

S u p r e m a C o r t e:

– I –

A fs. 380/387, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) confirmó la resolución del juez de primera instancia que, al hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, ordenó al Estado Nacional que se abstenga de autorizar o realizar cualquier acto que implique admitir la transferencia de la licencia correspondiente a LS4 Radio Continental —que incluye las operaciones de radios AM y FM— al grupo Prisa y/o cualquiera de sus empresas controladas o vinculadas, en particular a Grupo Latino de Radio Inc. y/o Corporación Argentina de Radiodifusión, y dispuso que esa medida subsista hasta que se dilucide la cuestión de fondo, en el juicio que se inicie al respecto (v. copia de la resolución obrante a fs. 24/25).

Para resolver de ese modo, en primer término, la cámara desestimó los agravios del demandado y de los terceros admitidos en el proceso, luego recordó las disposiciones de la ley 22.285, de radiodifusión, y 25.750, de preservación de bienes y patrimonios culturales, en especial la de su art. 2º, que limita la participación de empresas extranjeras hasta un máximo del treinta por ciento del capital accionario, con derecho a voto del mismo porcentaje, en la propiedad de los medios de comunicación y, por último, consideró que estaban reunidos los recaudos para confirmar la medida cautelar otorgada en la instancia anterior.

En tal sentido, respecto del *fumus bonis iuris* señaló que, si bien se ha invocado que las empresas adquirentes del capital social de las firmas titulares de las licencias de Radio Continental y Radio Stéreo son de nacionalidad argentina y estadounidense, respectivamente, resultaría que, en principio, ambas pertenecerían o se encontrarían bajo el control real y efectivo de un grupo empresario español, en exceso del límite fijado por la ley 25.750. Y ello, en opinión de los jueces de la cámara, introduce factores susceptibles de generar una duda razonable acerca de la real pertenencia, control e integración de las empresas involucradas, extremo que podría llegar a tornar inaplicables las

previsiones del tratado suscripto con Estados Unidos de Norteamérica, aprobado por la ley 24.124.

Por ello, después de analizar los planteos recursivos a la luz de las pautas interpretativas que señaló en orden a la vigencia de las restricciones de la ley específica (22.285, no derogadas ni modificadas por la ley 25.750), teniendo en cuenta la circunstancia antes relatada, así como que la verosimilitud del derecho no requiere un grado de convicción sino sólo una razonable posibilidad de que exista, el *a quo* concluyó que era prudente y razonable mantener la disposición preventiva adoptada en la instancia anterior, para que en la etapa de conocimiento pleno se aporten los elementos que permitan el debido y completo esclarecimiento de los extremos insinuados en la causa, sin mengua, mientras tanto, de los derechos del cautelante en orden al régimen de competencia en el que se desarrolla su actividad en las condiciones actuales.

En cuanto al requisito del peligro en la demora, lo estimaron configurado en función de que la modificación inminente de la composición, control y dirección de las empresas controlantes de las licencias es susceptible de generar una concreta y real afectación de las pautas de competencia en que se lleva a cabo la actividad de radiodifusión y, por consiguiente, de repercusión en el orden patrimonial de la actora, cuyas consecuencias serán de difícil o imposible reparación ulterior.

Por último, también desestimaron la queja respecto de la contracautela (juratoria) dispuesta en primera instancia, porque la prohibición preventiva no es susceptible de poner en riesgo la validez del contrato de compraventa de acciones, ni de generar un daño o menoscabo actual de carácter patrimonial a las empresas alcanzadas por la cautelar.

– II –

Disconformes con esta decisión, Corporación Argentina de Radiodifusión S.A. (CARSA S.A.), TELEFE S.A. y ENFISUR S.A. y el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 401/419; 440/454 y 459/478, respectivamente.

El *a quo* los concedió en la medida en que la decisión adoptada remite a la interpretación de normas de carácter federal y los denegó por las causales de arbitrariedad alegadas (fs. 554). Ante ello, la primera de los recurrentes se presentó en forma directa ante V.E., mediante la queja que tramita por expte. R.169, L.XLIV., sobre la que también me expido en la fecha.

Debido a que todos los apelantes intentan someter a conocimiento del Tribunal temas de similares características, a efectos de no extender en demasía el presente dictamen, procederé a reseñar en forma unificada los agravios que aquéllos dirigen contra la sentencia del *a quo*.

En tal sentido, las críticas pueden resumirse del siguiente modo: (i) La decisión es asimilable a definitiva, por los perjuicios irreparables que produce y porque configura una situación de gravedad institucional. Ello es así porque, al ordenar al Estado Nacional que se abstenga de autorizar la transferencia de las licencias radiofónicas, se paraliza el procedimiento administrativo en el que se evalúa dicha operación y se le impide ejercer una atribución que la ley le confiere. Ello, además de constituir una injerencia del Poder Judicial en la órbita de actuación del Poder Ejecutivo, importa una situación de gravedad institucional. Pero la resolución del *a quo* también es autocontradictoria, porque, por un lado, dispone que la medida cautelar durará hasta que se dicte el acto administrativo que cause estado y, por el otro, se impide continuar el procedimiento administrativo en el que se debe dictar ese acto. En cuanto a los particulares, argumentan que el daño que les produce la sentencia se da porque restringe el derecho a usar y disponer de la propiedad de los medios de comunicación y priva de eficiencia, eficacia y celeridad a la actividad mercantil que desarrollan con agravio al derecho constitucional de propiedad. (ii) En autos no están acreditados los requisitos para que se otorgue una medida cautelar. (ii.a.) El derecho de la actora para oponerse a la transferencia de acciones no sólo no es verosímil, sino que tampoco existe, porque las normas vigentes en materia de radiodifusión (leyes 22.285, 25.750 y 26.053) permiten que las empresas extranjeras puedan poseer hasta el treinta por ciento de un servicio de radiodifusión, con excepción de las personas físicas o jurídicas de los países a los

que la República Argentina reconoció derechos iguales a los nacionales por medio de tratados bilaterales. Ello fue lo que sucedió en el caso con la ley 24.124, que aprobó el Tratado bilateral para la promoción y protección recíproca de inversiones con los Estados Unidos de Norteamérica, que sirve de sustento para que una sociedad estadounidense, como es GLR Services Inc., pueda realizar inversiones en el ámbito de la radiodifusión. En los hechos, LS4 Radio Continental (AM y FM) transfiere el 30% de su paquete accionario a favor de Corporación Argentina de Radiodifusión S.A. (CARSA), sociedad argentina, y el porcentaje restante a Grupo Latino de Radio Inc., sociedad estadounidense. A su vez, CARSA está integrada por GLR Services Inc. (de origen americano) y Ediciones Santillana S.A. (de origen local) y todas estas empresas están dentro de los parámetros de la legislación vigente. (ii.b.) Tampoco concurre en la actora el peligro irreparable en la demora, porque aquélla no explica de qué manera se produce dicho agravio, sino que, al contrario, su propio accionar demuestra que aquél no existe, pues no recurrió en sede administrativa cuando nada le impedía hacerlo. Por lo demás, no acreditó de ninguna manera que de aprobarse la transferencia de acciones se vea afectada en su patrimonio, en particular, porque no hay ningún elemento de convicción que permita sostener que la nueva composición accionaria de LS4 Radio Continental pueda afectar la competencia o repercutir en el orden patrimonial de la actora de manera diferente a lo que sucedía a la fecha de pedir la medida cautelar, cuando era otro grupo empresario el que controlaba las licencias en disputa. (ii.c.) Finalmente, la decisión de la cámara de mantener la caución juratoria como contracautela no resiste el menor análisis, porque la suspensión *sine die* y con resultado incierto de la instancia administrativa, que demora injustificadamente el pronunciamiento del COMFER respecto de la autorización de transferencia, pone en riesgo concreto la inversión de las empresas que intervienen en esa operación comercial, al mismo tiempo que la contracautela no asegura la posibilidad de resarcirse de la actora en la eventualidad de que el futuro fallo que se dicte en la causa de fondo sea contrario a sus pretensiones.

– III –

En orden a verificar si en autos concurren los presupuestos para habilitar la instancia de excepción, cabe recordar que las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares, no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (conf. Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros); pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 328:4493, 4763), o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 323:337; 328:900; 329:440).

Sobre la base de tales premisas, considero que, en el *sub lite*, la resolución apelada podría ser equiparada a definitiva, en la medida en que ocasiona un agravio de suficiente entidad a la autoridad de aplicación de la ley 22.285, al impedirle ejercer de modo absoluto, en el expediente administrativo que involucra a las partes, las facultades que le otorga aquella ley (conf. doctrina de Fallos: 328:4296).

En efecto, la medida confirmada por la cámara no se limita a ordenar a la Administración que se abstenga de autorizar la transferencia en cuestión, es decir, a dictar el acto administrativo que resuelva el fondo de la cuestión sometida a su decisión, sino que directamente le impide realizar cualquier actividad tendiente a impulsar el procedimiento administrativo, incluso las que sean necesarias y pertinentes para desestimar el pedido de transferencia de las licencias radiofónicas. En tales condiciones, la resolución impugnada puede llegar a frustrar la aplicación de disposiciones de carácter general, dictadas en ejercicio de facultades privativas de uno de los poderes del Estado, circunstancia que, por la gravedad que trasunta, en el caso, permite apartarse de la regla general en la materia (conf. doctrina de Fallos: 321:1187; 323:950 y 956. C. 217. XLI. “Consortio de Empresas Mendocinas para Potrerillos S.A. c/ Secretaría de Energía de la Nación”, sentencia del 8 de abril de 2008).

– IV –

Sentado lo anterior, conviene traer a colación la doctrina de la Corte que enseña, por un lado, que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (Fallos: 329:4161), así como aquella otra que resalta que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 329:4161 y 5160, entre otros).

Con tal comprensión, a mi modo de ver, en autos la peticionaria de la medida cautelar concedida por el *a quo* no logra satisfacer plenamente esos requisitos, aun cuando es bien sabido que para despachar este tipo de medidas no se requiere certeza absoluta por parte de los jueces.

En efecto, pienso que los magistrados no extremaron los recaudos para verificar si la actora acreditó la verosimilitud del derecho que invoca, máxime cuando V.E. ha dicho en forma reiterada que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre ese requisito, así como el peligro en la demora (art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 329:3464; 330:2186 y 4076).

Este defecto se torna más evidente cuando se repara en que la medida cautelar concedida tiene los mismos efectos que la admisión de la pretensión planteada; anticipación que se manifiesta inaceptable al no advertirse que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho pueda influir en el

dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible (Fallos: 330:4076).

Por otra parte, en cuanto al segundo de los recaudos que se exigen para dictar este tipo de medidas, cabe señalar que el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso, así como que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica. La Corte ha dicho que el requisito del peligro en la demora debe examinarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros, y debe considerarse configurado si aparece con suficiente claridad que si no se accediese al pedido formulado, y finalmente le asistiese razón al actor, se podrían generar afectaciones que deben ser evitadas, por lo que la situación denunciada requiere el dictado de medidas que resguarden los derechos invocados, hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes contendientes aduzca (Fallos: 330:1261).

En el caso, la orfandad de pruebas en cuanto al peligro inminente que se derivaría sobre la actividad de la actora surge palmaria, toda vez que ningún elemento se aporta para justificar este requisito, o para demostrar que la modificación del actual estado de cosas repercutirá negativamente en el patrimonio de aquélla. Ello, sumado a los gravosos efectos que la cautelar provoca tanto a la autoridad de aplicación de la ley 22.285 como a las empresas afectadas, en la medida en que impide totalmente el ejercicio de los poderes legalmente atribuidos a la Administración, conduce a sostener que, en el caso, aquélla es pasible de ser descalificada.

Lo expuesto, claro está, no implica emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, sino que se limita únicamente al examen de la

resolución que se trae a consideración mediante los recursos que ahora se examinan.

– V –

Pienso, entonces, que corresponde declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 03 de agosto de 2009.

ES COPIA LAURA M. MONTI