

Buenos Aires, 12 de mayo de 2011

Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional-Jefatura de Gabinete de Ministros- a fs. 1279 contra la resolución de fs. 1273/1276, que fue concedido el 9 de diciembre de 2010 (cfr. fs. 1280)), y fue fundado mediante la expresión de agravios que corre a fs. 1281/1301, contestada por la parte actora afs. 1304/1312, y

CONSIDERANDO:

El Dr. Francisco de las Carreras dijo:

1.- Esta Cámara, a fs. 556/559, sobre la base de considerar sorpresivo, breve y fatal el plazo de transición establecido en el art. 161 del nuevo régimen legal de medios audiovisuales, dispuso la suspensión de sus prescripciones respecto del Grupo Clarín S.A., titular de un número de licencias y registros mayor de los permitidos en la ley 26.522.-/-

Para fundar esta decisión se indicó que se encontraban afectados "prima facie" derechos y garantías expresamente reconocidos en la Constitución Nacional, en especial, el derecho de propiedad, el derecho de prensa y de informar.-

2.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional contra aquélla, indicando que: a) circunscripta la cuestión a decidir a la brevedad del plazo para cumplir la desinversión prevista en el art. 161, la suspensión de su aplicación respecto de la actora no afecta la aplicación general de la ley;; b) la demandada no () acreditó un perjuicio que no sea susceptible de reparación ulterior; c) si el proceso demorara un tiempo excesivo se permitiría a la actora obtener un resultado análogo al éxito de la pretensión substancial (sentencia anticipatoria), viéndose afectado el sujeto pasivo de manera irreversible si la resolución es mantenida sine die desnaturalizándose la cautelar y frustrando el derecho federal invocado; d) consideró conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la protección cautelar, que podrá ser promovido por el demandado si no fuera establecido de oficio; y, e) la solución armoniza y equilibra el interés general en la aplicación de una ley frente al derecho individual afectado en el proceso (fs. 622/626).-

3.- Sin perjuicio de lo anterior, luego de la primera y antes de la segunda decisión mencionada, la autoridad de aplicación dispuso la reglamentación del art. 161 de la ley mediante la Resolución AFSCA 297/10 (B.O. 8/9/2010) que, en lo que aquí interesa, estableció los mecanismos de transición para la situación de quienes se encontraban alcanzados por aquélla.-

4.- En este marco la demandada replanteó el levantamiento de la medida cautelar ordenada y, eventualmente, la fijación de un plazo para su vigencia.-

Fundó su posición en que: a) lo establecido en la reglamentación del art. 161 debe ser cumplido por el actor; b) el hecho de que el Grupo Clarín omita esa normativa lo transforma en incumplidor; c) el incumplimiento ocurrió luego del dictado de la cautelar, lo cual es una circunstancia novedosa que justifica que sea dejada sin efecto; d) la Corte Suprema ordenó la fijación de un plazo límite para la vigencia de la cautelar; e) ello no fue realizado por el "a quo" y debe ser establecido por la Alzada.-

Oportunamente, el magistrado "a quo" desestimó ambas peticiones en su pronunciamiento de fs. 1273/1276, lo que fue apelado por el demandado a fs. 1279, agraviándose a fs.

1281/1301. La contestación obra a fs. 1304/1312.-

5.- Así planteada la litis, la materia a resolver se circunscribe a dos cuestiones, a saber: 1) el levantamiento de la medida cautelar; y, 2) la solicitud subsidiaria de la fijación de un plazo límite para la vigencia de la suspensión del art. 161 respecto del patrimonio del Grupo Clarín.-

6.- Primera cuestión: Levantamiento de la Medida Cautelar:

Desde mi punto de vista, debe confirmarse la desestimación de la pretensión del Estado Nacional, por cuanto no existe una modificación jurídicamente relevante de las circunstancias que llevaron al dictado de la orden judicial.-

Así lo pienso sobre la base de considerar que la resolución N° 297710 es un acto administrativo reglamentario que no se ajusta a la situación jurídica consolidada a favor de la actora en la resolución cuestionada.-

En electo, el dictado de un acto administrativo reglamentario de una norma que se encuentra suspendida carece de entidad jurídica suficiente, ni es siquiera novedosa para la causa, si de este modo se pretende forzar la aplicación del art. 161 de la ley, toda vez que este temperamento resulta jurídicamente incompatible con aquella habida cuenta de su vigencia, oponibilidad y ejecutoriedad.-

Adviértase que la Administración Pública no se encuentra por encima de las decisiones alcanzadas por el Poder Judicial en el ejercicio regular de sus facultades constitucionales. Este es el sistema legal vigente en la República Argentina, donde la mecánica del equilibrio de poderes, previsto en la Carta Magna, sustenta y garantiza el cumplimiento de las mandas judiciales presupuestada cuyo respeto ningún habitante, ni autoridad investida por el pueblo, puede sustraerse.-

En el sub judice es la autoridad administrativa quien debe ajustar su conducta a lo establecido por los tribunales dentro del ámbito de su competencia, y no a la inversa.-

Ello es así por cuanto, no hay incumplimiento si no existe previamente una obligación legalmente exigible; y no hay obligación si el Grupo Clarín ha sido eximido por una decisión judicial de la aplicación del art. 161 de la ley.-

Pretender que la actora adecue su conducta a la reglamentación de esta norma, y que por no haberlo hecho se encontraría incurso en incumplimiento, y sobre esta base fundar el levantamiento de la medida judicial que ordena precisamente lo contrario, supone un temperamento reñido con el Estado de Derecho, las premisas básicas de la convivencia social aseguradas en la Ley Fundamental.-

En suma, el dictado de la Resolución 297/10 es, en este juicio, irrelevante, toda vez que reglamenta una norma cuyo efecto jurídico se encuentra suspendido para la accionante por una decisión judicial anterior. No hay por lo tanto ni omisión, ni incumplimiento achacables.-

En tales condiciones, tiene plena vigencia lo establecido por este tribunal a fs. 556/559 en resguardo del derecho de propiedad y de la libre expresión de las ideas fundado en derechos adquiridos por licencias y autorizaciones acordadas al amparo del régimen legal anterior, por cuanto no se ha conmovido que, como ya lo tienen establecidos tres tribunales federales de distinta instancia, la pretensión del actor resulta verosímil al amparo del derecho constitucional de propiedad y de la garantía de la libre expresión de las ideas (arts. 17 y 14 de la Constitución Nacional), no constituyendo la Resolución 297/10, ni su supuesto incumplimiento, una modificación de circunstancia alguna jurídicamente oponible en la causa. Admitir lo contrario resulta incompatible con los postulados de nuestra Carta

Magna.-

A mayor abundamiento, recuérdese que la C.S.J.N. tiene dicho que "... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más 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 art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica ..." (Fallos: 248:291, consid. 25). Lo contrario pondría en evidente riesgo el deterioro de las libertades públicas.-

En este orden de ideas, es oportuno recordar que la delicada cuestión en debate involucra la auténtica vigencia de la libertad de expresión en términos constitucionales, la cual se encuentra reconocida y garantizada de que todos los habitantes tengan la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de las cuestiones que suceden en la República en un momento determinado, protegiendo la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico tutelado. Este derecho, además, valga reafirmarlo, es inherente a toda la población como también a los titulares o permisionarios de los medios de difusión (arg. "Red Lion Broadcasting Co v. FCC", 395 U.S. 367).-

En efecto, no puede dudarse que es sólo en un contexto que permita la expresión libre de las íntimas convicciones y el ejercicio del derecho a la crítica donde crecen y se fortalecen las instituciones republicanas, constituyendo además la libertad de expresión uno de los pilares básicos de la sociedad democrática, lo que es consistente y adecuado, también, a la concepción moderna del hombre libre.-

Es en el derecho de informar, de criticar o, incluso, en la legítima labor de generar una corriente de opinión que puede no ser coincidente con aquélla a quien afectan los dichos, en que se sustenta una sociedad democrática, resultando más valioso el bullicio de la prensa libre que el silencio inducido de cualquier origen.-

No menos importante es recordar que si bien es cierto que en cuestiones de esta naturaleza pueden existir situaciones donde los intereses públicos sean equiparables a los respetables intereses privados, no lo es menos que, en el particular supuesto de autos, no estamos frente a un peligro de vida de nadie, ni a un riesgo de salud de la población, ni tampoco a la posible afectación de la seguridad y tranquilidad públicas. Sin embargo, sí vale destacar, resulta altamente conveniente extremar el celo en este tipo de cuestiones, alejando cualquier duda o sospecha de que mediante la utilización de instrumentos legales que se presentan como legítimos se intente avasallar el derecho de propiedad de los medios de comunicación social, y con ello la difusión de la información y la libre expresión de las ideas.-

7.- Segunda cuestión: El requerimiento subsidiario de fijar un plazo límite para la vigencia de la medida de no innovar.-

Otro temperamento suscita el tratamiento de la siguiente cuestión: la extensión del plazo de vigencia de la cautelar.-

Veamos.-

7.a).- La provisionalidad de las medidas cautelares es inherente a la naturaleza de este instituto, de tal modo que la variación de las circunstancias existentes al tiempo de su dictado justifican en principio su posibilidad de revisión.-

Tal modificación no puede fundarse en este caso en el dictado de la Resolución 297/10, ni

en su incumplimiento por el actor, por cuanto no existe obligación jurídicamente relevante si el art. 161 se encuentra suspendido por la decisión judicial.-

Sin embargo, la Corte Suprema sí ha decidido la inconveniencia de mantener "sine die" la cautelar tal como está dictada (Considerando 7º, pág. 624), ponderación que no puede prescindirse del análisis de las circunstancias adjetivas que informan la controversia.-

7.b) En este marco, debo destacar que no se evidencia ninguna situación abusiva por parte del actor, quien en todo momento se presentó adecuando su conducta a los requerimientos del juez, manteniendo una diligencia razonable, e instando al progreso del juicio solicitando dos veces la notificación de la demanda (fs. 1345 y 1348 de este incidente; fs. 162 y 166 en el principal). Por otra parte, habiéndose impreso a la acción el proceso ordinario (fs. 1339 aquí y fs. 128 en el principal), existe consistente, oportuna y pertinente prueba ofrecida inicialmente por el actor (fs. 84/86 en el principal, ampliada a fs. 125/126, ver fs.

1336/1337 de este incidente), a saber: a) documental; b) testimonial; c) informativa y, d) pericial técnica contable y económica. Nótese que el cumplimiento de estas dos últimas, no depende estrictamente de la diligencia del actor por cuanto deben ser producidas por terceros para ser adquiridas en el proceso.-

7.c).- Las consecuencias del mantenimiento de la cautelar no son las mismas para el actor que para el demandado. En efecto, mientras que resulta impensable que se vea afectado el desenvolvimiento normal del Estado Nacional por su subsistencia, no ocurriría lo mismo con el grupo accionante, cuya actividad empresarial y derecho de propiedad aparecen como seriamente amenazados por la aplicación del régimen impugnado, cuando no para toda la ciudadanía la oferta informativa y de opinión.-

7.d).- En este marco circunstancial, frente al interés general de la vigencia plena de una ley federal, teniendo en especial consideración lo señalado por la Corte Suprema en cuanto a la prevención del ejercicio abusivo de los derechos que excedan los estrictos límites del verosímil derecho del actor, tengo para mí que, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Suprema, el plazo a fijarse debe resultar: 1) coherente con el sistema jurídico argentino; 2) prudente con los derechos en juego; 3) adecuado a las circunstancias del caso; 4) no frustratorio de los intereses en conflicto; 5) conveniente en función de las circunstancias de la causa; y 6) justo para las partes.-

En particular, cualquier límite podría legítimamente ser considerado arbitrario por cualquiera de los contendientes, o ambos simultáneamente, argumentando el actor que es mínimo y la contraparte lo contrario. Por otra parte, para el juzgador resulta particularmente dificultoso predeterminar cuándo lo es y cuándo no lo es teniendo en cuenta los elementos sustantivos de la causa apreciados de modo objetivo. Tampoco hay que olvidar que, por esta vía, la demandada, eventualmente beneficiada por un plazo breve, podría tender a poner obstáculos al progreso del proceso a fin de procurar obtener el levantamiento de la cautelar por su agotamiento con anterioridad a que la contraparte obtenga una respuesta definitiva a su reclamo mediante una sentencia útil.-

Por último, la fijación de un plazo de vigencia de la cautelar menor a la caducidad de cada licencia sin motivo fundado se podría pensar como un cercenamiento arbitrario de los derechos adquiridos por el grupo actor, por cuanto: a) en la acción de fondo el Grupo Clarín cuestiona la constitucionalidad de la venta compulsiva ("desinversión forzada") frente a los derechos adquiridos que ostenta (fs. 63 punto 3 y 4, y fs. 71 punto 4.2.3.); y b) no se avizora hasta el momento la existencia de elemento alguno que conduzca a justificar una limitación que desnaturalice, apriorísticamente, la protección suficiente del derecho de propiedad tal como lo hace el art. 17 de la Constitución Nacional, donde no existen

distingos, ni cortapisas de ninguna especie.-

En tales condiciones, atendiendo a todo lo hasta aquí expuesto en cuanto que: a) el actor es titular de licencias legal y oportunamente adquiridas anteriormente y prorrogadas en 2005; b) estos derechos tienen, por su naturaleza, un límite temporal de vigencia en un proceso al que se le ha impreso el trámite ordinario; c) frente al dictado de un régimen legal novedoso que los desconoce parcialmente, los limita o hace peligrar su subsistencia, se ha dictado una orden de no innovar que se encuentra vigente; d) esta suspensión no puede exceder el límite de cada uno de los derechos asegurados; e) resulta conveniente que la cautelar tenga términos claros y precisos, ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; f) se debe evitar no desnaturalizar el remedio procesal subvirtiendo el ordenamiento jurídico; y g) se debe asegurar la legítima protección del derecho del actor que aparece como verosímil, me encuentro persuadido que la vigencia de la cautelar; establecida en términos equitativos, y por el momento (art. 202 del Código Procesal), no puede ser menor al plazo de 36 meses, el que se estima normal para el proceso ordinario tal como se encuentra legislado en el código de rito, cómputo que se deberá efectuar a partir de la notificación de la demanda.-

La doctora María Susana Najurieta dijo:

I.- El memorial del Estado Nacional, por el cual sustenta su apelación contra la resolución de fs. 1273/1276 corre a fs. 1281/1301 y recibió la contestación de la parte actora de fs. 1304/1312.-

Coincido con mi colega, el Juez Francisco de las Carreras, en que la materia a resolver comporta dos cuestiones esenciales: a) el levantamiento de la medida cautelar y b) la solicitud planteada en forma subsidiaria de fijación de un plazo para la vigencia de la medida cautelar dictada en autos, que suspende la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 respecto de las empresas demandantes.-

2.- Respecto de la primera cuestión, comparto plenamente el argumento que considera que el dictado de la resolución AFSCA N° 297/10 no implica una modificación de las circunstancias que determinaron la decisión cautelar que dio motivo a la resolución de esta Sala del 13/5/2010 (fs. 556/559), confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que nuevamente se cuestiona. Vigente el efecto de la traba de la medida cautelar, la parte actora no tenía la obligación de adecuar su conducta a la reglamentación del art. 161 de la ley 26.522 y, por tanto, no está incurso en incumplimiento que se derive de tal motivo.-

La Corte Suprema de Justicia destacó que la decisión que esta Sala tomó a fs. 556/559 se encuadraba dentro de los criterios tradicionales empleados por los tribunales de la Nación respecto del dictado de medidas cautelares y que no se configuraba un supuesto de gravedad institucional (considerando 5°, sentencia del 5/10/2010).-

En efecto, esta Sala llegó a la conclusión de la verosimilitud del derecho de la actora -y de la afectación sustancial y caracterizada de su derecho de propiedad por modificación de las reglas de juego- tomando en consideración el plazo establecido en el artículo 161 de la ley 26.522 a partir del cumplimiento de los pasos que indicaba esa norma. Adviértase, además, que la resolución AFSCA N° 297/10 es anterior a la desestimación del recurso extraordinario y que el Alto Tribunal se pronunció en el sentido de que la medida cautelar dictada en autos no afecta de ningún modo la aplicación general de la ley 26.522. En estas condiciones, no corresponde ningún nuevo pronunciamiento sobre argumentos que reprochan la original admisibilidad de una medida que ha sido confirmada por la Corte

Suprema de Justicia (art. 202 del Código Procesal, primera frase; Sala 1, causa 4004/92 del 20/10/98; Sala II, causa 15.169/94 del 29/8/95; entre otras).-

Lo expuesto conduce a confirmar la resolución apelada en cuanto desestima el levantamiento de la medida cautelar.-

Ahora bien: la Corte Suprema de Justicia (fs. 622/626) destacó el peligro de desequilibrar los derechos federales en juego, situación que se presentaría si la vigencia de la medida cautelar se mantuviese sine die y la parte actora pudiese obtener por vía de la resolución cautelar un resultado análogo al que alcanzaría por medio de una sentencia que acogiese favorablemente su pretensión sustancial. Ello nos introduce en la segunda cuestión a resolver, a saber, la fijación de un límite temporal a la medida cautelar.-

3.- Con relación a la fijación de un plazo de vigencia de la medida, comparto los argumentos desarrollados por el Juez de las Carreras en los apartados 7.a), 7.b) y 7.d) primer y segundo párrafo del voto precedente.-

Conviene recordar que la finalidad de la medida cautelar es garantizar la eficacia de la sentencia que pudiera dictarse en el proceso de fondo, y que el principio de la fijación de un plazo para su vigencia tiende a evitar que por el mero transcurso del tiempo, la parte que ha obtenido la medida logre una sentencia anticipada, de resultados análogos al fallo final de la causa.-

A pesar de la dificultad para tomar esta decisión sobre bases objetivas, se pondera la complejidad de la materia -que involucra cuestiones jurídicas relevantes pero también presupuestos tácticos imprescindibles a ser demostrados- y la prueba ofrecida por ambas partes litigantes en el juicio principal, sobre la cual existen impugnaciones que deberán resolverse en el proceso principal y en la primera instancia, todo lo cual anuncia una etapa procesal probatoria de intensa actividad.-

A ello debe sumarse la característica de provisionalidad que hace a la esencia de las medidas cautelares (artículos 202 y 203 del Código Procesal), como así también la circunstancia -destacada en el voto de mi colega- de que las licencias y autorizaciones tienen un límite temporal de vigencia, que continúa su curso durante el proceso contencioso ordinario que está en desarrollo.-

Por lo expuesto, en atención a que es intención del tribunal no desnaturalizar el remedio procesal subvirtiendo el ordenamiento jurídico ya que resulta altamente conveniente que la medida cautelar tenga términos claros y precisos, se fija en treinta y seis (36) meses -contados a partir de la notificación de la demanda- el plazo de vigencia de la medida cautelar que suspende la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 respecto de las empresas demandantes.-

Así expreso mi voto, en forma coincidente con la posición de mi colega preopinante.-

Por ello, el Tribunal RESUELVE: a) confirmar la resolución apelada en cuanto desestima el levantamiento de la medida cautelar de marras; b) fijar el plazo de vigencia de tal medida cautelar en treinta y seis (36) meses contados a partir de la notificación de la demanda; c) disponer que no hay afectación del derecho de defensa del Estado Nacional por la incorporación de documentos que la parte actora acompañó en ocasión de la contestación del traslado a fs. 1264/1272 y cuya autenticidad no fue negada por la parte demandada. Sin embargo, a fin de resguardar debidamente la igualdad procesal de las partes, se establece que las manifestaciones formuladas por el Estado Nacional en el acápite 11.4 de su memorial (fs. 1298), podrán ser tenidas en cuenta en su oportunidad;; y d) ordenar que las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado en atención a las

particularidades que exhibe la cuestión debatida y al resultado del recurso (art. 71 del Código Procesal).-

El Dr. Martín Diego Farrell no suscribe la presente por encontrarse recusado (cfr. fs. 535/536).-

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

Fdo.: Francisco de las Carreras - María Susana Najurieta