a los efectos de examinar este cuestionamiento procede afirmar que la Constitución Federal reconoce el derecho de todos los habitantes de la Nación de usar y disponer de su propiedad y establece como garantía de ese derecho su inviolabilidad (artículos 14 y 17). De tal manera, ésta asigna al término un concepto que excede el que resulta propio del derecho civil y, desde esta perspectiva, *la propiedad en sentido constitucional es más —y mucho más— que propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno a los derechos reales* (Germán Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Buenos Aires, Tomo II, p. 118).

46) Que desde el caso "Bourdieu" (Fallos: 145:307) en adelante, esta Corte Suprema ha reiterado que el término "propiedad" al que hace referencia la Constitución Nacional *comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y fuera de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.*

47) Que en ese mismo precedente, sobre la base de esta amplia definición, la Corte ha reconocido la existencia de *un derecho de propiedad respecto de los derechos que nacen de una delegación de la autoridad del Estado a favor de particulares como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.*

48) Que es con este alcance que la parte actora invoca en su demanda un derecho de propiedad sobre las siguientes licencias:

- 4 licencias de radiodifusión televisiva abierta (en la Ciudad de Buenos Aires —canal 13—, Córdoba —canal 12—, Bahía Blanca —canal 7— y Bariloche —canal 6—).

- 8 licencias de servicios de radiodifusión sonora en AM y en FM (en la Ciudad de Buenos Aires —AM 790 Radio Mitre y FM 99.9—, Córdoba —AM 810 Radio Mitre Córdoba y FM 102.9—, Bahía Blanca —FM 96.3—, San Miguel de Tucumán —FM 99.5—, Santa Fe —FM 99.3—, San Carlos de Bariloche —FM 92.1— y en Mendoza —FM 100.3—).

- 7 señales de contenidos (Canal Trece Satelital, Todo Noticias, Volver, Metro, Magazine, Quiero Música, TYC Sports).

- 180 licencias de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico a través de Cablevisión S.A.

- 36 licencias de servicios de radiodifusión por suscripción por uso del espectro radioeléctrico (UHF y MMDS).

49) Que resulta necesario destacar que las licencias de servicios de radiodifusión televisiva y de radiodifusión so-

nora en AM y en FM explotadas por el grupo económico actor se originan, en muchos casos, en la década de 1980, sin perjuicio de lo cual fueron renovadas o prorrogadas por resoluciones del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) o decretos del Poder Ejecutivo Nacional dictados en distintos períodos. Los últimos datan de los años **2006** y **2007**. En materia de radiodifusión televisiva, por ejemplo, por decreto 1540 de **1989** se concedió la licencia de la estación LS85 TV Canal 13 de la Ciudad de Buenos Aires, la que fue renovada por resolución COMFER 1326 en el año **2004**. Las restantes licencias datan del año **1982** (decretos 414 y 1702) y fueron prorrogadas por el COMFER en los años **1996**, **1999**, **2004** y **2006** (confr. resoluciones 1839/06, 953/99, 1326/04 y 1839/06).

En cuanto a las licencias de servicios de radiodifusión sonora, las frecuencias cuya titularidad esgrime fueron adjudicadas en **1983** (AM 790 Radio Mitre), **1999** (AM 810 —Córdoba—, FM 96.3 —Bahía Blanca—, FM 103.7 —San Miguel de Tucumán—, FM 99.3 -Santa Fe- y FM 100.3 -Mendoza-), **2003** (FM 92.1 —San Carlos de Bariloche—) y 2006 (FM 102.9 —Córdoba—). La licencia de AM 790 Radio Mitre fue prorrogada por el COMFER en **1998** (confr. resolución 1386/98).

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 527 del año **2005**, el presidente Néstor Kirchner, al suspender por diez (10) años los términos que estuvieren transcurriendo de las licencias de servicios de radiodifusión o sus prórrogas, extendió el plazo por el cual la actora explota las licencias antes señaladas. La validez de este decreto fue aprobada por resolución

del 18 de julio de **2007** por la Cámara de Diputados de la Nación y por resolución 288 del 28 de octubre de **2009** por la Cámara de Senadores de la Nación.

50) Que respecto de los servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, la actora señala en su demanda que opera a través de Cablevisión S.A. 180 licencias. También manifiesta que la explotación de esas licencias es consecuencia de distintas operaciones societarias (fusiones, disoluciones de sociedades, transferencias accionarias, reorganizaciones societarias, etc.) que celebró con sus titulares originales. El funcionamiento en estas condiciones fue informado al COMFER en diversos trámites administrativos, según resulta del informe del presidente del AFSCA obrante a fs. 171/233, del que se desprende que desde el año 1996 hasta el año 2006 se efectuaron presentaciones solicitando la autorización de distintas operaciones societarias llevadas adelante por el Grupo Clarín o por sociedades que luego fueron absorbidas por ese grupo (exptes. 1863/COMFER/98, 193/COMFER/02, 761/COMFER/05, 668/COMFER/96, 396/COMFER/98, 1998/COMFER/01, 2034/COMFER/01, 2035/COMFER/01, 411/COMFER/07, entre otros).

Es importante destacar que, desde que esas presentaciones fueron realizadas hasta el año 2009, las autoridades administrativas permitieron que la actora operara en estas condiciones sin expedirse respecto de las autorizaciones solicitadas. En efecto, al ser requerida al respecto en la audiencia celebrada el 29 de agosto del corriente año, la demandada no señaló que el COMFER o cualquier otra autoridad hubiera adoptado medidas concretas cuestionando esta operatoria (confr. fs. 4093). Es re-

ción en el año **2009** que el Interventor de ese organismo de control dictó la resolución 577 por la que se denegó la aprobación requerida por Cablevisión S.A. de la fusión por absorción en virtud de la cual dicha empresa absorbería a MULTICANAL S.A., DELTA CABLE S.A., TELEDIGITAL CABLE S.A., PAMPA TV S.A. y TELEVISORA LA PLATA S.A. Para fundar esa decisión se señaló que el otorgamiento de la autorización no resultaba compatible con el régimen regulatorio vigente y ordenó presentar a Cablevisión un plan de adecuación con el objeto de no continuar infringiendo el régimen de multiplicidad de licencias establecido por la ley 22.285. Según se afirmó en la audiencia, esta resolución se encuentra impugnada judicialmente (confr. fs. 4080/vta.).

51) Que tampoco es posible soslayar que, previamente al dictado de esa resolución, el Grupo Clarín sometió a consideración de la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia la operación de concentración económica a través de la cual adquirió una cantidad de acciones por las que resultaba titular del 60% de la empresa Cablevisión S.A. que, en la misma operación, había adquirido, entre otros, el 98,54% de las acciones de MULTICANAL S.A. En el año **2007**, el Secretario de Comercio Interior Guillermo Moreno, a través de la resolución 257, autorizó esa operación que consolidó bajo un mismo control a los dos principales grupos dedicados a la provisión de servicios de televisión pago (confr. punto 224 del dictamen 637 de la Comisión de Defensa de la Competencia que precedió a ese acto). Dicha aprobación fue subordinada al cumplimiento de una serie de compromisos ofrecidos por las sociedades involucradas. Posteriormente, mediante la resolución 113/10, el Ministro de Economía

declaró el cese de los efectos de esa aprobación por considerar que se encontraba incumplido el compromiso aceptado en la resolución 257/07. Esta resolución también se encuentra cuestionada judicialmente (confr. fs. 4081).

En el caso de estas licencias para prestar servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico, el decreto de necesidad y urgencia 527 del año **2005**, también suspendió por 10 años el transcurso de sus términos.

52) Que esta reseña permite advertir que, desde finales de los años ochenta y en más importante medida durante el período **2000-2007**, el Grupo Clarín obtuvo una posición en el mercado de las comunicaciones audiovisuales que fue convalidada por el Estado Nacional, que dictó una serie de actos que autorizaron al grupo a aumentar su tamaño y alcance. Así, le otorgó nuevas licencias hasta el año **2006**, también le renovó aquellas que expiraban y, en el año **2005** mediante el decreto 527, suspendió por diez años los términos de todos los plazos en curso. Además, en el año **2007** aprobó una operación de concentración económica que fortaleció a la actora en el mercado de la televisión por cable. Incluso le permitió operar una importante cantidad de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico sin que las autoridades administrativas pertinentes se hubiesen expedido respecto de las condiciones en que esa operatoria se llevaba adelante.

De igual modo es importante señalar que durante el período indicado no se habrían aplicado al Grupo Clarín, en lo que se refiere a su concentración económica o de licencias, san-

ciones por violación a las disposiciones de la ley 22.285 o la ley 25.156. Esto no sólo resultaría de las constancias de la causa sino que, además, se vio ratificado en la exposición de la representante del Estado Nacional en la audiencia el 29 de agosto, quien ante el requerimiento del Tribunal, sólo mencionó la presentación de denuncias mas no la existencia de sanciones concretas o la adopción de medidas relacionadas con la operatoria del grupo en el mercado (confr. fs. 4092 vta.).

53) Que resulta claro entonces que la conducta del Estado Nacional en la materia, desarrollada en forma continua y permanente por un lapso más que prolongado, llevó a la actora a presumir legítimamente la estabilidad de su situación jurídica.

El orden jurídico de la Nación, de acuerdo al objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Esta regla resulta aplicable, con mayor razón, en el marco de relaciones entre el Estado y los particulares y es coherente con los principios que limitan la arbitrariedad estatal, según los cuales las autoridades públicas no deben adoptar medidas que resulten contrarias a la razonable estabilidad de sus actos, y en función de las cuales los individuos han adoptado determinadas decisiones (confr. arg. Fallos: 308: 552 y 328:1108).

Por lo tanto, existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, como la actora, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económi-

cas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas.

54) Que el Tribunal ha dicho en reiteradas oportunidades que cuando bajo la vigencia de una ley se han cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y los requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisible su supresión por una ley posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad (Fallos: 296:737; 299:379; 306:1799 y 2092; 307:305 y 333:255).

También la Corte Interamericana ha considerado protegido por el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica a los derechos adquiridos, entendiendo por tales a los que han sido incorporados al patrimonio (causas "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador" el 21 de noviembre de 2007; "Salvador Chiriboga vs. Ecuador" el 6 de mayo de 2008 y "Abrill Alosilla y otros vs. Perú" el 4 de marzo de 2011).

55) Que, de las constancias de autos resulta que la actora ha explotado efectivamente las licencias desde que le fueran formalmente otorgadas y que para eso puso en funcionamiento un proyecto comunicacional con vistas al cumplimiento de las condiciones establecidas para el uso de aquéllas, realizó las inversiones necesarias a tal fin y amplió el servicio en la medida de lo permitido por el otorgante, de modo de lograr la satisfacción de la demanda del público. De esta forma, generó

una situación patrimonial consolidada, no susceptible de ser menoscabada ulteriormente.

56) Que en razón de lo expresado puede concluirse que tanto del otorgamiento y prórroga de las licencias reconocidas por el Estado Nacional a la demandante bajo el régimen de la ley de radiodifusión anterior, como de la conducta desplegada por la actora en consecuencia, se deriva con claridad la existencia de un derecho adquirido, entendido como aquél que ha sido definitivamente incorporado al patrimonio de una persona y, como tal, amparado plenamente por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 251:78; 306:249 y 328:2440). La entrada en vigencia del artículo 48 impacta directamente en el derecho adquirido del grupo actor.

Por esta razón, su posición difiere sustancialmente de la examinada por el Tribunal en Fallos: 326:3316 ("Miragaya") en los que sólo se estaba en presencia de una mera expectativa, es decir, de una facultad aún no ejercida, que por tal no puede ser alcanzada por la protección de un derecho adquirido. Criterio este que, incluso ha sido expresamente reconocido y aplicado en forma reciente por la AFSCA (confr. considerandos de las resoluciones 929/12 y 930/12).

57) Que, asimismo, el Tribunal ha decidido en forma reiterada que la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de leyes, por lo que el legislador o el juez, en sus respectivas esferas, podrán establecer o resolver que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya

existente. Pero en cada oportunidad en que se ha sentado dicho principio, esta Corte ha expresado que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la ley suprema (Fallos: 137:47; 151:103; 317:218; 320:2260 y 2599; 324:4404).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado que los derechos adquiridos constituyen uno de los fundamentos del principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes (causa "Abrill Alosilla y otros vs. Perú" del 4 de marzo de 2011).

58) Que en aplicación de este principio, el caso evidencia una situación consolidada a la luz de la ley 22.285 pues bajo esa reglamentación se otorgaron al grupo Clarín, por un plazo determinado, las licencias que se encuentran cuestionadas. El componente temporal resulta inescindible del acto de otorgamiento ya que, sin lugar a dudas, generó en el licenciatario no sólo el derecho a poseer la autorización, sino además el de explotarla por dicho lapso.

59) Que lo expuesto se relaciona directamente con la seguridad jurídica entendida por esta Corte como el principio que ordena el acatamiento de las normas que imperan en el estado de derecho, que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no sólo formal (confr. arg. Fallos: 243:465; 251:78; 317:218 y 325:2875). Este principio se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma —en el caso, la dicta— y luego la desconoce pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales (Fallos: 249:51; 294:220).

También en el derecho comparado se ha reconocido el principio de la seguridad jurídica como *la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad* (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 277/1998 del 29 de noviembre y sus citas).

Otra formulación para esta noción puede extraerse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, según la cual elementales consideraciones de justicia imponen la premisa constitucional de seguridad jurídica por la que los individuos deben tener la oportunidad de conocer la ley y conformar su conducta en forma previsible a su texto (511 U.S. 244, Landgraf vs. USI Film Prods.).

Así puede concluirse que la certeza *jurídica* resulta fundamental para entender el concepto de *imperio de la ley*. Por

esa razón, ha sido reconocida como principio general del derecho por la Corte Europea de Justicia al afirmar que es especialmente relevante cuando su desconocimiento puede causar consecuencias económicas (Halifax v. Customs and Excise Commissioner, C-255/02).

60) Que el respeto del plazo de otorgamiento de licencias permite cumplir adecuadamente con el mencionado principio. Es precisamente este valor el que es puesto en crisis cuando el Estado al contestar la demanda pretende sostener que las licencias audiovisuales constituyen el "*otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno pueden generar un derecho adquirido en cabeza del que detenta tal beneficio…*" (confr. fs. 515 vta). Esta posición se vio ratificada en la audiencia del 29 de agosto, cuando su representante ante un concreto requerimiento del Tribunal señaló: "*Efectivamente. Para el Estado la licencia es un privilegio no genera derechos adquiridos en término al mantenimiento de la misma*" (confr. fs. 4085 vta.).

En nuestra Constitución Federal, el constituyente ha mencionado la noción de privilegio en la cláusula del progreso al referirse a "concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (artículo 75, inc. 18). Sin embargo, aun en estos casos, se ha afirmado que, una vez reconocido el privilegio, integra el régimen legal que rige la actividad correspondiente durante el tiempo por el que ha sido otorgado, constituyendo un derecho del particular, que no puede ser revocado por el Estado por cuanto importaría una violación a la propiedad del beneficiario sin sentencia fundada en ley (Fallos: 188:469).

En una materia como la que aquí se debate, pretender asignar carácter precario a las licencias no sólo desconocería la pauta indicada sino que dejaría librados a sus titulares y, en consecuencia, a la totalidad de los medios de comunicación, al simple arbitrio de la autoridad administrativa de turno.

61) Que es por ello que la cuestión en examen no puede enfocarse exclusivamente desde un ángulo patrimonial. En el ámbito de la libertad de prensa se configura un derecho de propiedad a la luz de normas constitucionales que superan una visión iusprivatista o administrativista de la cuestión de autos, porque implica hilvanar ese derecho con el interés sustancial de la sociedad en su conjunto de mantener en el tiempo un sistema de medios robusto e independiente del poder político de momento.

Esta visión debe considerar —en cada caso puntual— la naturaleza, el objetivo y el uso de la propiedad por parte del medio. En efecto, la asignación de licencias de radiodifusión es una decisión que tiene un impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho de todos a expresarse libremente y el derecho del colectivo a recibir ideas y opiniones diversas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 5/85; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 112/12 caso 12.828 "Granier vs. Venezuela").

Si bien es claro que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración y de decidir sobre su renovación al finalizar los plazos respectivos, es importante considerar que, al asignar una frecuencia u otorgar una licencia, decide cuales son

las voces que el público podrá escuchar durante los años de vigencia de esas autorizaciones y se establecen las condiciones sobre las que se formulará el debate democrático en los medios de comunicación (confr. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado 5 D, punto 60).

Dada la trascendental importancia que reviste la asignación de una licencia, es evidente que tanto en el momento del otorgamiento como durante el plazo de su duración, estas autorizaciones deben estar rodeadas de las mayores garantías posibles pues, en definitiva, de esa forma se previenen intervenciones o restricciones al ejercicio de la libre expresión.

62) Que dentro de los resguardos que deben adoptarse con ese objetivo, se encuentra el relacionado, en lo que aquí interesa, con los plazos por los que se otorgan las licencias o concesiones, los que no sólo deben estar establecidos en una ley sino que, además deben ser respetados. La íntima relación entre el plazo de vigencia de las licencias y la posibilidad de ejercer efectivamente el derecho a la libre expresión ha sido puesta de manifiesto al sostenerse que pueden llegar a comprometerla la fijación de límites temporales excesivamente breves que dificulten que los medios comerciales puedan recuperar la inversión o llevar adelante un negocio rentable o que las radios sociales o comunitarias puedan llevar a cabo su proyecto comunicativo (confr. arg. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Liber-

tad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado 5 D, punto 71).

Atento a que el derecho a gestionar medios masivos de comunicación se encuentra revestido de las mismas garantías reforzadas que protegen a la libertad de expresión, el establecimiento de plazos razonables para la explotación otorga previsibilidad y certeza jurídica y económica a quienes deciden encarar un proyecto comunicacional, librándolos del condicionamiento que significaría una renovación por períodos breves que permitiría a las autoridades de turno adoptar medidas punitivas por el sólo hecho de difundir información.

63) Que, en consecuencia, las licencias deben estar sometidas a condiciones razonables y proporcionadas de uso. Sus plazos de duración no sólo tienen por objeto permitir la recuperación de la inversión y asegurar una rentabilidad para quienes las explotan, sino que también constituyen una verdadera garantía para evitar intromisiones arbitrarias o presiones indebidas sobre el medio y su línea editorial (confr. arg. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado H, puntos 114 y 115).

64) Que cualquier normativa que intente aplicarse a medios de comunicación, aun aquella que busque garantizar y promover el pluralismo y la diversidad, deberá siempre respetar los plazos de duración de las licencias en curso. Es fundamental para una sociedad democrática que la legislación que pretenda fo-

mentar la diversidad de voces y lograr la desconcentración de la propiedad de los medios de comunicación no termine confundiéndose con una medida destinada únicamente a castigar la línea editorial e informativa de uno o un conjunto de medios.

65) Que en ese sentido, el elemental principio jurídico de buena fe indica que nadie puede usar una norma para lograr un objetivo para el cual no fue diseñada. Esta noción —propia de la doctrina del abuso del derecho— ha sido erigida en principio general por la Corte Internacional de Justicia (Francia vs Noruega, Sentencia del 06 de Julio de 1957), y su carácter fundamental también ha sido reconocido en el derecho comunitario por la Corte Europea de Justicia (Emsland-Stärke, C-110/9 y Kofoed, C-321/05).

En clave constitucional argentina, su contenido surge del principio de razonabilidad, que al negar la posibilidad de desnaturalizar los derechos por vía de reglamentación, prohíbe al Estado utilizar su poder legislativo con el único propósito de dañar a un particular. El enunciado del artículo 28 de la Constitución veda de esa forma el intento de transformar el dictado de la ley —que en su naturaleza republicana debe ser general, abstracta, en esencia desinteresada— en un instrumento de abuso para ser aplicada a una situación puntual. Es así que el Congreso de la Nación, a diferencia de los jueces, tiene como objetivo fundamental el de elaborar normas generales y abstractas que han de regir las futuras conductas individuales (Fallos 310:1162, disidencia del juez Bacqué, considerando 8° y Fallos 328:2056 ("Simón"), voto del juez Maqueda).

Es desde esta perspectiva que las Constituciones modernas limitan el poder estatal para impedir que el abuso del derecho se transforme —en el ámbito del derecho público— en un abuso de poder negador de derechos adquiridos. Para conjurar este peligro ya hace más de 200 años que la Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió que *"una legislatura no puede violar (…) el derecho de propiedad privada pues hacerlo implica una herejía política absolutamente inadmisible en el marco de un gobierno republicano libre"* (Calder vs Bull, 3 U.S. 386).

66) Que en aplicación de estos principios resulta claro que el Congreso en ejercicio del poder legislativo puede regular o limitar derechos individuales con el objeto de promover la pluralidad de voces en el mercado audiovisual. Pero en ese tránsito debe ajustarse a los principios fundamentales de la organización constitucional, de manera que la reglamentación legal de los derechos no puede nunca desconocer las garantías individuales: *"la constitución contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta"* (El Federalista, n° 78).

En efecto, las declaraciones, derechos y garantías reconocidas en la primera parte de la Constitución Federal apuntan a crear una protección eficaz del particular contra el abuso de poder del Estado. No es posible, entonces, convalidar conductas que, bajo la apariencia de cumplir con mandatos constitucionales o convencionales, escondan un abuso de las competencias estatales asignadas y, en definitiva, desnaturalicen el fin o espíritu de la institución que se pretende hacer valer.

Desde esta perspectiva, el mandato constitucional de razonabilidad impone al Estado la prohibición de valerse de prácticas permitidas y expresamente previstas para desconocer los derechos reconocidos en la Constitución. Estos excesos o desvíos en la reglamentación de los derechos constitucionales constituyen un empleo arbitrario de la autoridad delegada por el pueblo en sus representantes.

67) Que en el caso concreto, ello significa que las normas constitucionales que autorizan la regulación estatal del mercado audiovisual definida en el considerando 30 no pueden entenderse como una facultad del Congreso para desconocer los derechos de los administrados. De admitirse esa posibilidad, el Estado lograría por vía elíptica —invocando la necesidad de asegurar la pluralidad de voces— afectar la garantía de la propiedad privada y de libertad de expresión establecida a favor de la actora.

68) Que es precisamente por encontrarse involucrado el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión que éste quedaría desnaturalizado si se admitiese que un conflicto

como el aquí planteado puede resolverse mediante el mero pago de una indemnización. Una medida que implica no respetar el término de duración de una licencia e interrumpe el desarrollo de un proyecto comunicacional produce una lesión al derecho a la libertad de expresión que ninguna reparación pecuniaria podría remediar eficaz e integralmente. En una sociedad democrática, el valor de una información no expresada no puede ser mensurado en términos económicos.

Por esta especial circunstancia es que no cabe aplicar al presente la tradicional jurisprudencia del Tribunal en materia de responsabilidad del Estado por actividad lícita. Tampoco corresponde asimilar la situación en examen a la suscitada en Fallos: 328:2654 ("El Jacarandá S.A."), pues en ese caso, la titular de la licencia nunca la había explotado ni realizado las inversiones imprescindibles para desarrollar su proyecto periodístico. Por lo tanto, en esa ocasión no se había interrumpido la prestación de un servicio de comunicación audiovisual en curso, de manera que pudiera entenderse comprometido el efectivo ejercicio de la libertad de expresión.

69) Que lo hasta aquí expresado no implica reconocer a los demandantes un derecho adquirido al mantenimiento ad infinitum del régimen legal pero sí a que se respeten los plazos de las licencias que el propio Estado Nacional le otorgó y renovó hace menos de una década. Máxime cuando no se ha alegado ni demostrado que corresponda adoptar otro criterio por encontrarse comprometida la buena recepción de las señales y la eficacia de las comunicaciones de la que depende la seguridad pública.

Cabe aclarar que la obligación del Estado de respetar los plazos de vigencia de las licencias que la actora legítimamente detente no libera al Grupo Clarín de ajustarse, con cada vencimiento que opere, a las condiciones establecidas por la ley en cuanto al régimen de multiplicidad. Así, en forma gradual y prospectiva, deberá acomodar sus licencias a los recaudos establecidos en la norma cuya constitucionalidad aquí se declara.

De esta forma, es posible compatibilizar la totalidad de los derechos que en el caso se encuentran involucrados, ya que la cuestión presenta una faceta netamente patrimonial pero también alcanza a las dos dimensiones que hacen al derecho a la libre expresión: el individual a utilizar los medios de comunicación para ejercerlo y, el de la sociedad a contar con medios de comunicación libres, independientes y plurales que le permitan acceder a la mayor y más diversa información.

70) Que el reconocimiento del derecho de la actora a conservar sus licencias por el plazo de su vigencia no sólo se erige en una verdadera garantía a la libertad de expresión sino que también da certeza y protección a todas aquellas voces que, merced a las disposiciones de la ley 26.522, se sumen al mapa de medios de comunicación en la República Argentina. En efecto, estos nuevos actores, en la medida en que sus licencias hayan sido regularmente obtenidas y ajusten su obrar a las disposiciones legales, podrán desarrollar sus proyectos comunicacionales por los plazos originariamente previstos, sin el temor a que posteriores regulaciones en la materia puedan suprimir su voz.

71) Que, a modo de conclusión, es necesario destacar que la decisión que aquí se adopta reconoce la potestad del Congreso Nacional de diseñar una nueva regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el país. No obstante ello, no se advierte que para lograr los objetivos perseguidos en la ley 26.522 resulte necesario aplicar excepcionales restricciones a los derechos individuales de la actora, máxime cuando uno de esos derechos es el que atañe a la libertad de expresión.

No concurren en el caso circunstancias excepcionales, extraordinarias o de emergencia, como las consideradas por esta Corte en otros precedentes, por las que sea imprescindible privar al demandante, en forma inmediata y antes de que operen sus vencimientos, de las licencias que le fueran legalmente otorgadas. Por el contrario, así como el grupo actor construyó, paulatinamente y hasta fecha muy reciente, su actual estructura sin que el Estado Nacional formulara objeciones, no parece irrazonable concluir que el ajuste al nuevo ordenamiento deba producirse también de manera gradual, pero inexorable, y respetando los plazos originalmente establecidos para explotar las licencias.

En este aspecto, el amplio consenso social y político que precedió al dictado de la ley en examen, que la demandada se ha encargado de señalar en reiteradas oportunidades, así como las medidas de implementación adoptadas por la autoridad de aplicación, garantizan que el período de transición señalado en nada afectará la inmediata concreción de un sistema de servicios audiovisuales caracterizado por una amplia diversidad y pluralidad de voces.

72) Que, en atención a la forma en que se resuelve, resulta inoficioso expedirse respecto del planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la ley 26.522 y del reclamo de indemnización por los daños y perjuicios efectuado por la actora.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se resuelve:

1.) Declarar, con el alcance indicado en los considerandos 22 y 23, procedentes las quejas deducidas por el Estado Nacional y por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, y formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por Cablevisión S.A. a fs. 3681/3701, el Grupo Clarín S.A. fs. 3703/3723, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual a fs. 3724/3745 y el Estado Nacional a fs. 3746/3766.

2.) Declarar, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 16, segunda parte de la ley 48, la constitucionalidad de los artículos 41 y 45 de la ley 26.522.

3.) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo y aclarar que, en consecuencia, la actora conserva las licencias que le fueron formalmente otorgadas por el término de su plazo de vigencia.

4.) Declarar inoficioso, en función de lo resuelto en el punto que antecede, pronunciarse acerca del planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de la ley 26.522 y del reclamo de

indemnización por los daños y perjuicios efectuado por la actora.

Costas de todas las instancias por su orden atento a la complejidad de la cuestión planteada y al modo en que se resuelve (artículo 68 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguense las quejas al expediente principal y devuélvanse.

JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

-//-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán en las consideraciones que siguen, doy por reproducidos los considerandos 1° a 15 del voto que encabeza este pronunciamiento.

16) Las normas de la Ley de servicios de Comunicación Audiovisual [LSCA] 26.522 que han sido puestas en cuestión (artículos 41, 45, 48 y 161) tienen, por el sólo hecho de su vigencia, diversos efectos sobre la actividad que llevan a cabo las empresas del Grupo Clarín, dos de los cuales han sido el objeto central de la demanda, a saber: [1] la limitación para vender las licencias de las que es titular, [2] el cese anticipado y la transferencia forzosa de licencias y [3] la imposibilidad de mantener al mismo tiempo las licencias antes mencionadas y la propiedad de sus señales de contenido.

El texto de las normas impugnadas es el siguiente:

ARTICULO 41. — 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.

ARTICULO 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) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

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 por ciento (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.

ARTICULO 48. — Prácticas de concentración indebida. Previo a la adjudicación de licencias o a la autorización para la cesión de acciones o cuotas partes, se deberá verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical u horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.

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.

Se considera incompatible la titularidad de licencias de distintas clases de servicios entre sí cuando no den cumplimiento a los límites establecidos en los artículos 45, 46 y concordantes.

ARTICULO 161. — 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 artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.

En su demanda, el Grupo Clarín, ha reclamado que estas disposiciones vulneran sus derechos de libertad de expresión y propiedad privada, en tanto tienen los efectos antes mencionados, es decir, la imposibilidad futura de transferir libremente sus licencias y el cese actual y anticipado de las licencias necesarias para adecuarse a los límites establecidos por la ley. Es verdad que las mismas cláusulas legales tendrían un tercer efecto, que no ha sido controvertido, cual es la imposibilidad para aumentar la escala de producción, es decir, incorporar más licencias y abonados, por encima del nivel que tenía el grupo económico al momento de sancionarse la ley 26.522. En tal sentido, es muy claro el siguiente pasaje del escrito de demanda, referido al artículo 45 de la ley: "Si esta norma se aplicara a

las licencias y señales adjudicadas o prorrogadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la LSCA, sería catastrófico para la sustentatibilidad operativa y económica del negocio, ya que la dinámica del desarrollo tecnológico, las fortísimas inversiones que exige, requieren una economía de escala y una integración vertical multimedia, pero se respetarían los derechos adquiridos de mis mandantes y una eventual revisión judicial de la norma, pasaría por otro lado." (fojas 78, el subrayado es añadido).

A partir de tales señalamientos, corresponde hacer una precisión. En esta causa, los tribunales han sido llamados a examinar *exclusivamente* la validez constitucional de la acción del Estado en tanto ella conduce, por un lado, a la imposibilidad de transferir licencias que habrían sido otorgadas en condiciones que sí permitían su venta y, por otro lado, a la obligación de cesar en el uso de licencias para operar medios de comunicación *que se encuentran en curso*, dentro del plazo legal de un año, sea como fuere que se lo compute.

20) El artículo 41 LSCA, es una norma que restringe los aspectos comerciales de las licencias, en la medida que recorta la posibilidad de transferirlas, sea mediante su cesión, sea mediante la transferencia del control societario de la firma licenciataria. Por consiguiente, la disposición no tiene incidencia sobre los contenidos que se emiten a través de los medios que los licenciatarios operan. Si bien se trata de una norma aplicable específicamente a los medios de comunicación, no ha demostrado la actora de qué manera incide en la comunicación de

contenidos, sea directamente, sea alterando el contacto entre la actora y sus audiencias. Por lo tanto, las restricciones que introduce a la libertad de comerciar deben ser examinadas bajo el criterio más amplio, según el cual, son constitucionalmente válidas aquellas leyes que limitan el derecho a comerciar si se demuestra que están fundadas en un interés legítimo del Estado y que la restricción sirve a ese interés.

En este marco, resulta legítimo el interés del EN por mantener en el ejercicio de las licencias a aquellas personas a quien se las ha otorgado por considerarlas aptas para ello, sea bajo el régimen anterior de la ley de facto 22.285 y sus modificatorias, sea bajo las condiciones establecidas en los artículos 21 y siguientes de la ley 26.522. Por lo demás, es un medio que sirve a ese fin el de establecer el carácter intransferible de las licencias, como principio, y la posibilidad de su transferencia, como excepción sujeta a determinadas condiciones. No merece objeciones el propósito de que la Autoridad Federal (AFSCA) aplique en la mayor medida posible los criterios establecidos en los artículos 21 y siguientes de la LM tanto para el otorgamiento de nuevas licencias como para la adquisición de licencias otorgadas bajo el régimen anterior.

Entonces, este interés del Estado justifica la aplicación del artículo 41 a la transferencia de licencias en curso del Grupo Clarín, otorgadas bajo el régimen anterior, más allá del derecho que el licenciatario pueda alegar a ser compensado por los daños y perjuicios derivados del cambio de régimen, para lo cual debería demostrar, además del daño, que la licencia le

fue otorgada expresamente bajo un régimen de libre transferencia.

Por último, el cuestionamiento fundado en el poder de selección arbitrario del EN para excluir a determinados candidatos a suceder al Grupo Clarín en el uso de sus licencias es, por cierto, conjetural y, además, insustancial. En efecto, no se advierte por qué la actora estaría en mejores condiciones para elegir quién habrá de continuarla en el uso de la licencia, tanto menos si se tiene en cuenta que una eventual selección arbitraria de AFSCA se encontraría expuesta a su revisión judicial, mientras que no sucede lo mismo con el criterio de la actora para seleccionar a su sucesor en el uso las licencias que decida transferir.

21) La demandante sostiene que resulta violatorio de su derecho de propiedad y de su libertad de expresión el efecto de los artículos 161 y 48 LSCA sobre las actividades que viene desarrollando hasta la fecha, en ejercicio de las licencias para operar medios de comunicación de diverso tipo -radios, televisión abierta y televisión por suscripción-, así como para explotar los registros de señales que le pertenecen. La disposición que establece de manera directa este impedimento es el artículo 161, el cual resultaría inconstitucional por: 1) implementar la aplicación de normas irrazonables (artículo 45); 2) desapoderar a la actora de sus activos sin seguir el procedimiento de expropiación y 3) por constituir un ataque que busca coartar su libertad de expresión como reacción contra su línea editorial crítica al gobierno.

A su turno, las demandadas, el Estado Nacional y la Autoridad Federal (AFSCA), se han opuesto a tales argumentos en el entendimiento de que: 1) el artículo 45 es razonable, puesto que introduce reglas cuyo cumplimiento redundará en una mayor competencia, reduciendo así el poder de mercado que actualmente ejerce el Grupo Clarín y ello conducirá a su vez a una mayor pluralidad y diversidad en el sistema de medios; 2) la actora no tiene derechos de propiedad sobre las licencias y 3) la ley no restringe la libertad de expresión, sino que, por el contrario, la expande al procurar una mayor diversidad y pluralidad mediante la remoción de posiciones monopólicas u oligopólicas, como la del Grupo Clarín, que en sí mismas constituyen un obstáculo para el pleno acceso a la libertad de expresión.

Una de las dificultades más pertinaces que ha tenido el debate en esta causa, ha sido la confusión entre los diferentes planos en que deben examinarse estas disposiciones. El primero de ellos se vincula con la validez constitucional del sistema de límites creado por el artículo 45 LM y el segundo con la validez del modo que la LSCA dispone para su puesta en funcionamiento, en ambos casos desde la perspectiva de los derechos de la parte actora. Por las razones que daré, estimo que el esquema de limitaciones del artículo 45 LM es válido, hasta donde puede ser ello decidido en esta causa, pero que las reglas adoptadas para hacerlo realidad no superan un examen estricto de constitucionalidad.

22) El artículo 45 LSCA, contiene disposiciones que establecen restricciones a la actividad de los medios de comunicación que no están fundadas en el contenido de sus emisiones,

sino en su capacidad de producción y en la intensidad de su poder de mercado, tomando en cuenta: a) la integración horizontal (cantidad de licencias para el mismo servicio); b) la integración vertical (la acumulación de licencias para distintos servicios de comunicación correspondientes a diferentes etapas del mismo proceso productivo) y c) la integración de conglomerado (acumulación de licencias para distintos servicios de comunicación que no pertenecen al mismo proceso productivo). El propósito inmediato del artículo en cuestión es el de modificar la estructura actual del mercado de medios de comunicación, sustituyéndola por otra en la que los participantes tengan menores dimensiones y menor poder de mercado, lo cual tendría que provocar la entrada de nuevos participantes que competirían con los ya existentes. Una vez alcanzada esta nueva estructura de mercado, el objetivo estaría puesto en evitar que se repita el estado de cosas previo, es decir, que alguna o algunas empresas de medios alcancen dimensiones que excedan los límites establecidos en el artículo 45 LM. El propósito mediato del artículo 45 es el de introducir mayor diversidad, pluralidad y respeto por lo local en los servicios de comunicación audiovisual, lo cual sería consecuencia de la competencia más intensa que tendría lugar luego de la reorganización del mercado.

Como se adelantó, el esquema sustantivo previsto en el artículo 45 LM, en sus propios términos, no altera de manera expresa el derecho a la libre expresión de ideas garantizado en la Constitución. En primer lugar, porque las prohibiciones y restricciones que introduce no se fundan en el contenido de la información que se transmite a través de los servicios de comu-

nicación alcanzados por la ley, o sea que tales normas no se tornan operativas en función de la exposición de cierto tipo de opinión o idea, sino que alcanzan a cualquier medio de comunicación, con independencia de cuál o cuáles sean los contenidos que transmiten. En segundo término, porque los fines legislativos son pertinentes desde el punto de vista constitucional: promoción de la competencia de mercado, la defensa del consumidor y mayor diversidad y pluralidad en servicios de comunicación.

De todos modos, aún cuando las restricciones del artículo 45 LM no se funden en el contenido de los servicios de comunicación, no pierden por eso el carácter de tales, es decir, de restricciones a la libertad de expresión y de información. En este sentido, es indiscutible que el cumplimiento de las limitaciones contenidas en el artículo 45 implicará la imposibilidad de la comunicación entre los servicios de comunicación que actualmente operan las empresas actoras y un número considerable de audiencias que no podrán tener acceso a ellos. De modo tal que, si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos.

En este sentido, un punto problemático radica en que dicho artículo 45 no se limita a establecer de manera general la posibilidad de fijar por vía reglamentaria ciertos máximos en la cantidad de abonados que puede tener un operador de televisión

por suscripción, o a la cantidad de licencias que puede explotar. En cuanto a este tipo de limitaciones, el artículo 45 va más allá y establece exactamente cuáles son los máximos a nivel nacional, sea en participación de mercado (p.e. 35% del total de abonados), o en el número de licencias (p.e. 24, para servicios por suscripción) y ellos operan de manera simultánea con las prohibiciones cruzadas y las limitaciones a nivel local. Este aspecto de las disposiciones puede hacerlas más vulnerables a los ataques fundados en que restringen la libertad de expresión más allá de lo necesario para alcanzar sus fines. Este cuestionamiento debe desdoblarse según se refiera al efecto que esas barreras tengan una vez vigente la nueva estructura, o aluda al efecto que ella tenga sobre la estructura actual de medios. En el primer sentido, la consideración judicial de ese tipo de exceso es claramente prematura; en cuanto al segundo aspecto, el de sus efectos actuales, el tema no concierne al artículo 45 en sí mismo, sino al procedimiento elegido por el Congreso para implementarlo y, por ello, será atendido al examinar la validez constitucional del artículo 161 LSCA.

Por último, es cierto que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión confeccionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera sospechosas todas aquellas reglas antimonopólicas que rigen solamente para la industria de los medios de comunicación (Principio 12) y que dicha actitud tiene su razón de ser, puesto que ese trato diferencial puede encubrir o facilitar prácticas en contra de aquellas empresas que sostengan programas de contenido crítico hacia el gobierno. Sin embargo, el sólo hecho de que el Congreso haya des-

oído esta recomendación no torna inconstitucional la ley que ha dictado en consecuencia, en especial si se tiene en cuenta que la Declaración de Principios no es uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución. De todos modos, como se verá a continuación, la advertencia de la Comisión será tenida en cuenta, una vez más, al juzgar sobre la validez de las reglas establecidas en la ley para hacer efectivo el artículo 45.

23) Con carácter preliminar debe ponerse de resalto que las cuestiones concernientes a la implementación de la LSCA están presentes en la litis que debe ser fallada. Más aún, el punto central debatido en el pleito, como se ha dejado en claro precedentemente, gira en torno al impedimento que tiene la actora para mantener la titularidad de aquellas licencias que debería transferir a terceros para adecuarse a los límites establecidos en la LSCA. Esta obligación surgiría del artículo 161 LSCA, en conjunto con el artículo 48 LSCA. En otras palabras: la vulneración de derechos constitucionales alegada por la actora sería producto de las disposiciones que gobiernan el proceso de implementación de la ley (artículos 48 y 161), en la medida que ellas imponen el cese de sus licencias en curso para operar medios de comunicación, a cuyo amparo se ejercita el derecho a expresar ideas y opiniones.

24) Como se adelantó, el camino elegido para transitar desde el estado de cosas actual hacia el de la plena operatividad del nuevo sistema de medios no se mueve siempre dentro de la Constitución, una de cuyas funciones primordiales es limitar las vías por medio de las cuales las autoridades han de pro-

curar el bienestar general. Aún cuando, por ejemplo, la indiferencia o el desconocimiento de ciertos derechos pueda servir de atajo para alcanzar un fin deseable, la Constitución prohíbe métodos así de expeditivos y pone en su lugar procedimientos más parsimoniosos tales como el debido proceso judicial, el proceso de expropiación o el proceso legislativo, conocido como reserva de ley. Para la Constitución, no siempre es verdad que cuanto más rápido y directo, mejor.

El artículo 161 LSCA impone el cese de actividades de comunicación audiovisual en todos los mercados *simultáneamente*, es decir, pretende la concreción a un tiempo de todas las limitaciones establecidas por el artículo 45. En un mismo acto las empresas demandantes deberían retirarse de actividades que actualmente llevan a cabo en radio, televisión abierta, televisión por suscripción, registro de señales, tanto a nivel nacional como local.

Dos problemas de relevancia aparecen cuando se pasa de las normas sustantivas a su *implementación*. Uno de ellos se relaciona con los derechos de quienes, al momento en que fue sancionada la ley, eran titulares de un número de licencias o suscripciones que superaba los límites establecidos en el artículo 45 y que se verían obligados a ceder a terceros las licencias excedentes. Según el artículo 48, segundo párrafo, los licenciatarios no cuentan con tales derechos adquiridos a realizar la actividad por todo el plazo de la licencia. El otro problema, el principal a mi juicio, radica en el carácter restrictivo de la libertad de expresión —entendida en sus dos dimensiones, in-

dividual y social— que resulta de la cancelación anticipada de licencias para operar el correspondiente medio de comunicación y que está supuesta en la obligación de "adecuación" que crea el artículo 161 LSCA. Esta medida no sólo es una restricción para propalar la línea editorial de quienes se expresan a través de los medios del Grupo Clarín (dimensión individual de la libertad de expresión), sino también para el público de acceder a dichos contenidos (dimensión social)[55]. El artículo 161 no contempla ninguna flexibilidad para evitar estas situaciones.

---

[55] "Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, parágrafo 30; el subrayado es añadido). Este mismo concepto fue reiterado por la Corte Interamericana en el caso "Ivcher Bronstein Vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, parágrafo 146, donde, además, expresó: "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimen-

25) El punto a resolver es, entonces, si la cancelación por el gobierno de licencias para la operación de medios de comunicación, fundada en razones de oportunidad o conveniencia, lo cual es el presupuesto para la operatividad del artículo 161 LSCA, altera la libertad de expresión. La respuesta es, a mi entender, afirmativa, es decir, que dichas cancelaciones restringen la libertad de expresión que se ejercita a través de los medios de comunicación que opera actualmente la parte actora, que dicha restricción no ha sido válidamente justificada por las demandadas y que, por consiguiente, ella no puede ser convalidada judicialmente. En cuanto a los derechos económicos derivados de la licencias, también pueden ellos resultar afectados, aunque, como se verá, es prematuro pronunciarse en esta causa al respecto.

26) La consideración que se acaba de hacer sobre el cese anticipado de licencias de medios de comunicación, en el caso se ve fortalecida por una serie de circunstancias singulares: se trata de una ley especial, el régimen fue aprobado en un contexto de una relación intensamente conflictiva entre el gobierno y las empresas demandantes y, finalmente, el cese compulsivo de licencias no contempla sus efectos sobre las personas que integran las audiencias de los medios afectados.

27) El primero de los puntos mencionados se vincula con el hecho de que dicho cese no es el efecto incidental o co-

---

sión social...". Y agregó: "Estas dos dimensiones deben garantizarse en forma simultánea." (Loc. cit.)

lateral de una regulación general aplicable a todas las industrias, como podría serlo, por ejemplo las contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia, 25.156. Se trata por el contrario de la implementación de un régimen que es aplicable solamente a los medios de comunicación, lo cual, como ya he dicho se aparta de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (Principio 12), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este principio, si bien ha sido interpretado por la Relatoría Especial, en un sentido que no excluye por completo la posibilidad de normas especiales, éstas serían admisibles "particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas" y con la advertencia de que "los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como *propósito y efecto* la restricción de la libertad de expresión". Por último, la Relatoría Especial, en este documento, recomienda la adopción de medidas que impidan "las prácticas monopólicas y oligopólicas" derivadas de la concentración de los medios de comunicación[56]. El sistema de implementación de la ley mediante cancelación de licencias y suscripciones no se pone a salvo de la desaprobación contenida en el Principio 12, pues no se limita a la asignación de frecuencias radioeléctricas (alcanza a medios que no usan frecuencias radioeléctricas, como la televisión por cable), ni a las prácticas anticompetitivas (la cancelación de licencias no está conectada con la imputación de prácticas anticompetitivas, sino, en todo caso, con la estructura del mercado)

[56] Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Año 2004, Capítulo V, parágrafo 94 y apartado D, "Conclusiones".

y, como se ha visto, tiene como efecto la restricción de la libertad de expresión.

28) Lo referido en el párrafo precedente cobra singular relevancia si se tiene en cuenta la otra circunstancia de contexto: que se trata la LSCA de un régimen legal que se sancionó en el marco de una profunda tensión y enfrentamiento entre las empresas demandantes y el gobierno. Tal situación no sólo ha sido de público y notorio conocimiento, sino que ha quedado registrada tanto en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley[57], como en los Informes producidos por la Relatoría Especial sobre los años 2009[58], 2010[59] y 2011[60].

29) Otro elemento de juicio que viene a confirmar el efecto restrictivo de la libertad expresión que se deriva del

---

[57] Cámara de Diputados, Reunión No. 10. Sesión Ordinaria celebrada el 16/09/2009, intervenciones de los diputados Bonasso, de Marchi, Torfe, Cusinato. Cámara de Senadores, 13° Reunión, 2da. Sesión Especial, 9 y 10 de octubre de 2009, intervenciones de los senadores Estenssoro, Pinchetti de Sierra Morales, Castillo, Morales, Escudero.

[58] Parágrafos 28 y 29.

[59] Parágrafos 30 y 32. En este último, la Relatoría Especial expresó: "La existencia de un contexto de confrontación extrema, en el cual se producen descalificaciones y estigmatizaciones constantes, genera un clima que impide una deliberación razonable y plural sobre todos los asuntos públicos".

[60] Parágrafo 23.

proceso de implementación de la LSCA es el que ha sido puesto de resalto por el ministro decano de esta Corte al emitir su voto. En efecto, el juez Fayt ha señalado con total acierto que el cese compulsivo de licencias del Grupo Clarín se desentiende por completo del efecto que tiene sobre los derechos de las personas que integran la audiencia de las actividades de comunicación de que se trate, en especial cuando ellas han celebrado un contrato para acceder a las prestaciones audiovisuales, como es el caso de la televisión por cable. El derecho de las personas a acceder a los contenidos que circulan a través de los medios que explota la parte actora conforma, como se ha visto, la "dimensión social" de la libertad de expresión, en los términos de la CIDH.

Por otra parte, el carácter simultáneo del cese de actividades por parte de las empresas actoras a nivel nacional —p.e. reducción en el número total de abonados y de licencias— tiene efectos en el plano individual y local que no necesariamente son asimilables a los nacionales: la retirada de una localidad o la cancelación de una suscripción, tiene un efecto restrictivo sobre la audiencia, grupal e individual, desde el punto de vista de sus derechos de acceso a la información, que no se ven compensados con el hecho de que el grupo empresario pueda seguir otorgando sus prestaciones a otras localidades y personas. La configuración o no de una restricción en los derechos a expresarse e informarse no depende del efecto global neto de las normas, sino de su efecto singular sobre la situación de las personas y grupos; la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, individual y social, no es un valor agregativo cuyo saldo final pueda establecerse sumando magnitudes negativas y posi-

tivas. Cada vulneración debe ser considerada en sí misma y, en su caso, ser prevenida o reparada.

30) Por tales consideraciones, estimo que el cese compulsivo de licencias que está en la base del artículo 161 LSCA resulta una grave restricción a los derechos de la parte actora y al ejercicio de la libertad de expresión que se ejercita en el marco de dichas licencias. Las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales, a menos que quien las defienda demuestre que ellas sirven a un fin estatal imposterga ble que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva.

La exigibilidad de un estándar así de estricto para restricciones directas a la libertad de expresión (no las que son el efecto meramente incidental o colateral de regulación con otro propósito) resulta no sólo de la relevancia que tiene este derecho en la Constitución (artículos 14 y 32), tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corte, sino que también ha sido puesta en práctica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en 1984, al emitir su Opinión Consultiva 5 y luego al fallar los casos *"La Última Tentación de Cristo"*[61] e *"Ivcher Bronstein"*[62]. En el primero de los pronunciamientos citados, la Corte Interamericana señaló que, aún cuando los fines de

[61] "'La Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile", sentencia del 5 de febrero de 2001.

[62] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001.

la legislación que introduce restricciones a la libertad de expresión fuesen legítimos, ellas "deben ser las **'necesarias para asegurar'** la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea **útil (supra 46)** para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser **necesaria**, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención" (Parágrafo 79. El énfasis es original).

31) Sin embargo, el Estado Nacional no ha cumplido con esta carga. En su lugar, ha dicho que las normas no violan la libertad de expresión sino que la garantizan más y mejor, en cuanto con ellas el Estado argentino propende a garantizar el "pluralismo informativo" y, a través de él la dimensión social del derecho a la información.

Una de las presentaciones de este argumento ha sido que no puede considerarse restrictiva de la libertad de expresión una ley que busca expandirla. Sin embargo, para su adecuado tratamiento, es preciso reemplazar esta formulación, ciertamente especiosa, por otra que expresa la misma idea, pero con mayor transparencia y sinceridad. Es la que utilizó en la audiencia el amigo del tribunal Víctor Abramovich, quien, en nombre de la Universidad de Lanús y en defensa del artículo 45 LSCA, expresó: "...la libertad de expresión está en los dos extremos de la ecuación. Puede resultar restringida, pero en pos de garantizar una ampliación de los espacios de expresión y de participación" (fojas 4055 vta.). Aún cuando, como se ha visto, esta línea de razonamiento puede dar lugar a una justificación *prima facie* del

artículo 45 LSCA, en cuanto a los desarrollos futuros del mercado audiovisual, no sirve para convalidar el cercenamiento de actividades mediante las cuales se concreta actualmente la libertad de expresión.

En tal sentido, debe recordarse que, cualquiera sean los méritos teóricos de una opinión semejante, ella no refleja los criterios aceptados en nuestro derecho constitucional y en el sistema interamericano para admitir la validez de restricciones a la libertad de expresión. Al respecto, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 5/84, ha dicho: "Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto." (Parágrafo 77). También ha puntualizado que "ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención"[63].

Pero aún si, a favor del argumento, se admitiese un criterio como el propuesto, no sería en absoluto procedente convalidar una restricción a la libertad de expresión, como la que se deriva de la decisión estatal de cancelar licencias en curso,

[63] "La Última Tentación de Cristo" cit., parágrafo 67. También, "Ivcher Bronstein" cit, parágrafo 146.

sobre la base de una presunción general, no demostrada en relación con cada una de ellas, de que constituyen un obstáculo para la pluralidad y la diversidad en el área respectiva, de modo que su remoción vendría a ser un medio necesario para alcanzar el propósito de hacer efectivos esos valores.

32) También ha insistido la parte demandada en que las licencias no dan lugar a derechos adquiridos sino a meras autorizaciones o privilegios temporales a favor del licenciatario (fojas 515/516, entre otras) para realizar una actividad sometida a una relación de sujeción especial que no genera derecho a la intangibilidad de esa situación jurídica (fojas 574 vta., entre otras), siendo el Estado Nacional, en sentido estricto, único y exclusivo propietario de los servicios de comunicación audiovisual (fojas 575 vta.). Con ello sugieren que las licencias pueden ser revocadas discrecionalmente por la autoridad competente. Esta posición fue incluso mantenida en la audiencia convocada por esta Corte, según se desprenden de las respuestas que lucen en la versión taquigráfica a partir de fs. 4085. De adverso a lo postulado en defensa del artículo 161 LSCA, considero que el Estado no cuenta con facultades discrecionales para cancelar anticipadamente las licencias de medios de comunicación que se encuentran operativos.

33) Tal como lo puso de resalto el juez de primera instancia, la cancelación anticipada de que se trata, impuesta por el artículo 161 de la ley 26.522, no respondería a razones de legitimidad, sino a motivos de oportunidad o conveniencia, más precisamente, al propósito de reestructurar el actual mercado de medios de comunicación audiovisual, adecuándolo al diseño

contenido en el artículo 45 de la ley 26.522. Esta conclusión se impone si se tiene en cuenta que la obligación de transferir la cantidad de licencias que excedan los nuevos límites legales no tiene el carácter de sanción o nulidad, ni está precedida de un procedimiento que asegure al licenciatario el derecho de defensa. Se trata sólo de procurar una reducción cuantitativa del conjunto de licencias acumuladas por un mismo titular, del que éste puede incluso elegir cuáles serán las licencias de que se desprenderá.

De todos modos, es inapropiada la asimilación —que también hizo el juez, siguiendo la postura de la parte demandada— entre las licencias para realizar actividades de comunicación audiovisual, como las que titulariza el Grupo Clarín, y las concesiones de servicios públicos o cualquier otro acto en que la administración delega en particulares la realización de un cometido propio. En este último campo, es quizás razonable reconocer en el Estado potestades para adecuar la prestación de los servicios o la utilización de los bienes del dominio público a lo que resulte más conveniente al interés general y, en esa medida, admitir que los particulares no pueden asumir dichos cometidos a menos que les sean puntualmente encomendados por la autoridad competente. Nada similar sucede en el ámbito de las libertades básicas reconocidas por la Constitución, donde rige el criterio inverso según el cual su ejercicio no es en absoluto un privilegio o concesión del Estado, sino un derecho propio y ori-

ginario de todas las personas[64]. En síntesis, asimilar el ejercicio del derecho a expresarse y comunicar ideas a la prestación de un servicio público invierte la dinámica básica de las libertades constitucionales: no es lo mismo una libertad sujeta a restricciones o regulaciones que una prohibición sujeta a concesiones o privilegios. En los términos del artículo 28 de la Constitución, lo primero es una reglamentación, lo segundo una *alteración* de los derechos.

Por supuesto que esta consideración debe ser modulada según se trate de servicios que se sirven del espectro radioeléctrico —que no es un bien susceptible de apropiación privada— y servicios que no lo hacen, puesto que los primeros requieren una "mayor reglamentación" por razón de la "naturaleza reducida del medio", según lo ha puesto de manifiesto esta Corte en diversos precedentes (Fallos: 322:2750, 2754; y 327:4969, 4973).

Sin embargo, en ellos se mencionó al espectro de frecuencias radioeléctricas como un "medio de expresión". La conexión entre los derechos derivados de las licencias para operar medios de comunicación y la libertad de expresión fue afirmada con mayor claridad en el precedente de Fallos: 326:3142 "Asociación Mutual Carlos Mujica v. Poder Ejecutivo Nacional - COMFER", resuelta el 1° de setiembre de 2003. En ese pronunciamiento, el Tribunal consignó que, aún cuando las comunicaciones a través del espectro radioeléctrico admitan una reglamentación estatal

[64] Tampoco la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la asimilación con el servicio público (Opinión Consultiva 5/84, parágrafo 71).

más intensa, ella "no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo" (el subrayado es añadido).

Debe aclararse, entonces, que el espectro radioeléctrico tampoco es susceptible de apropiación estatal, en el sentido de que el Estado no puede erigirse en su dueño o propietario para sujetar la libertad de expresión a concesiones otorgadas de acuerdo con su propio criterio de oportunidad que tiene la discreción de revocar cuando lo estima oportuno para alcanzar sus fines. La autoridad actúa tan sólo como un administrador cuyo cometido es el de coordinar el uso del espectro por quienes son titulares del derecho a expresarse libremente con el propósito de que su aprovechamiento sea lo más equitativo posible. Esto es lo que se desprende de una recta lectura de la misma LSCA, en especial de sus artículos 3°, inciso 1° y 7°.

34) Las consideraciones precedentes permiten comprender con mayor definición el motivo por el cual la validez constitucional del artículo 45 LSCA no se transmite mecánicamente a las vías trazadas en los artículos 161 y 48 LSCA para su implementación. Si bien el Estado tiene amplias facultades para establecer y revisar, con la frecuencia que encuentre conveniente, las reglas generales bajo las cuales se desarrolla la industria de los medios de comunicación y se organiza el mercado respecti-

vo, no cuenta con la misma amplitud de facultades para interferir en la actividad individual y concreta de tales medios, en especial cuando dicha interferencia se traduce en el impedimento para continuar con la comunicación entre esos medios y las personas que integran sus audiencias. No es preciso hacer un gran esfuerzo para comprender que si la misma amplitud de poderes que tiene el gobierno para fijar y reformar políticas públicas se traslada a la posibilidad de retirar licencias a los medios, poco quedaría de las garantías que es preciso acordarles a éstos para que puedan desplegar una actividad que sea incluso duramente crítica para con las autoridades. Uno de los componentes básicos de la libertad de expresión, aunque no el único, consiste, precisamente, en esta barrera predispuesta contra el avance gubernamental.

A menor eficacia de tales protecciones predispuestas, mayor el poder de amenaza del gobierno sobre los medios de comunicación, poder que es letal para la libre y pública expresión de opiniones. El punto es la autocensura. Por este motivo, la garantía constitucional de la libertad de expresión sólo tiene eficacia si incluye una contención de ese poder que se encuentre a disposición de las personas afectadas. *Dentro de esos límites*, el poder estatal puede ser ejercido para crear regulaciones favorables a una expansión de la libertad de expresión, de la diversidad y pluralidad con que ésta se cumple. Para utilizar términos que estuvieron presentes en la audiencia pública convocada por esta Corte, es ciertamente posible que el Estado se comporte como un amigo de la libertad de expresión, pero ello será probable siempre y cuando se vea constreñido a mantenerse

dentro de los límites que marcan los buenos modos. Uno de estos últimos consiste en que las autoridades se abstengan de alterar la protección que representa el derecho, derivado de la licencia, a operar un medio de comunicación durante el plazo de su vigencia.

35) En función de las consideraciones anteriores, debe concluirse que la parte actora tiene derecho a continuar con el uso de sus licencias y señales de contenidos, pues cuenta con protección constitucional para ello y en esa medida este pronunciamiento es contrario a la validez de los artículos 48 y 161 LSCA. Ello con las aclaraciones que siguen.

Cuando se trata de medios de comunicación que se sirven del espectro radioeléctrico, el Estado cuenta, en este campo, con amplias facultades para regular el uso del espectro, que es un bien público y no integra la propiedad privada del licenciatario. De todos modos, la revocación anticipada de una licencia de comunicación en curso, por motivos de oportunidad o conveniencia, vulnera el derecho a la libertad de expresión, *salvo que el titular de la licencia cuente en esa área con otra licencia para un servicio de comunicación del mismo tipo que le asegure la posibilidad de ejercer su libertad de expresión.* La eventual procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, deberá ser demostrada y decidida en cada caso. En nada se oponen a este criterio los precedentes de Fallos: 326:3316 y 328:2654, puesto que tanto en uno como en el otro, la licenciataria nunca había llegado a explotar la licencia otorgada y posteriormente revocada (Fallos: 326:3316, considerando 9°

y 328:2654, considerando 10), de modo que su cancelación no tuvo como efecto interrumpir el ejercicio de la comunicación entre los medios y sus audiencias

En el segundo supuesto, cuando se trata de licencias para operar medios de comunicación que no se apoyan en el espectro radioeléctrico, el impedimento estatal para el ejercicio de una licencia *en curso* es inválida, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión. En este terreno la ejecución del esquema contenido en el artículo 45 de la ley 26.522 deberá esperar al vencimiento de cada una de las licencias ya otorgadas o, en todo caso, su cancelación por motivos atribuibles al licenciatario. En la medida que no puede haber en este terreno revocación anticipada de licencias, tampoco es posible que se verifique daño alguno a la propiedad privada.

Nada de lo dicho obsta a que las autoridades resuelvan el cese o revocación atribuibles al licenciatario con carácter de sanción por comportamientos irregulares, como puede serlo la realización de prácticas anticompetitivas que impliquen abuso del poder de mercado, colusiones anticompetitivas, o en general cualquier *práctica* anticompetitiva. Tampoco implica convalidar las deficiencias que puedan presentar las licencias que actualmente explotan las empresas demandantes, puesto que las consideraciones precedentes se refieren exclusivamente a la cancelación de licencias que resulta del texto del artículo 161 LSCA que, como se dijo, responde a razones de oportunidad y conveniencia.

En lo concerniente a las señales propiedad de la parte actora, la obligación de transferir su titularidad deberá es-

tar sujeta a la demostración concreta de que ellas constituyen un obstáculo para la producción independiente de señales en competencia o que, de existir ellas, se ha verificado la negativa de transportar tales señales por parte de las demandantes. En todo caso deberá ajustarse la solución al problema que efectivamente se intente remediar: si se trata de un problema de incentivos negativos a la producción de señales que resulta del mero hecho de que el Grupo Clarín sea titular de un determinado registro o si, en cambio, la restricción se debe a un abuso del poder para conformar las grillas de programación excluyendo determinadas señales. En el primer caso, deberá resolverse la posible compensación económica, si se acreditase la existencia y cuantía de perjuicios patrimoniales.

Por último, en modo alguno queda vedado a las autoridades establecer un mecanismo de implementación de la LSCA, en especial de su artículo 45, que sustituya al artículo 161 LSCA de modo que no se vean alterados los derechos derivados de las licencias de comunicación audiovisual en curso, a cuyo amparo son desarrolladas actividades protegidas por el derecho a expresarse libremente y recibir información.

En uso de las atribuciones que el artículo 16 de la ley 48 confiere a esta Corte, se revocará la sentencia en lo concerniente a las declaraciones de inconstitucionalidad y se reformulará su parte resolutiva en términos consistentes con los señalamientos contenidos en estos fundamentos.

36) A partir de lo expuesto en esta opinión, no puedo menos que compartir los lineamientos principales de las conside-

raciones añadidas a los votos que han formado mayoría. No tengo dudas de que se encuentra profundamente comprometida la función que cumple la libertad de expresión en una sociedad democrática cuando el Estado interfiere en el libre flujo de información, sea mediante la interrupción del contacto entre ciertos medios y el público, como lo ha hecho en este caso mediante el artículo 161 LSCA, sea mediante la asignación selectiva de subsidios o de contratos de publicidad oficial para debilitar las corrientes de opinión críticas hacia el gobierno y distorsionar así los términos en que se plantea el debate público.

En este mismo sentido, el aporte estatal a la pluralidad, a la diversidad y a la contraposición de ideas incluye, es cierto, programas de regulación del mercado como el contenido en la LSCA, pero aquellos valores deben antes que nada estar presentes en el mismo sector público. Los medios del Estado deben estar conducidos por autoridades que no se vean limitadas en sus decisiones editoriales a la promoción de contenidos pro gubernamentales y tengan independencia suficiente para incorporar a los contenidos, en la mayor medida posible, las necesidades de expresión de todos los sectores sociales. Coincido también con mis colegas en que la autoridad de aplicación ha de ser un órgano independiente de interferencias gubernamentales y no gubernamentales.

También estoy de acuerdo, por último, en que las autoridades, al ejercer sus competencias, en particular cuando se trata de decisiones que pueden tener incidencia en el acceso a las licencias para comunicar, o, más aún, cuando ellas puedan determinar su interrupción, deben procurar la máxima participa-

ción de todos los interesados, decidir sobre la base de criterios imparciales y generar mecanismos para prevenir o revisar actos discriminatorios hacia opiniones disidentes o minoritarias. En síntesis, preservar rigurosamente el debido proceso.

Por todo lo expuesto y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se resuelve:

1°) Declarar formalmente procedentes los recursos extraordinarios deducidos por las partes y por el tercero interesado, y las quejas promovidas por la parte demandada.

2°) Confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró constitucionalmente válido el efecto del artículo 41 de la ley 26.522 sobre las licencias de las que son titulares las empresas demandantes.

3°) Revocar parcialmente la sentencia, en sus puntos resolutivos "c", "d" y "e", hacer lugar parcialmente a la demanda, declarar el derecho de las empresas demandantes a continuar con las licencias hasta el vencimiento del plazo por el cual fueron otorgadas, en los términos y con las salvedades mencionadas en el considerando 35 y, a estos efectos, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 48 y 161 de la ley 26.522.

4°) Confirmar la sentencia en cuanto rechazó la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente demanda (punto resolutivo "f").

5°) Costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones planteadas y al modo en que se resuelve (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY

DISI-//-

-//- DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán en las consideraciones que siguen, doy por reproducidos los considerandos 1° a 15 del voto que encabeza este pronunciamiento.

16) Que previo a la consideración de cada uno los agravios vertidos por las partes contra la sentencia impugnada y a adoptar la resolución que corresponda a su respecto, es oportuno establecer los criterios básicos sobre los que ha de sustentarse esta decisión.

Para ello es necesario precisar cuáles son los alcances jurídicos y la calidad de los derechos que emanan de las licencias que han sido otorgadas a las demandantes; la atribución del Congreso de regular legítimamente el ejercicio de esos derechos y la potestad de los órganos judiciales de controlar la validez de dicha regulación, es decir, su ajuste a los límites constitucionales.

17) Que, respecto de los contenidos y alcances de los derechos que resultan de las licencias, la ley 26.522 (artículo 4°) se ha preocupado y ha definido 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*".

En ese sentido, debe tenerse presente que cuando fueron concedidas las licencias que constituyen el objeto de este litigio regían, en materia de radiodifusión, la ley 22.285 y sus modificatorias.

Del citado régimen, (en especial, el artículo 53, inc. h, de la ley mencionada), como así también de algunos precedentes de este Tribunal, mencionados en la sentencia impugnada, como son los de Fallos: 322:2750 y 326:3142, surge con claridad la naturaleza de los derechos de los que goza el licenciatario.

Más aún, al expedirse la Corte acerca de un reclamo indemnizatorio derivado de la revocación por motivos de interés público de una licencia de radiodifusión, no hubo discusión acerca de la procedencia de la reparación reclamada por los daños generados al patrimonio (artículo 2312, segunda parte, del Código Civil), del licenciatario, sino solamente respecto de los rubros que correspondía indemnizar (Fallos: 328:2654, "El Jacarandá v. Estado Nacional" y la remisión que allí se hizo a lo decidido por el Tribunal en Fallos: 306:1409).

Cabe señalar que el voto concurrente en "El Jacarandá" derivó el fundamento de la obligación de resarcir "en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas (artículos 14, 17 y 16 de la Constitución Nacional, respectivamente)". (Fallos: 328:2654, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 9°).

En este punto es oportuno recordar que, en el célebre caso "Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital, sobre devolución de sumas de dinero" (Fallos: 145:307), la Corte



afirmó –con términos que recuerdan todos los manuales de enseñanza– que: "Las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término 'propiedad', cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende 'todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (el subrayado es agregado).

18) Que sentado ello, corresponde señalar que las impugnaciones efectuadas por las actoras al régimen de la ley 26.522, no se limitaron exclusivamente a limitaciones o restricciones que sus normas imponen a los derechos patrimoniales que surgen de las licencias otorgadas con anterioridad a su vigen-

cia, sino que han hecho referencia a los efectos que esas prohibiciones y restricciones pueden producir sobre la libertad de información.

Garantizar la libre expresión de las ideas y facilitar el acceso a la información, derechos reconocidos por la Constitución, han sido preocupaciones permanentes de este Tribunal, puestas de manifiesto desde la primera oportunidad en que la Corte tuvo que pronunciarse sobre los alcances de las normas constitucionales que rigen en la materia. El casi sesquicentenario fallo "Argerich", resuelto el 12 de abril de 1864, remitió a los fundamentos expuestos en la sentencia del Juez de Sección, Dr. Alejandro Heredia. Allí se transcribieron expresiones de Dalmacio Vélez Sársfield, cuando, como partícipe del proceso reformador de 1860, tuvo que fundar la incorporación del artículo 32 de la Constitución Nacional y afirmó que "…los progresos morales y materiales de los pueblos son debidos en gran parte a la opinión pública, cuya manifestación es la prensa, y cuya libertad no debe ser restringida pues es una consecuencia de la libertad del derecho de pensar y una ampliación del sistema representativo" (Fallos: 1:144, subrayado añadido).

No es necesario reiterar en esta ocasión la valiosa jurisprudencia del Tribunal, que orientada en el mismo sentido que el de aquella decisión inicial, desarrolló e intensificó sus alcances, generando un espontáneo seguimiento de otros tribunales de la República. Las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal sobre libertad de expresión, que han sido objeto de análisis y estudio en la literatura especializada e incorporadas a todos los manuales de Derecho Constitucional, obran en Fallos: 1:297 y



340; 3:371; 8:195; 10:361; 11:290; 17:110; 30:112; 30:540; 33:228; 39:265; 54:108; 85:246; 94:378; 100:337; 106:337; 107:272; 113:231; 114:60; 115:92; 118:183; 119:231; 129:66; 131:282; 154:363 y 155:57; 167:121; 179:423; 184:116; 205:545; 236:41; 239:459; 248:291; 248:529; 257:308; 269:200; 278:62; 282:392; 295:215, entre muchos otros).

Sólo cabe recordar que aquella valoración de la libertad de expresión que formuló la Corte en los inicios de su actuación, ha sido sostenida con la mayor constancia y fervor a partir de diciembre de 1983, cuando, restablecido el orden constitucional, fue instaurada junto con las demás autoridades democráticas. Desde entonces y en forma ininterrumpida ha procurado, como lo demuestran varios de sus pronunciamientos, asegurar la plenitud del ejercicio del derecho de informar y de opinar, en consonancia con el respeto de otros derechos inspirados en el valor de la dignidad de la persona (v. Fallos: 306:1892, "Ponzetti de Balbín"; 308:789, "Campillay"; 308:823; 310:508; 310:1715, "La Prensa S.A."; 310:1909; 311:284; 311:1781; 311:1950; 311:2497; 311:2553; 312:916, "Horacio Verbitsky"; 312:987; 312:1082; 312:1114; 312:1222; 312:2103; 313:740; 314:733, "Triacca"; 314:813; 314:1517, "Vago c. Ediciones de la Urraca"; 315:632, "Abad"; 315:1492, "Ekmedjián c. Sofovich; 315:1699, "Tavares"; 315:1943, "Servini de Cubría"; 315:2859; 316:703, "Gutheim"; 316:1141; 316:1623, "Pérez Arriaga"; 316:1768; 316:2394; 316:2416; 316:2548; 316:2845, "La Nación S.A."; 316:3149, "Monfardini"; 316:1191; 317:750; 317:2046; 318:823; 318:1114; 318:2056; 318:2348; 319:459, "Conesa Mones Ruiz"; 319:585, "Álvarez, Carlos A."; 319:677; 319:2487;

319:2741, "Morales Solá"; 319:2925, "Dahlgren"; 319:2959, "Acuña"; 319:3085; 319:3428, "Ramos"; 320:179; 320:742; 320:985, "De Gainza"; 320:1022, "Tele Cable Color S.A."; 320:1191, "Emisiones Platenses S.A."; 320:1272, "Pandolfi c. Rajneri"; 312:412; 321:479, "Neustadt"; 321:667; 321:885, "Petrij"; 321:1454; 321:2250; 321:2314, "Rozemblum"; 321:2375; 321:2637; 321:2617, "Cavallo"; 321:2848, "Menem, Eduardo (imputado Tomás Sanz)"; 321:3170; 321:3404, "Alsogaray, María Julia"; 321:3596; 322:1495; 322:2750; 323:1023; 324:2419, "Bruno c. La Nación"; 325:50; 325:1486, "Caruso c. Remonda"; 326:2491; 326:4123; 326:4165; 326:4638; 327:138, "Cossio"; 327:943; 327:2168; 327:3536; 327:4376, "Cavallo"; 327:3560; 328:1825; 329:1631; 329:3775; 329:5424; 329:6044; 330:2168, "Oyarbide"; 330:3908 y 331:2237, "Editorial Río Negro"; 331:162; 331:1530, "Patitó"; 332:2559, "Brugo c. Lanata"; 333:680; 333:1331; 333:2079; 334:1714 y 334:1722, "Melo c. Majul").

Pero si esa ha sido la constante preocupación observada desde entonces por el Tribunal, no ha sido menor el vigor que puso de manifiesto para preservar del derecho de informar y opinar frente a los embates del poder —público o privado, embate, al fin—, amparo que el texto constitucional -con indelebles caracteres- consagra al prohibir la censura previa (artículo 14 Constitución Nacional). Justamente, en el caso de Fallos: 306:1892, primer pronunciamiento en materia de libertad de información en el que tuve intervención como juez del Tribunal, afirmé, juntamente con el doctor Genaro Carrió, que: "…elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio

estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana" ("Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios", considerando 6°).

Tal como lo ha recordado la Corte en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, y en Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt: "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25); que "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del artículo 14. Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los artículos 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio artículo 14" (Fallos: 257:308, considerando 8°) y que la protección constitucional "debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la

prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308, cit., considerando 10 y 308:789, voto de la mayoría, considerando 9°, primera parte). En el mismo sentido puede hoy agregarse que según lo dispone el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana adoptada por la Asamblea General de la O.E.A. en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, "[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

También se dijo allí que: "…la concepción clásica de la libertad de prensa reprodujo los caracteres generales de la libertad de la época liberal y, como ellas, es negativa; la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla. Seguramente, esta concepción no se halla perimida; pero, aunque válida para los tiempos de la *presse à bras*, del diario caro y de los lectores bastante poco numerosos, se adapta mal a la prensa contemporánea. Ello es el producto de una evolución que ha modificado las nociones de la libertad (Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 12va. ed., París, 1961, pág. 206). Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta en-

tonces concebidas en términos estrictamente individuales (Fallos: 306:1892, considerando 7°). Estas mutaciones ocurridas en el siglo pasado, han dado a la prensa una fisonomía en cierto modo antes insospechada. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. 'La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista' (Georges Burdeau, op. cit., pág. 206)".

Que, por ello, también se afirmó (v. Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, y en Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt), "que es clara entonces la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno" (el subrayado es agregado).

Que, en efecto, la "Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión" dada en Chapultepec el 11 de marzo de 1994, afirma que "no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa"; que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público" y que "la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa" (principio quinto).

Idéntico cometido persigue la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que, según dispone el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, complementa a los derechos y ga-rantías consagrados por ésta en su primera parte, entre otros, claro está, la libertad de prensa— que en su artículo 13, inc. 3°, al establecer que "no se puede restringir el derecho de expre-sión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de con-troles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Directa vinculación con las cuestiones debatidas en el presente caso, tiene el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada, en octubre de

2000, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, allí se estableció que:

"*Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos*" (subrayado agregado).

"El derecho individual a pensar y expresar el pensamiento ha de completarse con el derecho social a ser informado y la cuestión fundamental se centra, no en la existencia de los medios técnicos sino en su uso, en encontrar la forma de que puedan servir a la formación colectiva, incluso a la diversión, en forma equilibrada, racional, buscando la elevación de todos los individuos y, en definitiva la plenitud de la personalidad humana. Se trata, pues, de una cuestión de límites, de ajuste, para saber a ciencia cierta en manos de quién quedará depositado ese extraordinario poder sobre la mente y el comportamiento humano que representan los medios de comunicación colectiva." (Fayt, Carlos S., Ciencia Política y Ciencias de la Información, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 39).

Es apropiado recordar que en Fallos: 330:3908, el Tribunal expresó que "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" (voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni). Allí se agregó que: "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'" (caso "La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A n° 5, párr. 69). Asimismo destacó que "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (caso "La última tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros]", sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C n° 73, párr. 65), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C n° 74, párr. 149). Y también sostuvo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (casos "La colegiación obligatoria de periodistas"; "La última tentación de

Cristo"; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, serie C n° 107, párr. 108).

"En la misma línea de pensamiento -se dijo en el voto citado-, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

Con razón se ha afirmado que uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa es su estrangulación financiera (Jean Morange, Les libertés publiques, Paris, P.U.F., 1979, cap. II, 2, 4), riesgo que no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa y el derecho del público a recibir información y que, en nuestro ordenamiento, no admite condicionamientos de esta especie, que están destinados a reprimir el pluralismo y el debate abierto sobre temas de interés para los ciudadanos (ver la Declaración Conjunta de los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA y el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación de Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, dada en Londres el 26 de noviembre de 1999).

También se ha precisado que: "...la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas

por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de control de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas. Similares argumentos sustentan la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (ver especialmente principio n° 13), sin que admita controversia que dicha libertad debe ser preservada, con igual energía, de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert y Fallos: 330:3908, voto del juez Fayt).

Lo expresado entonces por el Tribunal fija claramente cuál es la importancia y la jerarquía constitucional (con las salvaguardas que de ello se derivan), de los derechos que nacen del otorgamiento de las licencias para servicios de televisión y radiodifusión. Finalmente, el escrutinio de las normas que pu-

dieran restringir los alcances de esos derechos no ha de perder de vista la determinación cuidadosa del efecto global de la regulación estatal sobre el debate público (cfr. Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, pág. 15 y sgtes., especialmente pág. 38, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999).

19) Que una vez precisado el rango constitucional del que gozan los derechos que emanan de las licencias otorgadas a las demandantes, corresponde determinar los alcances de la atribución –también constitucional (artículos 14, 17, 28 y 75, incs. 13 y 19 Constitución Nacional)–, que el Congreso posee para regular su ejercicio.

Es sabido que la Constitución tras adoptar para el Gobierno de la Nación la forma representativa y republicana (artículos 1° y 22 de la Constitución Nacional), confirió al órgano legislativo la potestad de regular el ejercicio de los derechos por ella reconocidos (artículo 14, Constitución Nacional). De la existencia de esa atribución constitucional del Poder Legislativo emerge uno de los rasgos esenciales de la convivencia civilizada dentro del orden constitucional que es la relatividad de los derechos que la Constitución reconoce.

Inspirada en el artículo 14 de la Ley Suprema, ha dicho la Corte que: "La Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación" (Fallos: 297:201; 300:700; 305:831; 312:318; 325:11 y 645, entre muchos otros).

20) Que de la referida atribución del Congreso y del ya enunciado carácter relativo de los derechos que la Constitución reconoce, no puede derivarse una ilimitada e incontrolable potestad reglamentaria del órgano legislativo. A ello apunta el artículo 28 de la Constitución Nacional cuando establece que: **"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".**

Dicha norma, inspirada en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, en breves trazos: afirma la vigencia inalterada de los derechos fundamentales, reconocidos por el ordenamiento de mayor jerarquía; atribuye al órgano político de mayor representatividad la potestad de reglamentar, mediante leyes, el ejercicio de esos derechos y posibilita que los jueces —como lo admite expresamente el artículo 43 de la Constitución Nacional— examinen —en un caso como el presente— si el Congreso, al ejercer esa potestad reguladora mantuvo sin alteraciones la plenitud del derecho que la Constitución reconoce.

En suma,. se trata de una norma que, desde la cúspide del ordenamiento jurídico, político y valorativo resume los rasgos esenciales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Advertía Alberdi que: "No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con dis-

posiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma el medio de faltar a todo lo que promete" (Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 247).

La advertencia de Alberdi muestra con claridad que la ausencia de una norma constitucional como la contenida en el artículo 28, podría conformar un fácil atajo para desvanecer la vigencia del Estado de Derecho y atraer las sombras de la Razón de Estado. Precisamente, cuando a comienzos del Siglo XVII, Arnoldo Clapmarius desarrolló, como una rama de la Razón de Estado, los *arcana imperii*, ("métodos íntimos y ocultos para mantener la tranquilidad del Estado", según Manuel García Pelayo), concedió "...una importancia de primer orden a los *simulacra*, es decir **el arte de hacer una cosa y aparentar otra**, pues en política tanto vale, y a veces más, aparentar como ser; entre los *simulacra* se cuenta, siempre según Clapmarius, **la sustracción de derechos y libertades reales, pero aparentando que se mantienen,** y sustituyéndolos por *blandimenta, libertatis umbra, iura inania e imago sine re*, es decir, por **la adulación de los despojados, por sombras de libertades, por naderías jurídicas y por imágenes vacías de realidad**" (García Pelayo, Manuel, prólogo al libro "*Constituciones europeas*", en *Obras completas*, T. III, pág. 3202, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).

"La gran preocupación de Alberdi —*recuerda Juan Francisco Linares*— era precisamente que las declaraciones y derechos

de la Constitución no pudieran ser borrados de un plumazo por las leyes dictadas en su aplicación" (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes - El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2da. ed. pág. 161, Astrea, Buenos Aires, 1989).

Es por ello que la Corte en recientes pronunciamientos sostuvo con claridad que es imprescindible que: "...al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Luego, es tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada a no alterarlos (Constitución Nacional, artículo 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos" (Fallos: 330: 1989).

En suma, la quintaesencia del artículo 28 de la Constitución Nacional está en haber fijado en forma breve, clara y precisa los límites a la limitación legislativa de las libertades.

21) Que la presencia de límites constitucionales en un sistema republicano de gobierno (artículo 1° Constitución Nacional) se asocia en forma inmediata con la existencia de controles destinados a asegurar su efectiva vigencia, que no es otra que la de los Derechos Humanos que la Constitución Nacional y los máximos instrumentos del orden internacional (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional) reconocen.

Es así que se ha afirmado que "El principio de supremacía constitucional impone a todo magistrado la obligación de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición a ella; constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados por la Constitución contra abusos posibles e involuntarios de los poderes políticos" (Fallos: 33:162; 267:215; 321:3620).

Cabe tener presente que, de conformidad con lo expresado, el Tribunal ha dicho que: "La intervención de la Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios" (Fallos: 327:3677). Asimismo, también ha sostenido que: "los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promi-

sorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último" (Fallos: 330:1989).

En resumidas cuentas si en este caso —como en todas las cuestiones inherentes al sistema republicano— la división de poderes juega un papel esencial, es claro entonces que "...así como el legislador ha de adecuar su instrumento al fin que persigue, el juez ha de ajustar el propio al caso que ha de juzgar" (Fallos: 312:496).

Acorde con ello se ha sostenido que "aun cuando la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional (Fallos: 301:962; 302:457, 484, 1149, entre otros), las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 311:394 y 321:3630, voto del juez Fayt).

A ello cabe añadir que: "Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional (doctrina de Fallos: 307:326). Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 de la Constitución Nacional" (Fallos 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, considerando 7°, último párrafo, subrayado agregado), criterio afín con el que postula descartar la razonabilidad de una norma reglamentaria que parte

"de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión" (Fallos: 332:1963, voto del juez Lorenzetti).

Quiere decir, siguiendo a Juan Francisco Linares, que la razonabilidad y la justicia de una ley está dada cuando ella se traduce en la mejor posibilidad de entendimiento colectivo con el menor sacrificio de derechos, concepción que es la que mejor armoniza con el principio "*pro homine*", enunciado en los artículos 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, según el cual siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos por esos jerarquizados textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).

22) Que las actoras han cuestionado a la sentencia dictada en la anterior instancia por haber validado la constitucionalidad del artículo 41 de la ley 26.522, norma que prohíbe la transferencia de las licencias y que, conectada con la obligación de desinversión, contenida en el artículo 161 de la ley en cuestión, posibilita que —según arguyen las actoras— se pueda coaccionar a un medio de comunicación alcanzado por dichas normas e influir sobre su línea editorial.

Observan que el artículo 41 de la ley es irrazonable porque si su objetivo, conforme se sostuvo en la sentencia, es

eliminar incertezas, abusos en las transferencias y fusiones y establecer un control efectivo, el medio impuesto por la ley para alcanzar esa finalidad "es una medida de arbitrariedad extrema que no guarda ninguna relación ni proporción con el fin buscado por la norma" (fs. 3696 vta.).

Sostuvieron, finalmente que la norma en cuestión —en conexión con lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48 de la ley— desconoce los derechos de propiedad emergentes de los contratos y quebranta la confianza generada por la ratificación del decreto dictado por razones de necesidad y urgencia 527/05.

Las demandadas replicaron a esas aserciones explicando que el citado artículo no regula contenidos ni establece mecanismos de censura, o control de ideas o información y agregaron que "es una norma creada con una finalidad exclusiva, la de restringir y regular la transferencia de las licencias, pues impide el reemplazo 'anárquico' de los titulares, ya que establece condiciones necesarias y pautas expresas que determinan cuando, excepcionalmente y por un límite legal porcentualmente establecido, ello puede ser autorizado" (fs. 3779).

Enfatizaron su argumentación afirmando que: "…no se puede dejar librado a la voluntad del administrado que obtuvo un derecho por parte del Estado sometido a la regulación de éste, la posibilidad de transferirlo libre y alegremente a terceros" (fs. 3781/3782, subrayado agregado). Remarcaron que: "…quien otorga un derecho puede establecer unilateralmente las condiciones del mismo, y fijarle restricciones y limitaciones, como también determinar las condiciones en que lo confiere. De eso no

hay dudas" (fs. 3782 vta.), por si pudiera quedar alguna concluyeron que: "…en la misma medida que resulta posible que se amplíe el alcance de un derecho por imperio de una norma, nada obsta que pueda ser razonablemente reducido si así lo entiende el legislador".

La norma cuya validez se discute establece:

"*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".

La sentencia en revisión juzgó que la norma citada "…no es absolutamente incompatible con los derechos fundamentales de propiedad y de libertad de comercio que se hallan en juego" (fs. 3657).

Sostuvo esa conclusión en que la norma mediante el mecanismo de la "previa autorización" por acto fundado, susceptible de control judicial, permitía cumplir la finalidad de evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades. Por otra parte, estimó que la posibilidad de transferir -previa autorización- una parte considerable del capital social restaba entidad al agravio relativo a la lesión indebida a la libertad de comerciar.

Corresponde revocar en este punto a la sentencia impugnada.

En primer término, cabe tener presente en esta oportunidad que, conforme se estableció en el considerando 17, los derechos que otorga la licencia: "se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (Fallos: 145:307, "Bourdié").

Si hay un rasgo distintivo del derecho de dominio es la potestad que tiene su titular de disponer del objeto sobre el

que recae. Atribución definida en sentido concorde por la ley (artículo 2506, del Código Civil y, más específicamente, por el artículo 2513: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, **disponer** o servirse de ella…") y por la doctrina, como es el caso de Héctor Lafaille que, al referirse al *jus abutendi* lo caracteriza como "En su estricto y genuino significado, esta facultad es simplemente la de disponer de la cosa, pudiendo enajenarla o afectarla" (Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*, Tomo III - *Tratado de los Derechos Reales*, Vol. I, Ediar, Buenos Aires, 1943, pág. 382).

Si esa es una característica esencial del derecho que la Constitución reconoce y ampara, es objetable la validez del artículo 41 de la ley 26.522, en la medida en que prohíbe —como principio— las transferencias de las licencias.

Como ha sostenido la Corte, reglamentar un derecho no es "prohibir, sino establecer condiciones para determinada actividad" (Fallos: 288:240), tampoco es su "allanamiento total", (Fallos: 297:201), ni implica su alteración (artículo 28 Constitución Nacional).

Por otra parte, si la finalidad era evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades, el medio al que acudió el legislador para lograrla —indisponibilidad de las licencias y severas restricciones para que la autoridad de turno acceda a otorgar una excepción— resulta desmedido en orden al sacrificio que produce en los derechos de los titulares de las licencias.

En tal sentido, una alternativa mucho menos restrictiva para alcanzar el objetivo propuesto es permitir la transferencia —como principio y no como excepción— y sujetar a los adquirentes a los mismos recaudos que los exigidos a los titulares. No puede argumentarse frente a ellos como lo hace la demandada que las obligaciones derivadas de la licencia son *intuitu personae*, cuando ello no resulta ni siquiera de la definición de *licencia* que da la misma ley (artículo 4°) y que se transcribió en el considerando 17.

El reproche con base constitucional que cabe formular a este dispositivo legal resulta de la inadecuada limitación que introduce a los derechos resultantes del otorgamiento de una licencia, conforme "a los fines cuya realización procuran" (Fallos: 328:566, disidencia de la jueza Argibay). Por otra parte, el medio elegido es inadmisible cuando suprime o hiere sustancialmente "otros bienes amparados por la misma estructura constitucional (doctrina de Fallos: 307:326). Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 de la Constitución Nacional" (Fallos: 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, considerando 7°, último párrafo, subrayado agregado).

En consecuencia, corresponde admitir en este punto la impugnación de las actoras y declarar la inconstitucionalidad del artículo 41 de la ley 26.522.

23) Que en lo referente a la multiplicidad de licencias, el artículo 45 de la ley 26.522, puesto en discusión en estas actuaciones, establece que: "*A fin de garantizar los prin-*

cipios 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) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

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 posibi-

lidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (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.

24) Que no se ha puesto en entredicho que medidas tendientes a la desconcentración de licencias, de la naturaleza de las adoptadas en el marco de la ley 26.522 (restricciones verticales, horizontales, a la propiedad cruzada y de protección al espacio radioeléctrico), puedan resultar apropiadas y conducentes para la mayor diversidad y pluralismo en el marco de la regulación de los servicios audiovisuales.

Tampoco ha merecido objeciones que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas, como medio de expresión o comunicación debe ser ejecutado conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que impone —entre otras cuestiones— la naturaleza reducida del medio utilizado (Fallos: 322:2750; 327:4969 y 335:600).

Lo que debe analizarse en el sub examine es —conforme se indicó— si las medidas adoptadas por el artículo 45 de la ley 26.522, resultan proporcionadas e idóneas para alcanzar la fina-

lidad perseguida por la norma, de acuerdo con la realidad del mercado de medios audiovisuales argentino y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

25) Que, antes de ingresar al análisis de razonabilidad de la norma bajo estudio –en los términos y con los alcances ya indicados en los considerandos 19, 20 y 21– cabe aclarar que en relación con la apreciación de la prueba pericial, ha sido la doctrina de esta Corte la de reconocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aquellos aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que solo correspondería apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos, circunstancias que, a criterio de este Tribunal, no concurren en el caso (Fallos: 319:469; 320:326; 332:1571 y 1688, entre otros).

26) Que, ello establecido, cabe examinar las restricciones impuestas en el ámbito nacional relativas a la posibilidad de ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión en más de "*[u]na (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital*", y la exclusión a los titulares de "*una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción*", de la "*posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual*" (artículo 45, ap. 1, inc. a, de la ley 26.522).

Es oportuno recordar que más de dos décadas atrás, en oportunidad de revocar una sentencia que había admitido una me-

dida cautelar que tenía por efecto impedir la emisión de imágenes y conceptos relacionados con la peticionaria de la cautela, y, tras examinar el contenido de la regulación entonces vigente de la radiofonía y televisión, se afirmó que: "En televisión, la emisión de programas por cable permite la multiplicación de canales o emisoras de corto alcance, haciendo técnicamente innecesaria la reglamentación de frecuencias. Hay un aumento creciente de estaciones locales de televisión y es previsible la desaparición del sistema de licencias en un futuro no lejano. Los satélites de difusión directa desbordan las fronteras y las antenas parabólicas captan programas hasta hace poco inaccesibles, lo que convierte en letra muerta las limitaciones jurídicas. Los satélites de comunicación y los cables coaxiles han potenciado el intercambio de informaciones y programas, con emisiones regionales, locales, incluso barriales, ofrecen la posibilidad de una televisión comunitaria que complementa y sustituye, en ciertos casos, a la televisión hertziana e indica la aparición de nuevos usos de la televisión, en escala difícilmente previsible. Todo conduce a sostener que la revolución de las comunicaciones dista de haber concluido" (Fallos: 315:1943, voto del juez Fayt, subrayado agregado).

Está claro entonces, a fuer de ser coherente con el criterio expuesto tiempo atrás, que restricciones a la titularidad de licencias, como las contenidas en la norma legal transcripta, deben ser objeto de una razonable fundamentación por parte del titular de la potestad regulatoria.

En orden a los agravios planteados por las actoras se observa que ninguno de los servicios de comunicación audiovisual involucrados en la restricción –satelital y de cable por suscripción– utiliza el espectro radioeléctrico, razón por la cual, los alcances regulatorios, si los hubiere, difieren sustancialmente de aquellos casos en los que se emplea dicho recurso.

Más aún, se ha sostenido en el informe pericial -no controvertido específicamente en este punto por las demandadas- que tal restricción, sin justificación alguna, acarrea a las actoras una reducción en sus ingresos, poniéndolas en una situación desventajosa para competir en el mercado satelital (fs. 1866 vta.).

La otra discriminación injustificada y "visible", según se afirma a fs. 3669, resulta del disímil tratamiento que esta norma da al operador de televisión satelital, al que le basta con una licencia para abarcar todo el país y el que reciben las actoras, en cambio, que, al operar por cable, están sujetas a las limitaciones que contienen los incs. b y c de la ley, no obstante referirse a un mismo mercado.

Es claro que la limitación a una sola licencia para el operador satelital es irrelevante, porque le basta con una para abarcar todo el territorio. Su competidor de cable, no sólo no puede operar por satélite –lo que le impide abarcar todo el territorio–, sino que la parte de territorio sobre la cual puede operar está sujeta a las numerosas restricciones establecidas en el resto del artículo 45.

No se ha justificado la diferencia de encuadre legal entre un grupo de operadores y otro, cuando todo parece indicar que compiten en el mismo mercado —lo cual resulta corroborado por el último párrafo del ap. 1 del artículo 45 de la ley 26.522 y, fue por otra parte, uno de los fundamentos del dictamen 637/2006 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (sobre el que se basó la resolución SCI 257/2007, que autorizó la operación de concentración de Cablevisión y Multicanal), donde al analizar los mercados de distribución paga de señales múltiples, se consideró que la televisión por cable y la televisión satelital pueden ser incluidas dentro de un mismo mercado de producto para evaluar efectos de concentración económica (conf. párrafos 134 a 142, del referido dictamen)— sin que se haya ensayado, por parte de las demandadas, ninguna explicación plausible que sostenga la limitación legal, cuya inconstitucionalidad —conforme a los criterios expuestos en los considerandos 23 y 24— corresponde declarar.

27) Que en punto a la restricción, también en el orden nacional, de ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión en más de "*diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual…cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico*", artículo 45, ap. 1, inc. b, cabe tener presente que si bien es cierto que, por tratarse de un recurso limitado, la potestad reguladora, justificada por el interés general y los derechos de terceros (Fallos: 322:2750; 327:4969 y 335:600), puede desplegarse

con más intensidad (Fallos: 326:3142), ello no importa la admisión de un ejercicio irracional, arbitrario y descontrolado de esa potestad (artículos 28 y 1°, de la Constitución Nacional).

Sobre este punto el perito en materia económica se expidió manifestando que, aun tratándose de licencias que ocupan el espacio radioeléctrico "…el límite máximo de 10 es cuestionable", sostuvo que asignar números máximos en términos absolutos no era usual y podía conducir a distorsiones, en consecuencia, estimó más adecuado fijar límites relativos por medio de porcentuales.

Esta cuestión no pasó inadvertida para el Tribunal que, en la audiencia pública del 29 de agosto de 2013, formuló a la demandada la última pregunta en los siguientes términos: "*En el año 1999, con fundamento en el mayor desarrollo del mercado de las comunicaciones, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el decreto de necesidad y urgencia por el que aumentó la cantidad de licencias de radio y TV abierta de 4 a 24. Este decreto fue declarado válido por el Congreso en el año 2007. ¿Qué razones llevaron dos años después a modificar el número de licencias reduciéndolas de 24 a 10?*"

La respuesta fue: "*La realidad de mercado. Tenemos que entender lo que pasaba en 1999, donde además este decreto es fruto más bien de una necesidad política. Este decreto no surge de la política, surge de la presión de grupos ya concentrados de hecho, cosa que nosotros venimos denunciando no sólo en esta causa, que presionan a la política para obtener medidas que los*

favorecen: cramdown, bienes culturales, también aumentó el número de licencias.

¿Qué es lo que pasa? Se habían consolidado algunas cosas por decreto ley... por decreto de necesidad y urgencia y quiero recordar algo. Nadie cuestionó un decreto de necesidad y urgencia cuya competencia por el Congreso ya estaba fijada en el artículo 75 como competencia exclusiva del Congreso de la Nación. Nadie lo cuestionó. Esta ley de la democracia y sancionada por el Congreso ha sido cuestionada.

¿Qué es lo que se analizó? Se analizó el mercado y se decidió que la Argentina necesitaba un mercado fuertemente desconcentrado. Con este número que habíamos heredado de la parte final de los 90, simplemente el mercado se había reducido aún más, no en su rentabilidad sino en las voces que se escuchaban" (fs. 4094 vta. Respuesta del Estado Nacional, representado por la doctora Graciana Peñafort).

Dando por válida la respuesta, más allá de circunstanciales manifestaciones relacionadas con la política agonal, lo cierto es que allí se pone en evidencia la inconstancia —formal y material— del ejercicio de la potestad regulatoria por parte de la demandada.

El límite de cuatro licencias existente hasta 1999, se multiplicó ese año por seis mediante un decreto, dictado por razones de necesidad y urgencia, que fue convalidado ocho años después por el Congreso, que habrá considerado atendibles las razones sostenidas por el autor de la medida y razonables y

legítimos sus contenidos. El mismo órgano, dos años después, vuelve sobre sus pasos y "para garantizar la pluralidad", tras un "análisis de mercado", reduce drásticamente el número de licencias de 24 —valido en 2007— a solamente diez (cabe imaginar que los adelantos tecnológicos, sin duda perceptibles, que en el área se produjeron desde fines del siglo pasado, habrían permitido aumentar o, al menos, mantener el número de licencias habilitado en 1999 y validado en 2007 y no reducirlo, apenas dos años después con vagas explicaciones, a menos de la mitad).

Por eso la restricción impuesta por el artículo 45, ap. 1, inc. b, de la ley 26.522, sin una justificación plausible, altera sustancialmente los derechos de las actoras y resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 28 de la Constitución Nacional, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

28) Que ha cuestionado la actora, con base constitucional, las restricciones contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522, en cuanto se refieren al límite máximo de veinticuatro licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones (ap. 1, inc. c); el tope máximo según el cual las prestaciones de un licenciatario no pueden exceder del treinta y cinco por ciento del total nacional de habitantes o abonados (ap. 1 último párrafo); el ap. 2, incs. c y d y párrafo final, que impiden, en el orden local, la coexistencia bajo un mismo titular de una licencia de radiodifusión televisiva abierta con una licencia televisiva por suscripción y el apartado 3 que regula la titularidad de los servicios por señales.

La sentencia impugnada sostuvo que esas normas importaban, en conjunto, una restricción innecesaria e irrazonable "puesto que no son proporcionadas ni idóneas a los fines queridos por el legislador" (Fallos: 200:450 y muchos otros).

La sentencia extrajo esa afirmación en las conclusiones del informe pericial, a las que resumió de la siguiente manera:

a) La televisión abierta es más costosa para producir y se ha convertido en una actividad de baja rentabilidad;

b) La posibilidad para quien explota televisión abierta y, a la vez, producir señales y distribuirlas por cable, constituye una articulación horizontal propia de la gestión televisiva, cuyo empleo —según las circunstancias— puede dar sustentabilidad.

c) No hay justificativo razonable en las limitaciones a las señales de contenidos, puesto que no usan espacio radioeléctrico escaso.

d) 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 porque incrementa costos medios y en el caso 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;

f) 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;

g) 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; por ser titular de licencias de TV por cable, sólo podrá ser titular de una señal de generación propia; estas limitaciones restringirían la competencia en el mercado de señales, en beneficio de grandes grupos internacionales productores de contenidos;

h) 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 (v. fs. 3660 vta.)

"Como resultado del conjunto de limitaciones —concluye la sentencia—, la perspectiva es un perjuicio tangible en la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas" (fs. 3660 vta.).

A ello añadió que "las restricciones contenidas en el artículo 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 vo-

ces 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 artículo 13, incs. 1 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", considerando 19, *in fine*).

A esas conclusiones de la sentencia, que aquí se comparten, cabe añadir que las limitaciones referidas a la titularidad de señales establecidas en el ap. 3, incisos a (una señal) y b (señal propia), son contrarias a lo dispuesto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que, sin sustento técnico y económico sobre los que puedan fundarse, restringen las posibilidades de generar, comunicar y distribuir contenidos expresivos.

29) Que respecto del límite legal de hasta veinticuatro (24) licencias, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones, artículo 45, ap. 1, inc. b de la ley 26.522, cabe reiterar, que no juegan aquí los argumentos relativos a la asignación de un recurso escaso dado que no se emplea el espectro radioeléctrico.

Sobre este punto en la pericia económica se expresó que "*estos límites restringen el aprovechamiento de las econo-*

mías de escala y de densidad que son inherentes a la industria de la TV por cable. Como consecuencia de esta restricción, no se permitirá la reducción de costos medios que podría obtenerse con un incremento del número de suscriptores y, por ende, se impedirá una disminución en los precios pagados por los abonados" (fs. 1867/1868).

En la audiencia pública del 29 de agosto de 2013 el Tribunal interrogó a la demandada a fin de que justificase ese límite legal.

La respuesta se fundó en los siguientes datos:

Las licencias de televisión por cable son 1117, que están en manos de 709 licenciatarios, es decir, un promedio de 1,6 licencias por licenciatario. Dar 24 como máximo implica estar dando más de 15 veces lo que el promedio tiene.

Si ése es el fundamento técnico de la restricción a los derechos de las actoras, no sólo resulta insuficiente, sino que también es falaz.

En efecto, ello ocurre porque las cifras sobre las cuales se llega al coeficiente que multiplicado por quince sostiene al límite máximo legal son manejadas exclusivamente por la autoridad de aplicación, que puede fijar el número de licencias y de licenciatarios y con ello el coeficiente y el máximo de licencias.

Supongamos que hubiera mil licencias distribuidas entre ochocientos licenciatarios, el promedio sería 1,25 licencia por licenciatario, multiplicado por quince nos daría una titula-

ridad máxima de dieciocho o diecinueve licencias. Es decir el coeficiente resulta de la cantidad de licencias que se distribuyen y la cantidad de licenciatarios entre los que se distribuyen, ambas libradas al arbitrio de la autoridad de aplicación, que, por otra parte, ninguna explicación dio sobre la razonabilidad técnica del número quince para multiplicar el coeficiente y fijar el límite máximo de titularidad de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones.

Resulta de estricta aplicación, también en este supuesto, lo expresado en el considerando precedente respecto de la invalidez constitucional de la norma objetada.

30) Que en relación con la restricción legal que establece que: "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 por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios.

Interrogado en forma directa por el Tribunal, en la audiencia pública realizada en autos, acerca de cuál es en el mercado argentino la escala mínima adecuada para la prestación del mejor servicio al menor precio y si es suficiente el 35 por ciento, el perito mantuvo al porcentaje legal en la aritmética de la incertidumbre al responder que: "*[p]arecería que el 35 por ciento como porcentual es un porcentual fijado arbitrariamente. En realidad, lo que hace al fijarse ese 35 por ciento y tener un límite implicaría que las empresas no invertirían. Y tendrían*

una mala calidad, porque ya estarían aseguradas hasta un determinado tope, lo cual implicaría una menor prestación, un menor bienestar para el usuario" (fs. 4095 vta.).

31) Que en la consideración de las normas restrictivas del artículo 45 de la ley 26.522, relacionadas con la prestación de servicios de comunicación audiovisual por suscripción, corresponde examinar una cuestión de la mayor relevancia.

De acuerdo con el contenido de las normas citadas, lo expresado por la actora, (fs. 70 vta.; 3173; 3431 vta.; manifestaciones del doctor Damián Cassino, a fs. 4074 y de la doctora María A. Gelli, a fs. 4097 vta., todas ellas vertidas en la audiencia pública del 29 de agosto de 2013), conforme a las pruebas que se han producido en estas actuaciones (v. fs. 1766/1767), y lo manifestado por los *amicus curiae*, doctores Aguiar Aranguren (fs. 4046); Gil Domínguez (fs. 4057) y Grossman (fs. 4062), en la audiencia pública del 28 de agosto de 2013, la aplicación de sus disposiciones sobre las licencias otorgadas a las actoras tendrá por efecto la cancelación de los servicios que desde tiempo atrás presta a numerosos usuarios por suscripción (v. fs. 3143 vta.), cuyos intereses directos no han sido contemplados en ninguna medida.

Causa asombro observar que una ley que considera a la actividad de los medios de comunicación audiovisual como "de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones", (artículo 1° de la ley

26.522), no contenga un capítulo destinado a regular los derechos de los usuarios, escasamente contemplados por algunas normas dispersas.

Más aún, el extenso glosario de cuarenta y cinco definiciones que contiene el artículo 4° de la ley, completado con las cuatro que el Poder Ejecutivo Nacional incluyó en el decreto reglamentario, omite la definición del usuario.

Quizás no deba sorprender si esto se ve como otra escaramuza de una agobiante y pírrica batalla —cuyo origen aún es obscuro—, en la que los beligerantes, obnubilados por un reparto de cautivos, han perdido de vista "la dignidad del hombre como imperativo categórico" y desdibujado notablemente aquello que propugnaba Séneca —símbolo de la filosofía estoica— en una epístola dirigida a Lucilio: "**el hombre debe ser algo sagrado para el hombre**" (*homo res sacra homini*) (Fallos: 332:1963, voto del juez Fayt, negrita en el original).

Si es así cabe hablar claro y reiterar, una vez más que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" y que cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional —calificado por el juez Zaffaroni en Fallos: 332:1963, como la "viga maestra del derecho argentino" y el "pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de las libertades individuales de los habitantes"— establece que "las acciones privadas de los hombres

que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479).

Bien define la ley de Defensa del Consumidor al usuario como "persona" (artículo 1°, de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, modificado por la ley 26.361), expresión cargada de significación que ya incluía la Constitución Nacional en su texto originario (artículos 18, 22 y 23).

Ocurre que la ley cuyas normas se han cuestionado en este caso **parece estar dirigida más hacia organizaciones o aparatos** —una prueba de ello es que crea siete organismos públicos y cuatro registros, y asigna tareas directivas o consultivas a ochenta y seis funcionarios— **que a personas** —hecho evidenciado cuando ni siquiera define al usuario de los servicios que regula, ni contiene un Estatuto que ordene sus derechos—.

En ese marco, las disposiciones restrictivas de los derechos de las actoras, sin mayores distinciones, producirán sus efectos sobre millares de suscriptores, que, privadamente y en forma regular, se proveen de sus servicios. Es como si al lector de una publicación periódica, de interés general o especializada, le prohibieran recibirla y continuar su lectura aduciendo razones de interés público. ¿Qué habría dicho el suscriptor de un folletín magnífico como *Los Miserables*, si por dispo-

sición legal, su lectura se hubiera interrumpido en la muerte de Fantine, o cuando Jean Valjean salva la vida de Javert?

Con elevado juicio se ha dicho en este Tribunal que "corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional" y "que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional)" (Fallos: 332:1963, voto del juez Lorenzetti, subrayado agregado).

Al Estado —en tanto organización del poder político dentro de la comunidad nacional— le está impedida toda injerencia sobre el individuo, cuando se desenvuelve en el marco de su autonomía donde es soberano en su obrar, en su pensar y en su sentir. Es que se trata de "…la **esfera íntima** del individuo —en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal— la que a diferencia de la esfera pública —y aun de la privada— no admite ningún tipo de intromisión. La aceptación de esa injerencia convertiría al poder estatal en una verdadera deidad" (Fallos: 332:1963, voto del juez Fayt).

Es oportuno en esta ocasión evocar, como lo hizo el juez Zaffaroni en su voto de Fallos: 332:1963, las palabras de Adán Quiroga, cuando sostuvo que: "…el ser ficticio que denomi-

namos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la vida de relación" (*Delito y pena*, Córdoba, 1885, págs. 36-37).

En consecuencia, las normas restrictivas de los derechos de las actoras contenidas en el artículo 45 de la ley 26.522, en la medida en que arrastran como consecuencia la extinción forzada del vínculo contractual y voluntario de los usuarios de los servicios de cable que las demandantes prestan, importan una intromisión indebida de la autoridad pública en el ámbito de privacidad que resguarda en plenitud el artículo 19, primera parte, de la Constitución Nacional.

32) Que, además, las normas en cuestión, por los efectos que producen sobre los derechos de los usuarios que forzadamente se verían privados de los servicios de cable de las actoras, entran en abierta colisión con la "libertad de elección", que el artículo 42 de la Constitución Nacional expresamente reconoce entre esos derechos.

Más aún, para afirmar la vigencia de los derechos de los usuarios, la misma norma constitucional, a renglón seguido, ordena que: "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos…", y habilita a los órganos judiciales, más allá de eventuales ápices procesales frustratorios (Fallos: 248:189), a liberarlos de las trabas que se oponen a su ejercicio, lo cual es una solución afín con lo que predica la nota al artículo 3136 del Código Civil, cuando testifica "que sería un deshonor de la

ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".

Lógica consecuencia de ello es el "…deber ineludible del Poder Judicial (de) restablecer el pleno imperio de los principios orgánicos de la República; particularmente si la transgresión emana de los poderes del Estado y se arbitran en nombre del bien público, panaceas elaboradas al margen de las instituciones (Fallos: 137:47). Y ha de recalcarse que ello no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y el oprobio" (Fallos: 261:103, voto del juez Boffi Boggero, citado en Fallos: 319:3241, disidencia del juez Fayt).

33) Que si aún se considerase que la inconstitucionalidad de las normas restrictivas del artículo 45 de la ley 26.522, no surgiera de su palmaria contradicción con las normas que reconocen y amparan la libertad de elección de los usuarios de servicios de radiodifusión por cable, queda por examinar sus alcances a la luz de las normas que amparan a los usuarios en su derecho a informarse (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Si por vía de la ley restrictiva de las licencias de su proveedor los usuarios ven cancelados los servicios de información que hasta entonces, en forma regular, voluntaria y merced a un vínculo contractual privado recibían, ocurrirá con ellos aquello contra lo que prevenía John Stuart Mill: "…la peculiari-

dad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error" (Mill, John Stuart, *Sobre la libertad, en John Stuart Mill, Vida pensamiento y obra,* Planeta De Agostini, s.d., págs. 211/212).

En un sentido análogo se afirmó en una sentencia del Tribunal que: "Lo que la Constitución no permite es que, so pretexto de protección al pueblo, se le impida a éste recibir información y valorarla, privándolo de actividades que sólo a él competen" (Fallos: 328:1825, disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio), para añadir que: "Sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional" (Fallos: cit.).

Puede concluirse que las normas legales impugnadas, al producir el efecto mencionado sobre los derechos de los usuarios de las licencias de las actoras, contradicen lo dispuesto por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional en materia de libertad de expresión, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

34) Que a tenor de los criterios de valoración expuestos en los considerandos 23 y 24 y teniendo en cuenta que

regulan la utilización del espectro radioeléctrico, puede observarse que las limitaciones contenidas en el artículo 45, ap. 2, incs. a y b de la ley 26.522, sólo encontrarían amparo constitucional si fueran resarcidos los perjuicios que su implementación ocasione en los derechos de los actuales licenciatarios de conformidad con las reglas que rigen la responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad lícita (Fallos: 328: 2654).

35) Que resta considerar la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el a quo del artículo 48, párrafo segundo, 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*".

Cabe reiterar aquí lo sostenido respecto de la invalidez constitucional del artículo 41 y, en coincidencia con lo decidido por la alzada, para concluir que la norma en cuestión -de curiosa literatura- importa una severa restricción a los derechos emanados de licencias ya otorgadas (artículos 14 y 17, Constitución Nacional), severidad que se acentúa al traducirse, en los hechos y por efecto de su aplicación, en una rigurosa e injustificada negación legal del derecho de defensa en juicio (artículo 18, Constitución Nacional).

Por consiguiente, cabe, en este punto, confirmar lo decidido por la cámara.

36) Que, en cuanto a los restantes agravios, y atento a la forma en que se decide, puede concluirse que no resultan conducentes para la solución del caso, por lo que no corresponde que la Corte se pronuncie con relación a ellos.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1°) Desestimar el recurso de queja del Estado Nacional —correspondiente a la causa G.445.XLIX— en el agravio atinente al punto de la sentencia que rechaza la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S.A.;

2°) Declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos por las partes y por el tercero interesado, y las quejas promovidas por la parte demandada [Estado Nacional —causa citada—] y por dicho tercero [Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual —causa G.451.XLIX—], con el alcance establecido en los considerandos.

3°) Revocar parcialmente la sentencia impugnada y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45 —con excepción del ap. 2, incs. a y b, en las condiciones fijadas en el considerando 37— y 48, segundo párrafo, de la ley 26.522; y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, con los alcances citados.

Costas a las vencidas (artículo 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.). Agréguense las quejas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT

Recursos extraordinarios interpuestos por: **Cablevisión S.A.** representada por el **doctor Damián Fabio Cassino**, con el patrocinio de los **doctores Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Cablevisión S.A. y Radio Mitre S.A.**, representados por el doctor **Damián Fabio Cassino**, con el patrocinio de los doctores **Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual**, representada por la doctora **María Inés Rossi**, con el patrocinio del **doctor Sergio E. Zurano; Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros-**, representado por los **doctores Sergio Ricardo Landin y Martín Oscar Monea**, con el patrocinio letrado de la **doctora Angelina María Esther Abbona, en su calidad de Procuradora del Tesoro de la Nación.**

Traslados contestados por: **Grupo Clarín S.A., Teledigital Cable S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Cablevisión S.A. y Radio Mitre S.A.**, representados por el **doctor Damián Fabio Cassino**, con el patrocinio de los **doctores Alejandro Carrió y María Angélica Gelli; Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual**, representada por la doctora **María Inés Rossi**, con el patrocinio del **doctor Sergio E. Zurano; Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros**, representado por los **doctores Sergio Ricardo Landin y Martín Oscar Monea**, con el patrocinio de la **doctora Angelina María Esther Abbona, en su calidad de Procuradora del Tesoro de la Nación.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo en lo Civil y Comercial Federal n° 1, Secretaría n° 1.**