

Poder Judicial de la Nación

Causa 2397/2011 "VILLOSIO BEATRIZ PABLA Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO S/MEDIDAS CAUTELARES".-

//////nos Aires, /4 de noviembre de 2011.-

AUTOS Y VISTOS: los presentes actuados y a fin de resolver la revocatoria con apelación en subsidio interpuesta por la codemandada Estado Nacional a fs. 1203/1225vta. contra la medida cautelar dictada a fs. 1100/1, cuyos traslado fuera contestado por los accionantes a fs. 1431/53vta.;

CONSIDERANDO: I) En un principio resalto que he de considerar la revocatoria interpuesta atendiendo a que el conflicto originariamente se ha suscitado entre los accionantes -ATVC y la Sra. Villosio en su calidad de titular de Televisora Centro Morteros- y los demandados Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y el Ministerio de Economía. Dejo así, para una vez que reciba tratamiento la incompetencia deducida, la calificación procesal que quepa a los intervinientes presentados en adhesión.

II) Sentado ello, he de recordar que por aplicación de las normas contenidas en los arts. 196 y 238 del Código Procesal, me hallo habilitado para el tratamiento de la cuestión introducida, pues en virtud de la recusación formulada al Dr. Carbone, si bien no existe identidad física entre el juez que dictó la medida y quien conoce en este momento, se trata del mismo órgano jurisdiccional (cf. Highton- Areán "Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación - concordado..." T. 4, pág. 710, . Edit. Hammurabi, 1era. Ed. Bs As. 2005), el cual ha sido declarado competente para entender en estos actuados (cf. fs. 1095/6). Por ende, la interpretación que efectúa el Estado Nacional a fs. 1206, atribuyendo el conocimiento del recurso al Juez que en definitiva resulte competente, no merece acogida en virtud de que el Superior ha atribuido el

conocimiento de estos actuados a este fuero con prescindencia de los planteos que aún no han sido tratados por haber sido interpuestos con posterioridad a dicha decisión y a partir de la incorporación del Estado Nacional al proceso.

III) Que en punto a los fundamentos del Estado Nacional expuestos en el recurso de reposición en consideración, se pueden resumir en 1) la situación de indefensión del Estado por falta de fundamentación del decisorio atacado; 2) inexistencia de los requisitos para la procedencia del dictado de las medidas cautelares; 3) ausencia de consideración del interés público comprometido, al afectarse la presunción de validez de los actos administrativos, y al otorgarse alcance colectivo a la decisión cautelar; 4) afectación de la división de poderes al haberse el Juez arrogado facultades que no le son propias; 5) omisión de tener en cuenta la valoración del legislador respecto del ingreso de las cooperativas al mercado de televisión por cable; 6) la medida implicaría un adelanto indebido de jurisdicción y 7) falta de caución.

IV) Corrido el pertinente traslado, a fs. 1431/1453vta. (punto III), los accionantes piden el rechazo de la revocatoria con fundamento, en primer lugar en que la parte demandada no explica en qué modo la cautelar le ocasiona un perjuicio concreto en el ejercicio de sus facultades privativas, ello así por cuanto la cautelar sólo le genera una indisponibilidad provisional y preventiva de cierta actividad administrativa, frente a los concretos perjuicios que se derivarían a los accionantes con la aplicación de la norma cuestionada en su constitucionalidad. Por lo demás, efectúan un pormenorizado análisis de cada uno de los agravios invocados por su contraria, a saber 1) inexistencia de arbitrariedad en la providencia cautelar y evidente contradicción del recurrente entre el alegado estado de indefensión y el contenido y extensión de los

Poder Judicial de la Nación

agravios que invoca, 2) omisión por el recurrente de considerar los elementos obrantes en la causa como fundamento de la verosimilitud del derecho y que el peligro en la demora se considera configurado porque no puede obviarse que la sola vigencia de la normativa impugnada implicaría una agresión patrimonial injusta, debido a que importaría un menoscabo en la valuación de sus activos, 3) la mera invocación del interés público no es aceptable, ya que se utiliza más en apoyo de una conclusión ya alcanzada que para determinar la que corresponde, y puede superficialmente legitimar las preferencias personales de un juez o de una parte, 4) la irreparabilidad e irreversibilidad del daño que puede producir la aplicación de la norma impugnada 5) la errónea referencia a la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la improcedente oposición entre el interés general y el de las actoras, como así la inminencia del otorgamiento de licencias a prestadoras de servicios públicos; 6) la procedencia del alcance general de la medida cautelar en base a la legitimación colectiva que le asiste; 7) inexistencia de afectación al principio de división de poderes y de adelanto de jurisdicción y 8) falta de perjuicio de las demandas y por ende innecesariedad de contracautela.

V) Que en un nuevo acercamiento al conflicto planteado acerca de la cautelar adoptada y en los términos de la revocatoria interpuesta, cabe poner de resalto que el conflicto entre las partes reside -dentro de la pretensión anunciada y deducida, esto es la declaración de nulidad por inconstitucionalidad del art. 30 de la ley 26.522- en la admisión en la citada norma de "los licenciarios de servicios públicos sin fines de lucro" no mereciendo objeción -en el caso- la mera calidad de cooperativas (conf. Fs. 1393).

Así circunscripta la cuestión, cabe en principio reexaminar la procedencia de la medida cautelar decretada y en este sentido conviene comenzar

con el análisis de la legitimación activa de los solicitantes. A este respecto nada cabe observar en la invocada por la Sra. Villosio, quien resulta ser titular de un licencia concedida y considera lesionados -con amenaza inminente- sus derechos adquiridos con la admisión de los nuevos concurrentes que producirá sus efectos dentro de la misma jurisdicción territorial en que se encuentra.

Distinto resulta el supuesto de la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC), quien se atribuye la representación de un sector de los licenciatarios operadores de los servicios complementarios de radiodifusión de televisión por cable y quien justifica su comparencia con la disposición estatutaria para ejercerla ante los poderes públicos en defensa, preservación y promoción de sus intereses. Al respecto cabe observar que en los límites del presente incidente de medidas cautelares no surge la representatividad adecuada de la asociación respecto de la clase que pretende representar, puesto que la admisión de tal carácter deberá estar sujeta -en caso de corresponder- a la citación de los posibles interesados que integren la totalidad de la clase, quienes deberán ser emplazados debidamente en la causa a fin de resguardar su derecho de defensa en juicio. Esto no ha sucedido y la presentación de los eventuales interesados ha sido sólo parcial y sin entidad suficiente a tales fines. Por ende, y en lo que hace a las argumentaciones deducidas en pos del resguardo de su invocado interés colectivo, no podrán ser meritadas en el actual estado larval del proceso.

VI) Que por otro lado, debo resaltar a los fines del análisis de la verosimilitud del derecho invocado que la presunción de constitucionalidad de la leyes no debe ceder sino ante una prueba tan clara y precisa como sea de la transgresión constitucional que se les imputa, no bastando la mera estimación de los

Poder Judicial de la Nación

interesados (Fallos 207: 238). Tampoco el fundamento de la medida cautelar podrá reducirse a la petición de inconstitucionalidad atendiendo al acierto o al error, al mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas pues éstos no son puntos sobre los que el poder judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- no puede fundarse en apreciaciones de tal naturaleza, sino que requiere que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara, e indudable (Fallos 314:424) (Fallos 320:1166 "Cafes La Virginia SA. c/ DGI s/ demanda de repetición" , del 3-06-97).

VII) Que en punto a la lesión del derecho invocado por la solicitante Sra. Beatriz Pabla Villosio, cabe puntualizar que atendiendo al meollo del conflicto ya señalado, aparece como insuficiente el argumento de las exenciones impositivas que asiste a las cooperativas como se ha señalado en la providencia en recurso, toda vez que atiende a la calidad de tales mas no a la condición que agravia a la solicitante cual es que sean prestadoras de servicios públicos.

A este respecto sin embargo, cabe recordar que la igualdad que impone la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional, es una igualdad formal - iguales en igualdad de condiciones- y no obsta a contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto que las distinciones que efectúe se basen en motivos razonables y no como exclusión de los derechos de otros (Fallos 320:1166, 268:228 entre otros). "Una garantía mayor de igualdad exige un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se construyeron las categorías" (Gelli, María Angélica en "Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada" La Ley, Bs. As. 2006, pág. 182), tal análisis no puede llevarse a cabo en este tipo de proceso cautelar.

VIII) Sentados estos criterios generales para la decisión del conflicto, cabe analizar en particular la situación de la requirente de la medida cautelar frente a la norma cuestionada. Al respecto, la consideración que efectúa respecto a su concurrencia en inferioridad de condiciones para competir con la cooperativa que nuclea en forma mayoritaria los servicios públicos de su localidad, la misma debe ser tomada como la aptitud para provocar un perjuicio concreto, es decir de un peligro razonablemente determinable pero no a la mera posibilidad lógica y abstracta de lesión (exposición de motivos de la ley 22.262- art. 1). Más ni aún concibiéndolo de tal manera, no se comprueba la verosimilitud del derecho invocado, pues la sola concurrencia de sujetos proveedores de servicios públicos en una localidad determinada, no podría per se apreciarse en principio y como presunción como un peligro concreto en la potencialidad descripta; máxime cuando la propia norma estipula la prohibición de incurrir en prácticas anticompetitivas tales como las prácticas atadas y los subsidios cruzados con fondos provenientes del servicio público hacia el servicio licenciado e impone la obligación de facilitar -cuando sea solicitado- a los competidores en los servicios licenciados el acceso a la propia infraestructura de soporte, en especial postes, mástiles y ductos, en condiciones de mercado, pudiendo incluso solicitar la intervención de la autoridad de aplicación para el caso de desacuerdo. Dichas prohibición también se extiende en materia de contenidos y su exhibición.

No es necesaria entonces la medida cautelar que peticiona, como adelanto de la jurisdicción y en protección a un posible fallo favorable, toda vez que las conductas que imputa como ya acaecidas y consentidas o como futuras, se alinean principalmente como ventajas significativas que pudiera obtener su competidor por violación de otras leyes o de la misma

Poder Judicial de la Nación

que impugna, en cuyo caso, de ser comprobada la transgresión será punible mediante la aplicación del marco regulatorio propio y eventualmente de la Ley de Defensa de la Competencia (cf. Cervio-Ropolo, en "Ley 25.156-Defensa de la Competencia, comentada y anotada" La Ley, Buenos Aires, 2010, pág.126/7).

En cuanto a la imposibilidad de aplicación de la normativa impugnada por la morosidad en la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia y por ende la intervención sustituta que efectúa la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, ocasionándole la invocada privación del derecho al debido proceso en razón que dichos órganos actúan en la órbita del Ministerio de Economía, no constituye de por sí una circunstancias que haga verosímil su derecho, en tanto que la misma ley ha previsto en su art. 58 la actuación de dichos entes hasta tanto su constituye el Tribunal.

IX) Por ende, no veo la necesidad de suspender la totalidad de los procedimientos alcanzados por la normativa del cuestionado art. 30 por medio de una medida cautelar, sin perjuicio de lo que pudiera decidirse sustanciado la totalidad del proceso. Lo así considerado me releva del tratamiento de los restantes argumentos esgrimidos por las partes en razón de que los mismos resultan inconducentes.

En consecuencia **RESUELVO**: Revocar la medida cautelar decretada a fs. 1100/1, imponiendo las costas por su orden en razón de las especiales circunstancias del caso (art. 68 del CPCC). Regístrese y notifíquese.



