



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 2

**16033/2015 “ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO SA c/ EN-
AFSCA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”**

Buenos Aires, de agosto de 2015.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que a fs. 3/35 se presenta -mediante apoderada- ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO SA (en adelante ARTEAR) y -en los términos de lo previsto por el artículo 195 del Código Procesal- solicita el dictado de una medida cautelar contra la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante AFSCA), y contra el Estado Nacional, Poder Ejecutivo, a fin de que se disponga la suspensión de los efectos de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 2º; apartados 1 y 2 del artículo 9 y del artículo 11 de la Resolución n° 1329 – AFSCA/2014 (B.O. de fecha 21/11/2014) que aprobó la *Norma Nacional de Servicio para el Servicio de Comunicación Audiovisual de Televisión Digital Terrestre Abierta*; de las Resoluciones n° 24, 35, 36, 39 y 225 - AFSCA/2015 y de los actos administrativos que sean su consecuencia, como así también del art. 5, el inc. b) del art. 6, 8 y 11 pernúltimo párrafo del Decreto n° 2456 de fecha 11 de diciembre de 2014 (BO 15/12/2014), que dictara el Poder Ejecutivo Nacional aprobando el *Plan Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual Digitales* (su Anexo), que tramitó en el expediente n° 2396/2014 del registro de la AFSCA, en tanto y cuánto a través de los mencionados artículos se lesionan en forma actual e inminente sus derechos y garantías constitucionales, tales como el derecho a ejercer industria lícita, a la igualdad ante la ley, propiedad, debido proceso, jerarquía normativa, facultades legislativas vedadas al PEN, hasta tanto medie pronunciamiento definitivo en el procedimiento de fondo que sustenta la acción cautelar.

Respecto de la Resolución n° 1329 AFSCA/2014 cuestiona: a) Los apartados 4, 5 y 6 del artículo 2º por crear nuevas e ilegítimas categorías de licenciarios/autorizados en transgresión al principio de legalidad; b) el apartado 1º del artículo 9 por imponer nuevas e ilegítimas obligaciones y responsabilidades a los licenciarios

operadores en abierta transgresión al principio de legalidad, al artículo 31 de la Constitución Nacional al contravenir una norma expresa de rango superior y el artículo 86 al arrogarse facultades legislativas; c) el apartado 2º del artículo 9 en tanto prevé la existencia de licenciarios y/o autorizados sin responsabilidad por la multiplexación y transmisión en flagrante afectación al principio de igualdad (art. 16 CN); d) el artículo 11 en cuanto establece las sanciones por incumplimiento de las responsabilidades del licenciario operador o autorizado operador de modo totalmente arbitrario, irrazonable e ilegítimo, total afectación del derecho de igualdad.

Impugna, asimismo, la Resolución n° 24/AFSCA/2015 en cuanto aprueba el *Plan Técnico de Frecuencias para Televisión Digital Terrestre* para importantes áreas geográficas del territorio nacional, dentro de las cuales se encuentra el área de explotación dentro de la cual explota el servicio de televisión abierta la actora previendo una distribución del espectro radioeléctrico para la explotación del servicio de televisión digital que determina cuántos canales se pueden asignar por cada localidad y establece sus categorías (lo cual determina su alcance) y su tasa de transmisión (lo cual determina el ancho de la banda que cada canal puede utilizar), todo lo cual da lugar a la aniquilación de los derechos subjetivos de la actora de mantener en la explotación del servicio de televisión digital que se le asigna, los mismos derechos y obligaciones que le caben como licenciario de un servicio de televisión abierta.

Cuestiona además las Resoluciones n° 35 y 36/AFSCA/2015 en tanto la primera le asigna un canal digital de televisión para completar el proceso de transición a la televisión digital y la segunda le asigna un canal de televisión al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el cual deberá ser retransmitido en forma gratuita y bajo su responsabilidad por la actora, todo ello como consecuencia de un ilegítimo y arbitrario ejercicio de facultades discrecionales en base a las ilegítimas nuevas categorías y obligaciones creadas por la Resolución n° 1329 y el Decreto n° 2456, generando así un trato discriminatorio y perjudicial para ARTEAR.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 2

Aduce que la Resolución n° 39/AFSCA/2015, prorrogada por su similar, Resolución n° 225/AFSCA/2015, en tanto llama a concurso público para la adjudicación de Televisión Digital Terrestre Argentina pudiendo participar del mismo las nuevas ilegítimas categorías de licenciatarios creados por la Resolución n° 1329 y el Decreto n° 2456 tornando así operativas las ilegítimas disposiciones de dichas normas, que concretan el trato discriminatorio y perjudicial al que se verán sometidas tanto la actora como los restantes actuales licenciatarios de televisión abierta que presten servicios en las áreas donde se prevé adjudicar nuevas licencias.

Por otra parte, y respecto del Decreto n° 2456 de fecha 11 de diciembre de 2014 (B.O. 15/12/14) mediante el cual fue aprobado el Plan Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual Digitales cuestiona además: a) el 2do. párrafo del art. 5 en tanto le restringe el acceso directo a la prestación del servicio de TV Móvil (“one seg”), discriminándola de este modo respecto de los autorizados (que mediante el art. 8° les confiere la posibilidad de acceder en forma directa); el art. 6°, mediante el cual se confirma la ilegítima creación de nuevas “categorías” de licenciatarios ya prevista por la Resolución n° 1329, propiciando además un trato discriminatorio al asignarle mayores y nuevas responsabilidades a unos (ARTEAR) respecto de otros (los canales a concursar en situaciones más ventajosas); y c) el art. 15 que prevé la posibilidad de confiscar los bienes en caso de extinción de licencia).

Enfatiza que en su carácter de licenciatario de servicios de radiodifusión abierta tiene un derecho subjetivo a no ver coartado su derecho a ejercer industria lícita, conforme al título habilitante como licenciataria de un servicio de radiodifusión, que le ha sido otorgado por el Estado.

Advierte que tiene un derecho subjetivo a preservarse de los efectos de una ilegal disposición, que arbitrariamente le produciría un detrimento patrimonial derivado de la obligación de retransmitir bajo su responsabilidad el servicio de uno o más terceros o lo que sucede con el tratamiento que se pretende dar a los servicios de televisión móvil (one seg).

Asimismo, aduce que se ha violado el derecho subjetivo a la igualdad de trato cuando se empareja en forma discriminatoria la situación de prestadores hasta no hace mucho clandestinos, con licenciarios que han venido cumpliendo las obligaciones legales durante los largos años que vienen prestando el servicio, del han sido pioneros. Además se establece a su favor la prerrogativa de utilizar las facilidades de multiplexión y transmisión que se pone en cabeza de los actuales licenciarios operadores, en forma gratuita, sin costo alguno. Realmente se afecta el derecho de propiedad, pues se está estableciendo una expropiación a favor de terceros (personas públicas o privadas) que en todos los casos lucrarán con la actividad televisiva. Es decir que se trata propiamente de una confiscación, que se afecta sine die, con prescindencia de que el licenciario mantenga la explotación.

En idéntico sentido, advierte que el AFSCA se ha arrogado facultades legislativas -en contra del texto expreso del artículo 99 de la Constitución Nacional- al haber generado “sujetos” inexistentes en la propia ley 26.522 y ha creado verdaderas “cargas públicas”, en abierta violación al principio de legalidad establecido en el art. 19 y al principio de división de poderes del art. 29 de la Constitución.

Por otra parte, aduce que en autos existe un peligro real que, en el supuesto de alterarse la situación de hecho actual, influiría decididamente en la sentencia, hasta convertirla en ineficaz o de imposible cumplimiento. Ello así toda vez que las normas cuestionadas avanzan en forma actual y concreta sobre la integridad de sus derechos. Máxime teniendo en cuenta que mediante el dictado de las Resoluciones 24, 35, 36, 39 y 225/AFSCA/2015 se ha dado comienzo de ejecución a la ilegítima Resolución nº 1329 y el Decreto nº 2456 al llamar a concurso público para la licitación de la licencia para la presentación del servicio de televisión abierta digital.

Aclara que solicita la tutela cautelar en el marco del reclamo impropio presentado ante la AFSCA –expediente nº 2936/AFSCA/2014 y ante la Presidencia de la Nación, Poder Ejecutivo Nacional, resultando dichos trámites administrativos los procedimientos principales de la medida precautoria requerida.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 2

Asimismo, solicita la suspensión de la aplicación de los artículos 2, 4, 5, 6, 9,10, 11, 13, 14, 15 y 16 de la ley 26.854, cuya declaración de inconstitucionalidad también plantea.

2. Que conferida vista al Sr. Fiscal Federal a fs. 414, es evacuada a fs. 415/416 declarando la competencia de este Tribunal para entender en estas actuaciones.

3. Que a fs. 423/538 se presenta el Estado Nacional - AFSCA y produce el informe previsto por el art. 4° de la ley 26.854, solicitando el rechazo de la acción entablada.

En lo sustancial, sostiene que las normas que impugna la actora resultan absolutamente legítimas y respetan el estándar de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, y encuentran adecuado fundamento en los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 12°, 88 y 93 de la ley 26.522.

Recuerda que la propia ley 26.522 le confiere a la AFSCA competencia para “aplicar, interpretar y hacer cumplir la presente ley y sus normas reglamentarias (art. 12, inc. 1°), entre ellas las normas relativas a la transición al sistema digital. Más aún, el art. 93 dispone que será necesaria la reglamentación del Poder Ejecutivo cuando dice que la transición se hará “...en las condiciones que fije el Plan Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual Digitales”.

4. Que así reseñados las cuestiones traídas a la instancia, y a los fines del análisis de la medida solicitada, es apropiado señalar en primer término que su procedencia está determinada por la existencia de cuestionamientos sobre bases "prima facie" verosímiles, acerca de la legitimidad del acto cuyo cuestionamiento se formula (C.S.J.N., *Fallos*: 250:154; 251:336; 307:1702), y cuando se advierte la existencia de un daño inminente y grave a consecuencia de actos que lucen en apariencia arbitrarios (conf. C.S., fallo del 25-2-92, Rec. de Hecho en autos "Asoc. Pers.Sup. SEGBA c/ Ministerio de Trabajo") para cuya valoración no es menester un examen de la certeza del derecho invocado, sino una suficiente apariencia de verosimilitud en el planteo del impugnante (conf. fallo del 15-2-94, in re "Obra Soc. de Docentes Particulares c/ Pcia. de Córdoba"; idem, 11-4-95, "Espinoza Buschiazó, Carlos A. c/ Pcia. de Buenos Aires", pub.L.L. 1995-D, pag.

199), acorde con la naturaleza, contenido y alcances del acto en cuestión.

Asimismo ha de recordarse que cuando la medida cautelar se intenta contra una ley o un acto de la administración pública, es menester que se acredite prima facie, y sin que esto suponga un prejuzgamiento sobre la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad de la norma o del acto atacado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los dos supuestos que la tornan admisible. Y ello es así, en mérito a la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria que caracteriza el actuar de los poderes del Estado, razón por la cual, en principio, los recursos y acciones mediante las que se discute su validez no suspenden su ejecución (confr. Excma. Cámara del Fuero, Sala II, expte. n° 9528/2001 “Sauma S.R.L. -inc. med. c/ AFIP (DGI) marzo 96 s/ D.G.I.”, sentencia del 21/06/01 y, asimismo, causa n° 27.075/2012 “Repsol Butano SA c/EN-PEN-Ley n° 26741- Dto. 530 557 y 732/12 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 04/04/12).

En idéntico sentido la Corte Suprema tiene dicho que las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (*Fallos*: 323:3277 y 3326; 326:2741 y 4888; 327:4301) y por los mismos motivos tampoco proceden las medidas de no innovar (*Fallos*: 329:789, entre muchos otros). Y, si bien esa regla admite excepciones, cuando se los impugna sobre bases que aparecen verosímiles, de aquel principio se deriva la obligación de adoptar un *criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas de los efectos de tales actos* (cfr. Sala IV de la Cámara del Fuero, *in re*: causa n°27.519/2014 “Canto Pedro Daniel c/ Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras – ley 21.526”, sentencia de fecha 14/08/14).

Desde esta perspectiva, para que proceda el planteo cautelar en supuestos como el de autos es menester que el peticionario pruebe la arbitrariedad del acto recurrido o la violación de la ley para hacer caer la presunción de legalidad con la que cuentan los actos del poder público.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 2

5. Que, sentado lo expuesto, cabe recordar que la admisibilidad de toda medida cautelar está subordinada a la concurrencia de dos presupuestos básicos que son la verosimilitud del derecho invocado y un interés jurídico que lo justifique denominado "peligro en la demora" de conformidad con lo previsto en el ordenamiento procesal civil y comercial. A ellos cabe agregar el recaudo de la contracautela previsto en el art. 199 del Código Procesal que el juzgador debe fijar (conf. Podetti, J.R., "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral" -Tratado de las Medidas Cautelares-, t.IV, pag. 69 y ss., Nos. 17 20, 2da. edición, 1969).

6. Que en el *sub examine*, se desprende de la mera lectura de los argumentos expuestos por la actora, que las cuestiones que plantea, revisten una complejidad -fáctica y jurídica- cuyo estudio excede ampliamente el limitado marco de conocimiento que caracteriza la vía elegida.

En efecto, la trascendencia, proyección y efecto de las normas cuestionadas respecto de los servicios de comunicación audiovisual -concretamente, los apartados 4, 5 y 6 del artículo 2; apartados 1 y 2 de los artículos 9 y 11 de la Resolución n° 1329 – AFSCA/2014 (B.O. de fecha 21/11/2014) que aprobó la Norma Nacional de Servicio para el Servicio de Comunicación Audiovisual de Televisión Digital Terrestre Abierta; las Resoluciones n° 24, 35, 36, 39 y 225 - AFSCA/2015, y los actos administrativos que sean su consecuencia; como así también los artículos 5, 6 –inc. b)-, 8 y 11 -penúltimo párrafo- del Decreto n° 2456 de fecha 11 de diciembre de 2014 (BO 15/12/2014), que aprobó el Plan Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual Digitales (su Anexo) -que tramitara en el expediente n° 2396/2014 del registro de la AFSCA (v. pto. II "Objeto" del escrito de inicio a fs. 3/4vta.-; así como la situación de gravedad que denuncia la actora a lo largo de su presentación, imponen un estudio de los planteos formulados que no puede efectuarse razonablemente en el estado inicial de la causa, sino que exige -habida cuenta la naturaleza de los temas introducidos en el juicio- que se habilite el marco de discusión y prueba suficiente, adecuado al debido resguardo de los derechos involucrados.

Resulta de lo expuesto que con los elementos aportados a la

causa, no puede tenerse a esta altura por verificada *prima facie* la apariencia del buen derecho alegado, pues de la lectura preliminar de las actuaciones no se advierte con la contundencia que exige la adopción de una medida de la naturaleza y alcances de la requerida, que las disposiciones establecidas en la normas atacadas se traduzcan en una afectación manifiesta e ilegítima de los derechos alegados por la accionante.

No puede dejar de advertirse que si bien aquella discrepa con el modo en que se ha reglamentado la actividad que le concierne, lo cierto es que se trata de la regulación de actividades que de seguro poseen una trascendencia social de singular relevancia, efectuada tanto por el Poder Legislativo de la Nación como por el Poder Ejecutivo Nacional, y concretada en el marco de las incumbencias parlamentarias y de las facultades reglamentarias de la Administración, respectivamente, y sin que se advierta *prima facie* de las disposiciones emitidas -en una lectura preliminar acorde con el limitado marco de conocimiento propio de la tutela anticipada requerida- que se hubieren excedido los límites concernientes al ejercicio de esas atribuciones.

Y en este orden de ideas, considero oportuno poner de resalto que recientemente la Sala III del Fuero, en la *causa n° 9838/2015 "Telecreativa SRL c/ EN -AFSCA- y otro s/ amparo ley 16.986"*, *sentencia de fecha 12 de mayo de 2015*, confirmó el rechazo que se había dispuesto en la instancia de grado de la medida cautelar solicitada a fin de que se dispusiera la suspensión de la aplicación del Plan Técnico de Frecuencias para la Televisión Digital Abierta establecido mediante la Resolución 24/15 y del concurso para la licitación de las frecuencias aprobado por Resolución AFSCA N° 39/2015.

Para decidir de ese modo y en cuanto aquí importa, el Tribunal destacó que **"...se pretende imponer un inoportuno discernimiento sobre cuestiones que -por su complejidad fáctica y jurídica- exceden el limitado ámbito de conocimiento preliminar propio de una medida cautelar"**.

En tal sentido y en punto al llamado a concurso para la licitación de las frecuencias aprobado por Resolución AFSCA n° 39/2015



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 2

-impugnada en autos-, destacó que *“De cara a tal problemática, que remite al análisis de la interrelación entre distintas señales del espacio radioeléctrico y a la conformación de un plan técnico de frecuencias, se impone concluir -sin más- en la existencia de óbices suficientes para que resulte viable abordar esas temáticas de alta complejidad técnica, en el ámbito de conocimiento limitado propio de una medida cautelar. Por lo que, en consecuencia, la falta de verificación de la verosimilitud en el derecho invocado por la actora resulta -en autos- de manera incontrastable y determina, por sí misma, el rechazo de la tutela pretendida en autos”* (cfr. en igual sentido, Sala III, en autos: *“Cooperativa de Electricidad Consumo Crédito y otros Servicios Públicos de Antonio Carboni Ltda. c/ AFSCA y otro s/ amparo ley 16.986”*, del 12 de mayo de 2015).

Por otra parte, es dable recordar que el Alto Tribunal ha sostenido desde antaño que *la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el principio de separación señalado así como el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando de tal modo enfrentamientos estériles* (Fallos: 155:248; 254:43; 263:267; 282:392 y 311:2580, entre otros). Una inteligencia orientada hacia la judicialización amplia de las decisiones de otros poderes pondría en serio riesgo tanto el ejercicio de las funciones que la Constitución asigna a cada uno de ellos, como la autoridad de la propia Corte Suprema (doctr. de Fallos: 330:3160, entre otros; y asimismo, Sala IV de la Cámara del Fuero, *in re*: causa n° 30.005/07 “Toer Ariel Esteban c/EN y/o responsable s/daños y perjuicios”, sentencia del 28/06/12).

En las condiciones descriptas, entiendo -dicho esto con la esencial provisionalidad de todo pronunciamiento cautelar, que excluye cualquier juicio de certeza- que no resulta posible por el momento considerar acreditada la verosimilitud del derecho que se invoca, al menos en la medida necesaria como para admitir la tutela pedida.

Ello así pues, las cuestiones planteadas, revisten una complejidad -fáctica y jurídica- cuyo estudio excede ampliamente el limitado marco de conocimiento que caracteriza la vía elegida.

7. Que en otro orden, se debe destacar que, los agravios expresados han sido formulados de modo potencial e hipotético, pues se refieren a hechos futuros que a juicio del recurrente, serían susceptibles de generar perjuicios de naturaleza económica, afectando la continuidad del servicio que prestan sus representados; mas por el momento, los peligros indicados, no pueden considerarse con el alcance pretendido.

En este contexto, debe también considerarse no demostrado suficientemente el peligro en la demora, y la ausencia del requisito indicado, impide admitir los agravios expuestos, pues si bien es cierto que a mayor verosimilitud en el derecho, no cabe ser tan exigente en punto a la evaluación del peligro en la demora, lo cierto es que ambos requisitos deben configurarse para la procedencia de la medida cautelar, y en el caso, como se ha dicho, el daño invocado aparece en este estado como potencial.

8. Que en el *sub lite*, más allá de las argumentaciones dialécticas esgrimidas en la pieza de inicio por la accionante no se advierte mérito alguno para otorgar al derecho invocado por el peticionario una verosimilitud tal que justifique otorgar la medida en cuestión (conf. Fenochietto, C.E.-Arazi, R., "Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación", t.1, pag. 664/66).

Asimismo, toda vez que tampoco se encuentra acreditado el peligro en la demora invocado como presupuesto de la petición, teniendo en consideración que los elementos acompañados han sido merituados a la luz de la sana crítica (arg. 386 del C.P.C.C.), dentro del estrecho marco cognoscitivo en el que deben decidirse este tipo de medidas, estimo que no se puede reconocer al derecho invocado verosimilitud suficiente a los efectos de que aquí se trata.

Por lo que, RESUELVO: rechazar la medida cautelar requerida.

Regístrese y notifíquese.