

Sobre el Fallo de la Cámara en el caso Clarín

Guillermo Mastrini y Damián Loreti

El miércoles 17 de abril se confirmó aquello que todo el mundo sabía. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal se expidió sobre la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, en un fallo en significó la continuidad de sus decisiones muy próximas a los intereses del grupo Clarín. Sin embargo, el fallo contuvo elementos sorprendidos. Especialmente porque cambió el eje de la discusión. Paso de la inconstitucionalidad de los plazos de adecuación, a una discusión mucho más interesante sobre límites a la concentración y la incidencia de la misma en el contexto de la protección a la libertad de expresión.

El fallo demuestra inteligencia porque saca de eje la estrategia legal del gobierno. Y lo hace de forma provocativa, porque utiliza como argumentos lo que Mario Wainfeld llama los “errores no forzados” del kirchnerismo. Ahí aparecen el decreto 527/05, y especialmente la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia respecto a la fusión Cablevisión-Multicanal, mostrando los límites del gobierno por una preocupación constante por la diversidad de medios. Sin embargo, estas son interpretaciones políticas, que deberían estar más allá de los considerandos de la justicia.

Por otra parte el fallo es astuto, porque declara constitucional el artículo 161 de la Ley de SCA, eje de la campaña pública del gobierno, y al mismo tiempo deja al gobierno sin la posibilidad de avanzar con modificaciones en la estructura de propiedad, lo cual, al mismo tiempo, debería ser muy preocupante para el resto de los jugadores de la actividad. De esta manera se comprueba a través de los hechos algo que habíamos señalado reiteradas veces: la ley es mucho más que el artículo 161. Y que existen muchas reglas de la propia ley y anuncios aún en espera de ser puestos en ejecución o profundizados.

Una última acotación de contexto. Si bien el juez de primera instancia no se había abocado a la cuestión de la relación entre tamaño de las empresas y libertad de expresión, ni en relación al grupo demandante ni en cuanto al paisaje completo de la

actividad, algo que era sustancial en esta causa, sí tuvo el mérito de acotar los márgenes de acción. En su fallo dejó sentado que lo que estaba en discusión era la constitucionalidad de la ley y no las políticas implementadas por el gobierno.

De los cuatro artículos analizados, la Cámara declaró constitucional los artículos 41 y 161, parcialmente constitucional el 45 e inconstitucional el 48 en el segundo párrafo. Nos centraremos en este artículo en el análisis del fallo en lo que respecta al artículo 45 ya que ahí radica el meollo de la cuestión.

El Fallo de la Cámara observa que es constitucional que el Estado regule la concentración de los medios de comunicación cuando usan recursos escasos como el espectro, pero señala que dichas limitaciones resultan arbitrarias e irrazonables cuando se trata de medios que no usan el espectro.

Antes de realizar una evaluación final, resulta conveniente realizar un recorrido de los argumentos utilizados por cada uno de los jueces.

En primer término dictamina la doctora Najurieta. Para ella el punto relevante “es la diferenciación de los servicios que se prestan con el uso del espectro radioeléctrico, de los otros servicios cuyas tecnologías no utilizan tal espacio como la televisión por cable...”. La juez destaca que estos últimos servicios quedan comprendidos por la ley 26.522/09 en sus artículos 1 y 4. Como es de público conocimiento no han sido objetados por parte alguna, lo que supone que la sociedad entera reconoce la capacidad del estado de regular sobre el sector del cable. A tal punto que las reglas del artículo 65 sobre programación no han sido objeto de planteo alguno.

Sin embargo, el argumento de la juez es que dicha regulación debe equilibrar la defensa de la competencia y el bien común con el respecto a la libertad de expresión. De lo que se desprendería que la parte actora debería probar que las restricciones impuestas por la ley 26522 afectan su derecho a la libertad de expresión.

La juez llega a una primera conclusión, cual es que es que los medios que usan el espectro radioeléctrico son susceptibles a una mayor reglamentación en base a derechos constitucionalmente protegidos. De esta afirmación, correcta a nuestro entender, no se

desprende que otros medios no sean susceptibles de reglamentación. La clave está en la palabra mayor, que no será retomada posteriormente en el fallo de la jueza.

Más adelante la juez señala que en la ley 26522 se produjo un cambio de política respecto a la orientación de la ley 22285 y sus modificaciones especialmente el decreto de necesidad y urgencia PEN 1005/99. Esta afirmación no se ajusta a la verdad. La ley 22285 en su redacción original era bastante restrictiva de la concentración, ya que sólo permitía acumular tres licencias de radiodifusión abierta, y como el Grupo Clarín no olvidará, impedía la propiedad cruzada con medios gráficos. Si bien es cierto que el gobierno de Carlos Menem estableció políticas que estimularon la concentración de los medios, mediante esta cita incorrecta la juez minimiza los antecedentes legislativos en materia de restricciones a la concentración en Argentina.

Seguidamente la Dra Najurieta señala que el control de constitucionalidad no puede prescindir del contexto general. Su fallo obviará una parte importante del contexto general como es la estructura del mercado del Cable. La juez agrega una cita de la Corte Suprema que señala que: “Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia”. Esto es lo que debería probarse en esta causa. Cabe recordar además que para la CSJN hasta el 22 de mayo de 2012, la actora no había remitido ninguna prueba al respecto.

A continuación cita el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los principios 12 y 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De ninguno de ellos se desprenden incapacidades del Estado para regular los medios de comunicación, sin importar el tipo de recurso de distribución que utilicen. Por el contrario, cuando el principio 12 advierte que " los monopolios y los oligopolios en la comunicación social restringen la democracia porque afectan la libertad de expresión y el derecho a la información de los ciudadanos", no se está haciendo referencia a medios que usan espectro, sino a todo el abanico de soportes para el ejercicio de la libertad de expresión. No hay modo de entender esto de otra forma, dado que el citado 13.3 de la CADH equipara al abuso de controles oficiales o particulares sobre papel para periódicos o frecuencias radioeléctricas. Y, como se sabe, los principios de la CIDH del año 2000 son estándares de interpretación del artículo 13 de la convención.

A partir del punto 17 se encuentran las partes más sustantivas del fallo en relación al artículo 45. La juez Najurieta **reconoce en primer lugar que no es experta en el tema ("corresponde asignar a tal medio probatorio (los peritos) significativa importancia cuando la materia sometida a peritación excede los conocimientos propios de los jueces")** cita a fs. 23

Dicho esto, procederá a analizar en qué medida la regulación de prácticas monopólicas y oligopólicas son compatibles con los derechos que gozan las empresas a partir de los artículos 14 y 32 de la CN que garantizan la libertad de expresión. Sobre el punto, debemos recordar que la ratio legis del artículo 32 de la Constitución - basta para ello ver las actas de las sesiones de la Convención Constituyente reformadora de 1860 - dista mucho de entender sobre cuestiones económicas de los medios de comunicación

En unas pocas frases, la juez reafirma el derecho a regular los medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico. E inmediatamente después, pasa a considerar los medios que no lo utilizan. Seguirá en su texto las palabras del perito en economía interviniente. De acuerdo a las citas de la juez, el mismo ha señalado

1. "Que la posibilidad para quien explota televisión abierta, de producir señales y de distribuirlas por cable es una articulación horizontal inherente al negocio que lo hace sustentable".

Al respecto cabe señalar que la conveniencia de la concentración vertical y horizontal para el desarrollo de un negocio resulta de una obviedad que no debería requerir de la certeza de un perito. Sin embargo, esto no es obstáculo para poner límites a los procesos de integración en los medios de comunicación como existen en muchos, por no decir muchísimos, sitios en el derecho comparado. Fruto, además, de que en muchos ejemplos la televisión por cable es un servicio de telecomunicaciones, la ratio legis de permitir a empresas de telecomunicaciones dar servicios de radiodifusión tampoco es una obviedad.

Aún concediendo la hipótesis, de ella no se desprende que dichos niveles de concentración sean “inherentes para su sustentabilidad”. En primer lugar esto debería ser probado. A modo de contraprueba se pueden citar cientos de casos de empresas de televisión abierta y de cable que se han sostenido en el tiempo, en Argentina y en el mundo entero, sin ostentar dicha condición “inherente” a su sustentabilidad. Los rechazos judiciales (Casos Prometheus I y II) de la Corte Federal del 3o. circuito de los Estados Unidos al proyecto de relajamiento de los límites de concentración en los 20 mercados más relevantes de dicho país es una muestra al respecto. Los límites al proceso de concentración de Vivendi es otra y podríamos seguir abundando. Pero esta jurisprudencia no es citada en el fallo.

2. “que la limitación numérica a valores absolutos de las licencias de TV por cable no se justifica por su uso de un medio limitado”. Esto sería opinablemente cierto si la discusión se centrara en terminales de producción de bienes físicos.

3. agrega: “que la limitación numérica no se justifica económicamente pues incrementa los costos medios, y en el caso concreto del Grupo Clarín, conduce a pérdida de eficiencia y subutilización de la red de fibra óptica que ha sido tendida sobre la base de la autorizaciones que precedieron a la sanción de la ley”.

Aquí resulta conveniente detenerse y analizar cada oración. En primer lugar cabe destacar que no es función del legislador justificar económicamente las leyes que dicta. En todo caso es función de la parte actora demostrar que en este caso afecta su posibilidad de seguir expresándose libremente y que el mantenimiento de la situación no afecta el derecho a ingresar a la actividad o mantenerse de terceros. En este sentido el perito va de nuevo por mal camino. Que la obligación de desprenderse de empresas puede significar pérdida de la eficiencia, tampoco es necesariamente obvio. Ello no implica en sí mismo menoscabo alguno a la libertad de expresión y en la medida en que tales medidas contribuyen a evitar prácticas predatorias que afecten tanto el nacimiento como el funcionamiento de otros emprendimientos comunicacionales, menos aún podría afirmarse.

No es función del legislador asegurar los beneficios económicos de las empresas, menos los de aquellas que ostentan posiciones privilegiadas en el mercado de los medios. En el

mismo sentido, la subutilización de la red de fibra óptica no es un problema de libertad de expresión. Al contrario, si se quisiera proteger la mejor utilización de tendido de fibra óptica del Grupo Clarín, lo mejor otorgarle el mercado en régimen de monopolio, ya que de esa forma alcanzaría la rentabilidad más alta. La juez debería justificar en qué medida la reducción de licencias afecta su libertad de expresión y sobre todo en cuánto a la posición relativa respecto del conjunto. Pero nada de ello aparece en el fallo.

4. “la limitación de licencias contenidas en el art. 45 coloca a Cablevisión en desventaja competitiva respecto de la televisión satelital, porque sólo Direct TV cuenta con licencia satelital de alcance nacional”. El experto en economía aquí no sólo se confunde en materia de libertad de expresión. Aquí también se confunde en economía y tecnología. El artículo 45 inciso 1, permite tener una licencia de servicios satelitales de alcance nacional a cualquier empresa del país, pero sólo eso y nada más que eso, lo que la deja fuera de otros modos de convergencia económica. El grupo Clarín no tiene ninguna desventaja porque puede solicitar una licencia de televisión satelital nacional cuando así lo considere oportuno. Sería un típico caso de movilidad de capital hacia zonas eventualmente más rentables. No demuestra tampoco, porqué tener una licencia nacional de televisión satelital afecta la libertad de expresión de la actora ni de nadie. Antes bien, las características particulares de la tv por satélite impide otro tipo de prestaciones de red y la juez, o el perito, omiten las mejores condiciones emergentes de tener los cables señales locales, que son aquellas en que la población del país se apoya para informarse de los temas que le conciernen, además de internet por doble vía o la prestación de triple play.

La TV por satélite no hace ello, es insuficiente e inapta para tales fines técnicos, de servicios e informativos, además de que si bien "ilumina" su foot sprint o pisada todo el continente, en suelo argentino no puede tener más del 35% del mercado de la tv por suscripción, tal como dice el mismo artículo en cuestión. Es ostensible que el costo del satélite se amortizaría mejor si no hubiera topes de mercado.

5. “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”. Esto es relativo. Los casos de concentración pueden implicar políticas de subsidios cruzados que afecten la competencia, y consiguientemente el pluralismo, al

paquetizar la compra de programación y de los espacios publicitarios (dado que no funcionan ante terceros como unidades de negocios autónomas) y, al mismo tiempo, el tamaño de los grupos puede significar elevar las barreras de entrada a nuevos operadores (y por lo tanto impedir su libertad de expresión y participación del share). Existen reglas en la FCC estadounidense y en la propia ley de comunicaciones prohibiendo hipótesis de propiedad cruzada, aún con medios que no usan espectro como los diarios, lo que ha sido ratificado por la Corte Suprema de ese país reiteradas veces.

De todas formas, es justo reconocer, que este punto de la ley 26522 es más discutible que los anteriores. Pero así como se ha cuestionado durante décadas el ingreso de las cooperativas de servicios públicos al negocio del cable, precisamente por el efecto predatorio posible emergente del subsidio cruzado y de allí el artículo de la LSCA que requiere una unidad de negocios por separado, en el caso de la propiedad cruzada, por efectos de pluralismo, diversidad y uso racional del espectro, no se admite la superposición de servicios abiertos de TV con servicios por suscripción. El caso es que el fallo asume que suscripción implica cable sí o sí, y ello es un error. Y esa misma ratio prohíbe que quien haga tv satelital haga cualquier otra cosa.

Sin embargo cabe recordar que en el artículo 43 de la ley 22285, se limitaba la posibilidad de tener dichos servicios en forma conjunta si había un solo operador de radiodifusión. Claro que la juez había dicho que la ley 22285 enfocaba el tema de otra manera, y no regulaba la concentración por lo que no puede reconocer los antecedentes jurídicos. Desde el punto de vista de quienes suscriben, es razonable impedir la propiedad conjunta de canales de televisión y distribuidoras de cable cuando hay un solo operador en alguno de los mercados. O en todo caso - podríamos admitir como opinable la concreción de reglas de unidades de negocios por separado. Es decir, no todos los casos son iguales y el fallo da por sobreentendido que sí lo son.

6. El perito observa que la limitación establecida para las distribuidoras de cable de contar con más de una señal propia, restringiría la competencia en beneficio de grandes grupos internacionales. Esto es muy discutible. Omite que los únicos locales que tienen esa restricción, para evitar el efecto *gatekeeping* sobre la competencia, son los que son dueños de los soportes, lo que también habría de ocurrirle a extranjeros que invirtieran por tratados de reciprocidad autorizados en la actividad. Encierra el tema varias

discusiones como un poliedro. ¿Sería admisible la obligación de incluir señales de la competencia o se reclamaría que hay violación a la libertad de expresión por imposición de contenidos? Recordemos la dificultad para la difusión de Paka Paka o en qué lugar de la grilla estuvo hasta hace unos años el canal de la ciudad de Buenos Aires, o si se puede ver Telesur. Se podría entender que el problema se soluciona con la regulación de la cantidad de señales que pueden distribuir los grupos internacionales, lo que está fuera de la cuestión de la causa, pero también trae sus complejidades. Citemos por caso que se ha reclamado la inconstitucionalidad de la LSCA en Salta por ser obligatoria la inserción de contenidos locales. O sea, que en Salta hubiera contenidos salteños fue denunciado hasta lograr una cautelar luego revocada. Volviendo al punto, y por el contrario a lo que sostiene la sentencia, existen numerosos ejemplos de prácticas anticompetitivas y de abuso de posición dominante de parte de las distribuidoras de cable en beneficio de sus señales, afectando la libertad de expresión de otras empresas, tal como hemos visto. Sería largo de citar, pero en más de un caso se logró su inserción por vía de reclamos judiciales.

7. “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”. Otra verdad de Perogrullo: la reducción de la audiencia afecta la disponibilidad de fondos. Si cada caso de reducción de la audiencia afecta la libertad de expresión, habría que prohibir la competencia entre canales, porque es precisamente el efecto que se genera con los cambios de programación: el aumento/reducción de la audiencia, y la redistribución de los mercados publicitarios. Sería conveniente que para sostener este punto, al menos se indique una tendencia a partir de la cual la reducción de fondos afecta la sustentabilidad de un grupo. Es muy difícil sostener en forma coherente y lógica, que si el primer grupo de medios del país tiene que reducir su facturación se verá afectado en su sustentabilidad, porque de lo contrario no se explica como subsisten el resto de los medios del país que, como resulta obvio, facturan menos que el grupo Clarín. En todo caso, el perito y la juez deberían presentar una estimación de cual sería el umbral a partir del cual se vería afectada la sustentabilidad. Pero eso es mucho más complejo de realizar, que afirmar una obviedad. Pero advertimos que ello daría pie a una discusión de mayor envergadura sobre el rol del estado y el sustento al pluralismo con fondos públicos o direccionando fondos privados.

De estos siete puntos, sin citar todavía jurisprudencia alguna, la Dra. Najurieta llega a la conclusión que los apartados del artículo 45 referido a la televisión por cable resultan una restricción innecesaria e irrazonable. No es tarea de los jueces opinar sobre la necesidad de las restricciones, porque esa es tarea del congreso y no de la justicia la adopción de políticas de estado para el fomento de pluralismo y la diversidad. Lo que no parece quedar establecida en la sentencia es la irrazonabilidad de las restricciones.

Más si se considera el contexto, tal como estipuló la Dra. Najurieta. Los argumentos del perito nada dicen que en Argentina el cable tiene una penetración del 80 por ciento de los hogares, y que el grupo Clarín controla el 60 por ciento de dicho mercado. Si la condición de sustentabilidad de las empresas depende de dicho nivel de dominio de mercado, queda claro que estamos hablando de un monopolio natural. Pero afirmar esto no parece guardar relación con la defensa de la libertad de expresión. Tampoco nada dice el fallo, respecto a que en el año 1990 había en Argentina aproximadamente 2000 empresas de cable, reducidas a menos de la mitad en la actualidad. Dicho proceso de concentración fue encabezado por el Grupo Clarín. En otras palabras, tratándose de consideraciones referidas a la posición en el mercado de la actora, prescinde completamente de los efectos del fallo sobre aquel y de los antecedentes que lo constituyeron como lo que es hoy.

La juez señala que “las limitaciones son un perjuicio a la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a las finalidades perseguidas. Las reglas impugnadas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos”. De lo primero no se deriva necesariamente un ataque a la libertad de expresión o al menos no se aportan datos al respecto. La finalidad de la ley no es proteger la sustentabilidad de las empresas sino asegurar la libertad de expresión al conjunto de la sociedad, y no a un grupo de medios, planteándose como sustento legal para la promoción y desarrollo de instancias de pluralismo y diversidad. Efectivamente la ley no contribuye a abaratar los precios ni tendría por qué hacerlo. Los estándares de interpretación de los mandatos del sistema interamericano no reclaman en ninguno de sus pronunciamientos cosas del estilo. Con ese criterio, se podría reclamar el no pago de impuestos, de las vacaciones del personal o la derogación de los convenios colectivos. Todo ello contribuye a abaratar costos, pero no hace un país con mejores condiciones,

ni más plural, ni más respetuoso por la libertad de expresión. Baste recordar que en algún momento se reclamó por la inconstitucionalidad del aguinaldo porque se pagaban trece sueldos por doce meses de trabajo.

Como señala Gustavo Arballo en su Blog “Saber derecho”: “Del hecho de que el fallo tenga un impacto adverso para la competitividad particular del actor no se sigue que sea malo para la competitividad general del mercado regulado, lo que implica una falacia de composición: sin darse cuenta está proyectando el dato de una de las partes al todo, o piensa que el Grupo Clarín encarna el bien común”.¹

La juez agrega que “la sustentabilidad financiera de una empresa guarda correspondencia con el grado de independencia y de eficacia en su función de expresar ideas y opiniones (...) Cuando se conjuga la reducción de la audiencia, la disminución de la publicidad privada y la falta de avisos oficiales, ello conduce a la inseguridad económica que afecta a la actividad periodística. Ello es así pues la empresa debe optar por mantener su integridad en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno”.

Esta frase también merece ser analizada con detalle. En primer lugar, para la Dra Najurieta existiría una independencia ontológica de los medios de comunicación, que existirían gracias al aire. Dicha independencia sería totalmente ajena al condicionamiento de los que tienen recursos económicos o el gobierno. Sería bueno que se nos esclareciera con algún ejemplo de dichos medios. Por otra parte, se introducen criterios ajenos a la causa como los vaivenes del mercado publicitario y de los anuncios oficiales. Esta prejuzgando que las tres cosas ocurren en estos momentos, sin haberse aportado prueba alguna en el expediente o al menos no se la menciona. Pero aún si eso fuera cierto, la conjunción de estos elementos no guarda relación con el artículo observado.

Y como señala Gustavo Arballo: “En cualquier caso -y dejando de lado lo que ocurra en Ley de Medios- el criterio es profundamente regresivo, en la medida en que implica que

¹ <http://www.saberderecho.com/2013/04/ley-de-medios-fallo-de-fondo-segundo.html>

un modelo de negocios determinado (que no es el único posible) debe ser el parámetro para articular el control de constitucionalidad.”²

Para justificar la inconstitucionalidad de la restricción de un máximo de 35 por ciento de mercado a un mismo operador, se cita sólo: UN CASO. La juez recurre al famoso caso COMCAST vs. FCC por el cual se limitó las capacidades de la FCC de regular el mercado norteamericano.

Lo particular del caso COMCAST es que se destaca, como lo señala la sentencia, que en la regla de la FCC es de 1993 y estableció el límite de suscriptores en un 30%. Dice el fallo norteamericano “Mucho ha cambiado en la industria de la televisión por suscripción desde 1993: El número de redes ha aumentado cinco veces y las empresas de televisión por satélite, que eran actores secundarios en los años 90, ahora sirven a un tercio de todos los suscriptores. Mientras tanto, la FCC ha cambiado dos veces la fórmula que se utiliza para determinar el número máximo de abonados que un operador de cable puede servir, pero el límite de abonado siempre se ha mantenido en 30%.”

La cita del caso Broadcasting System Inc. Vs. FCC no es en absoluto pertinente tomando en cuenta qué se debate en cada uno de los casos. En ese antecedente de la jurisprudencia de los Estados Unidos no se discutía sobre temas de límites de concentración, tampoco de propiedad. En el juicio se dirimía sobre la aplicación de las reglas del *must carry* en los sistemas de cable de Turner. Las reglas del *must carry* en la Argentina no se hallan cuestionadas ni en este ni - hasta donde sepamos - en ningún otro expediente

Como podrá observarse, no es esa la situación del mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, donde no se han verificado estos índices de crecimiento de redes propiedad de diversos actores; muy por el contrario, si bien han mejorado tecnológicamente las redes existentes desde 1999, se ha incrementado su nivel de concentración. Han sido las actoras precisamente quienes han llevado adelante el más importante proceso de concentración de redes de televisión por cable verificado en la Argentina.

² <http://www.saberderecho.com/2013/04/ley-de-medios-fallo-de-fondo-segundo.html>

Señaló el tribunal sentenciante en Estados Unidos que la FCC no había demostrado que permitir a un operador de cable prestar servicio a más de un 30% de todos los suscriptores de cable, amenazaría con reducir la competencia y la diversidad en la programación. Contempló para ello que existían abundantes pruebas de que la competencia era cada vez mayor entre los proveedores de video: los proveedores de satélite y fibra óptica de vídeo [telefónicas] habían entrado en el mercado y crecieron en cuota de mercado desde que el Congreso aprobó la Ley de 1992, y particularmente en los últimos años. Los operadores de cable, por lo tanto, ya no tenían el poder y la capacidad de bloquear la programación que se refería al Congreso en 1992. En segundo lugar, durante el mismo período se había producido un aumento espectacular tanto en el número de redes de cable como en la programación disponible para los abonados.” (aclaramos que la ley Clinton de 1996 permitió a las telefónicas dar cable y a los cables triple play). Y este fue el punto crucial de los considerados del decisorio de la justicia norteamericana al descalificar la pauta del 30%, circunstancia que hace inaplicable dicho precedente en la Argentina en la que se verifica una situación fáctica sustancialmente distinta. Pero nada de esto se cita en el fallo.

Basta esto para señalar que lo que en el fallo bajo análisis (Comcast v. FCC) para la justicia norteamericana resultó arbitrario, no lo es para el mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, altísimamente concentrado y con fuertes barreras de entrada regulatorias hacia las prestadoras de servicios públicos de telefonía (incumbentes). El fallo es un antecedente importante, pero debe ser considerado en el país que es implementado, que es un mercado completamente diferente al argentino. Por empezar se trata de un mercado mucho más grande, que permite que existan grandes empresas sin dejar al resto de las empresas sin poder alcanzar las mismas economías de escala que resultarían indispensables para lograr la sustentabilidad. Por otra parte, en el mercado norteamericano, las empresas de cable compiten con las de telecomunicaciones. En Argentina el mercado del cable está expresamente protegido de la entrada de las telecomunicaciones, por lo tanto resulta conveniente promover la competencia en su interior.

Seguidamente la juez indica que la ley constituye un desequilibrio que perjudica desproporcionadamente los derechos de un medio independiente y por lo tanto conduce a la inconstitucionalidad. Algunos consideramos que la función de la justicia es, entre otras, proteger a “los” medios independientes y variados, y muchos y plurales. Nótese que este fallo es recurrente a lo largo de la exposición de la juez y los efectos del fallo, de ratificarse, serán devastadores para la competencia existente y para la vocación de aparición de nuevas voces.

El fallo del juez Guarinoni es más corto pero más sofisticado, aun cuando al igual que la Dra Najurieta, es propenso a dejar frases orientadas a lecturas políticas sin que guarden relación directa con la causa. Así por ejemplo, reconoce que la posibilidad de contar con la mayor variedad de opiniones justifica la existencia de regulaciones que propendan a la libre competencia en medios, pero desliza que la ley y su aplicación están destinadas a aumentar la propiedad estatal de los medios. Es una obviedad mayúscula aunque se tomo como un demérito. La ley de la dictadura y sus empeoramientos neoliberales limitaban el rol del estado a actuar donde no había privados. Y como señaló el juez de primera instancia, lo que se juzga es la ley y no sus aplicaciones posteriores. Por el contrario, es preciso recordar que para la instalación de una repetidora del canal estatal nacional en San Rafael hubo que superar un juicio en la Cámara Federal de Mendoza, hecho que nos exime de mayores comentarios. No sin antes dejar sentado que la población sanrafaelina solo tenía derecho a ver una señal abierta, y que el crecimiento sin límites de una empresa de cable nos llevará a ver sólo una oferta.

Para el juez Guarinoni la libertad de expresión es un bien fundamental a proteger. Y para garantizar que no haya en el sector prácticas anticompetitivas propone por toda protección las normas generales de defensa de la competencia. Es decir que para proteger un bien fundamental, alcanza con la misma protección que la que se otorga a la industria del tabaco o el aceite. Se desconoce de esta manera la especificidad de la comunicación social y de la

economía de los medios de comunicación, así como los mandatos del sistema interamericano al respecto.

A criterio del Dr. Guarinoni, para garantizar la libertad de expresión es necesario observar si las regulaciones permiten un mayor o menor número de personas en la prestación de los servicios. Agrega que a mayores limitaciones técnicas o económicas, mayor será la potestad regulatoria del estado en pos de garantizar la libertad de expresión. De estas afirmaciones correctas, no se desprende que el establecimiento de límites a la concentración afecte a la libertad de expresión.

El Juez realiza un recorrido más amplio por la jurisprudencia y aporta varios casos de la justicia norteamericana, tomada de acuerdo a Guarinoni como fuente de los artículos de la CN que protegen la libertad de expresión. Básicamente aporta que en el caso de la televisión por cable en USA, las limitaciones fijadas para los cableoperadores de un 30 por ciento eran capciosas y arbitrarias. El juez agrega que el estado argentino no aportó pruebas suficientes sobre cómo la estructura concentrada del mercado de cable afectaría la posibilidad de existencia de otros operadores. Cabría responder que su propio fallo no aporta pruebas cuantitativas ni cualitativas de porqué la limitación de la concentración restringe la libertad de expresión. Como en el caso anterior, no considera la estructura totalmente diferente del mercado norteamericano. Tampoco considera que la reciente jurisprudencia norteamericana - salvo excepciones como el caso Prometheus - ha tenido como resultado un incremento notable en la concentración del mercado norteamericano. Los fallos recientes de los tribunales han sido las interpretaciones más pro mercado de toda la historia en materia de medios de comunicación.

En este punto radica una de las claves del fallo: cual es la parte que debe demostrar cómo y qué es aquello que afecta la libertad de expresión. ¿Es el Estado el que debe demostrar que la regulación de la concentración no afecta la libertad de expresión, o son las empresas las que deben demostrar en qué medida una medida así puede limitar los derechos del conjunto de la ciudadanía de expresarse libremente?

Roberto Gargarella sostiene en este sentido que “el juez no puede cerrar los ojos al contexto que organiza la expresión pública en la sociedad. En países como la Argentina, dicho contexto resulta muy problemático por la fuerte correlación que existe entre expresión y dinero, y por el modo extraordinariamente desigual que se encuentra distribuido ese dinero (...) el acceso a los medios depende de lo que uno se encuentra dispuesto para acceder a ellos, o de la capacidad que uno tiene para seducir a los que puedan pagar, dentro de un marco en el cual no son muchos los que pueden pagar ese precio... Sí diría que uno debe estar alerta de modo tal de evitar una confusión bastante común, que es la de pensar que uno garantiza la libertad de expresión respetando un statu quo donde algunas voces resultan sistemáticamente silenciadas y otras se encuentran sobre representadas en la esfera política. Respetar la libertad de expresión exige de acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, de acciones que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, de acciones que rompan una inercia que castiga a quienes están peor por razones completamente ajenas a su responsabilidad”.³

Por su parte, también en el mismo respecto dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar,”⁴.

Luego Guarinoni retoma el caso de la fusión Cablevisión-Multicanal, y señala que el propio dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia reconoció que

³ Gargarella, Roberto “Carta abierta sobre la intolerancia” Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 2005.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

el nivel de concentración que se alcanzaba con la fusión era alto, pero que esa preocupación se diluiría porque habría un mayor desarrollo de las redes. Lo que no dice Guarinoni, es que precisamente dicho desarrollo no ha tenido lugar seis años después y la concentración sigue siendo igual de alta.

Finalmente el juez Guarinoni realiza una extensa explicación de porque existe un trato desigual para el cable respecto a la televisión satelital. Como ha sido señalado, ninguna empresa está impedida o menoscabada en su derecho a solicitar una licencia de televisión satelital nacional, por lo que dicha desigualdad no existe de hecho.

El juez de las Carreras es más escueto en todo sentido. En fundamentos, en jurisprudencia y en el propio texto. Sin embargo, la brevedad de su texto no lo exime de cometer el error de malinterpretar el decreto 527/05 por el cuál se suspendió el cómputo de las licencias de radiodifusión. En su lugar el juez señala que las licencias fueron prorrogadas, figura legal establecida por la ley 22285, que guarda relación con lo dispuesto en el decreto 527/05. La sutil diferencia es que las prórrogas requieren el estudio de las condiciones en que se ha operado, lo que en el caso no se dio. Es algo más que un detalle. Pero al mismo tiempo, de no haberse ratificado el decreto 527/05 no habría objeto casi sobre el cual opinar.

De aquí en más, las tomas de posición sobre qué debe hacer el estado tendrán que ver con opciones políticas, por supuesto, pero también con compromisos internacionales que reclaman garantizar el respeto y goce de los derechos humanos. Exigir este cumplimiento importa, al decir de Fiss, que "...ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión como una mera repetición del pasado es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando –de hecho, se nos está obligando- a reconsiderar la naturaleza del Estado Moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad. (...) Este punto de vista –inquietante para algunos – descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto que las

concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas. Más allá de esto y de modo más fundamental, este punto de vista se basa en una teoría acerca de la Primera Enmienda y de la libertad de expresión que está garantizada, que pone el acento en valores sociales más que individuales. La libertad que el Estado está llamado a promover es una libertad de carácter público, que ve en la libertad de expresión una protección de la soberanía popular. (...) En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto y la Primera Enmienda constituye el mecanismo que frena los abusos de poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. (...) Puede que el Estado tenga incluso que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás, a veces no hay más remedio".⁵

A modo de balance:

La centralidad del fallo descansa en que el no alcanzar la economía de escala necesaria puede afectar la propia existencia o independencia de los medios de comunicación. Ello pone en crisis algo así como cinco mil radiodifusores con licencias y permisos que no cuentan con las condiciones de Clarín.

El fallo acusa al gobierno de no haber justificado necesidad de regular el cable. El problema es que nada dice sobre la necesidad de no regular el cable. En su argumentación nada dice de cuanto sería aceptable ni cómo dar cumplimiento a la consigna de pluralismo y diversidad en la comunicación social que reclaman la Comisión Interamericana de DDHH y los Relatores de Libertad de Expresión en 2001 y 2007, entre otras declaraciones conjuntas. Insistimos que no dicen que los monopolios u oligopolios restringen la democracia sólo en medios que no usan espectro.

Otra cuestión a dirimir es si existe algo como la talla crítica. Los mercados grandes admiten mayor concentración numéricamente hablando en cantidad de licencias, y la regla de acumulación en cada mercado local da cuenta de la posibilidad de tener hasta 8 emisoras de radio. Canadá requiere en cada provincia al menos la presencia de tres de los cuatro de los "major players", más la Canadian Broadcasting Corporation.

⁵ Fiss, Owen, La ironía de la libertad de expresión, Gedisa, México 1999.

El fallo decide ignorar un dato fundamental: la actora controla por sí y sus controladas y absorbidas el 60% del mercado nacional del cable y hasta 100% en algunas localidades no pequeñas, ciertamente.

Sostiene que si fuese obligado a vender no podría alcanzar la economía de escala necesaria para su subsistencia. El gran problema de esta cuestión es que de esta manera la Cámara resuelve, a partir de la opinión de un perito que la talla crítica del mercado del cable es al menos el 60%. Esto resulta un gran inconveniente para cualquier empresa que no sea el grupo Clarín, ya que como a esta altura resulta obvio no puede haber dos empresas con el 60% del mercado. Por lo tanto la propia condición de existencia del grupo Clarín, resulta en sí misma una amenaza para que otras empresas alcancen las economías de escala necesarias y más aún si sigue creciendo. La condición de existencia proclamada judicialmente no puede ser la del grupo dominante.

El fallo de la Cámara deja como única opción para estas controversias el Tribunal de Defensa de la Competencia. Este es un tema complejo. Desde nuestra perspectiva, todavía en amplios sectores del derecho se resisten a comprender la especificidad del problema cultural y de la comunicación social y del pluralismo y la diversidad. Si todo el fallo hace hincapié en la importancia especial de la libertad de expresión y su carácter constitutivo de las sociedades libres y democráticas, a la hora de resolver sus problemas de abusos de posición dominante y prácticas anticompetitivas, la equipara a cualquier sector industrial que no tiene una dimensión estrictamente simbólica, ni se relaciona con la libertad de expresión. Las miradas sobre la concentración económica en general son distintas a la ratio legis de las reglas de comunicación social y concentración en la casi unanimidad de las expresiones del derecho comparado. Dice la Relatoría especial de Libertad de Expresión al respecto en su informe de 2004:

"La Relatoría para la Libertad de Expresión recomienda a los Estados miembros de la OEA que desarrollen medidas que impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social, así como mecanismos efectivos para ponerlas en efecto. Dichas medidas y mecanismos deberán ser compatibles con el marco previsto por el artículo 13 de la Convención y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión." "La Relatoría para la Libertad de Expresión

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."

En la entrevista previa a su asunción como juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos en 2010 la Dra. Elena Kagan, al ser consultada sobre la aplicación de reglas antimonopólicas en la actividad de los medios de comunicación social dijo: "*Freedom to publish is guaranteed by the Constitution, but freedom to combine to keep others from publishing is not*" ("La libertad de publicar está garantizada por la Constitución, pero la libertad de acordar para dejar a otros fuera de la posibilidad de publicar no lo está")⁶.

En el mismo sentido, para Ferrajoli:

A nadie se le prohíbe hablar o imprimir volantes o periódicos, siempre que la disponibilidad financiera y el mercado lo permitan. Y, sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan a través de la propiedad de los medios de información. Gracias a ella, el pensamiento, la opinión, la información, se convierten en "mercancías" cuya producción se vincula a la propiedad del medio de información y a las inserciones publicitarias: por lo tanto son bienes patrimoniales, en vez de derechos fundamentales.

Aquí se manifiesta, en toda su evidencia, el equívoco teórico que está detrás de la concepción paleo-liberal o liberista de la libertad de manifestación del pensamiento: la confusión conceptual entre libertad de información y propiedad privada de los medios de información. Es una confusión que ignora la asimetría estructural entre la primera, que es una libertad fundamental de todos, y la segunda, que es un derecho patrimonial y al mismo tiempo un poder que, como todo poder, en la lógica del estado de derecho, debería sujetarse a la ley y en particular a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos. No se trata solamente de dos derechos estructuralmente diferentes, uno fundamental y el otro patrimonial, uno que pertenece a todos y el otro *excludendi alios*. Se trata de dos derechos que están en conflicto uno con el otro porque la propiedad se

⁶ The New Republic: Real Substance At Kagan Hearings by Jeffrey Rosen (1 de julio de 2010) disponible en <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=128238700>

devora literalmente a la libertad y la reduce a la libertad de los propietarios. De hecho, en condiciones de monopolio, a la libertad del propietario.⁷

Sostenemos la necesidad de distinguir y reconocer protecciones específicas para el sector de los medios de comunicación. De lo contrario la tendencia del mercado es a la concentración.

Como señala Gustavo Arballo: “Es diferente la naturaleza de las restricciones aplicables a la *"generación" de contenidos* (en las que, ante la duda, debe estarse por la libertad, y la *pluralidad de voces*, siempre considerando el caso especial de las limitaciones de espectro que en cable no aplican) a las que incidan en la *mera "distribución"* (que, además, tienen más propensión a ser susceptibles de prácticas anticompetitivas de sectores dominantes: es fácil cambiar del canal 716 al 717, pero es más complejo desuscribirse de un cable y suscribirse a otro).

Creo que las segundas, de naturaleza meramente logística, patrimonial, no *expresiva*, deben estar al servicio de las primeras, y por eso es admisible que el Estado controle a cableros incumbentes que potencian señales propias y que retacean o boicotean las ajenas, práctica habitual del Grupo Clarín.”

Más complejo es el tema de la separación entre el mercado de la televisión por cable y la satelital. Aquí la cámara se mete en un laberinto sobre la discriminación del que no lograra salir. En primer lugar omite decir que nada impide al grupo Clarín participar del mercado de la televisión satelital si lo considerara más rentable.

Si bien comparten un mismo mercado en términos de potenciales consumidores, hay aspectos técnicos que claramente los distinguen. La televisión satelital es por definición nacional, cuando no internacional. Esto se deriva del área de cobertura de los satélites. Las licencias de cable no pueden ser nacionales. En primer lugar porque requieren una autorización municipal. La cantidad de licencias es materia de regulación en diversos países. En general en los países que permiten el ingreso de las telefónicas en el sector

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica”, trad. Pedro Salazar Ugarte, Nexos, núm. 316, abril 2004, México, pp. 36-42.

del cable, se han reducido las limitaciones anticoncentración para los operadores de cable. Pero como ha quedado claro en este artículo, no es el caso argentino.

Hay otra cuestión mucho más significativa. La Cámara declara inconstitucional el apartado del artículo 45 que limita hasta un 35% la participación del mercado de un mismo operador. Todos los fundamentos son expuestos en relación al cable (la mayoría muy discutibles, pero como se ha visto hay argumentos) pero nada dicen sobre la radiodifusión abierta. Al contrario todos los considerandos al respecto son que el estado tiene potestad para limitar la concentración de un bien escaso como la radiodifusión abierta. Sin embargo en la parte resolutive, al pasar y casi como sin darse cuenta, declaran la inconstitucionalidad de la limitación de mercado para el cable, pero también para la radiodifusión abierta. Esta parte del fallo no se sostiene en ninguna parte de la fundamentación.

El fallo de Cámara será apelado por las partes. La CSJN deberá decidir si privilegia la fortaleza de Clarín como medio alternativo a las opiniones del gobierno. O garantiza el derecho a la comunicación al conjunto de la ciudadanía

Como señala Martín Becerra: “el fallo de la Cámara Civil y Comercial descansa en la suposición (sostenida por el Grupo Clarín) de que una mayor envergadura económica, por un lado, confiere a las empresas de medios independencia política de los gobiernos y, por el otro, les permite ofrecer mejores servicios y a menores precios a sus clientes/audiencias. Ambos supuestos son falsos y la historia tanto del Grupo Clarín como de otros grandes conglomerados mediáticos de América Latina (Televisa, El Mercurio, Globo, Cisneros) lo demuestran.”⁸

LA CSJN deberá decidir entonces cómo se protege la libertad de expresión en Argentina. Si protegiendo a los poderosos o garantizado derechos al conjunto de la ciudadanía.

⁸ <http://martinbecerra.wordpress.com/2013/04/18/final-abierto-sobre-el-fallo-de-la-camara-civil-y-comercial-del-1742013/>

