

## *Poder Judicial de la Nación*

Causa N° 8836/09.

///nos Aires, nueve de noviembre de 2010.

### Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

Tiénese por contestado el traslado conferido y para resolver el pedido de levantamiento de medida cautelar efectuado por el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros- a fs. 707/715 y cuyo traslado conferido a fs. 716 fuera contestado por la actora a fs. 1264/1272.

I.- Que a fs. 707/715 se presenta el Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros- y solicita se disponga el inmediato levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos sosteniendo que toda alteración fáctica o jurídica justifica la modificación de la manda cautelar; que el dictado de la medida fue efectuado sobre un marco jurídico disímil al existente en la actualidad, donde las autoridades competentes han reglamentado -a casi un año de la sanción de la ley cuestionada- el artículo 161, constituyendo ello una mutación sustancial del supuesto gravamen, lo que habilita sobre nuevos elementos de juicio el levantamiento pretendido; que el transcurso del tiempo y la precisión que sobre él ha dado la reglamentación, genera una sustancial alteración en el presupuesto «peligro en la demora» invocado como justificación de la medida provisional; que las medidas cautelares no están sujetas a un plazo concreto, son instrumentales y subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron; que los accionantes han tenido tiempo suficiente como para efectuar todas aquellas medidas preparatorias y conducentes a la adecuación exigida por el artículo 161 de la ley 26.522, de modo tal de ajustar su situación conforme a derecho; que la medida cautelar ha excedido el límite razonable de su vigencia; que los mecanismos de transición fueron establecidos mediante Resolución de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 297/10, norma que prevé que el plazo no mayor a un año previsto por el art. 161, ley 26.522, comenzará a regir a partir del día siguiente de la publicación de dicha resolución, la que fue publicada el 8/9/10, por lo que el plazo de adecuación vence el 9/9/11, por lo que las razones alegadas no subsisten en virtud del tiempo operado desde su petición; que el mantenimiento de la cautelar impide dar plena vigencia a la ley, con grave afectación del interés público; que la participación de la actora en el sector alcanza a casi el 57%, lo que le da una posición monopólica a nivel local y dominante en el orden nacional que afecta los intereses tutelados por la norma; que la cautela otorgada viene a retardar y obstaculizar el proceso de incorporación de nuevos prestadores al mercado conspirando contra sus propósitos de obtener una diversidad de oferta de contenidos en un marco de libre competencia, conculcándose dos objetivos esenciales tenidos en mira por el legislador al sancionar la ley cuales son el aseguramiento de la pluralidad y diversidad de medios de comunicación audiovisual a disposición del usuario; que un eventual y

conjatural perjuicio económico del grupo empresario accionante se traduciría en daños que en cualquier circunstancia podrían ser compensados mediante una adecuada indemnización y que la subsistencia *sine die* de la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos de la norma carecería de fundamento jurídico y que la primacía del interés general comprometido en la efectiva aplicación de la ley por sobre el mero interés privado se corresponde con uno de los criterios históricamente aceptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En subsidio solicita se fije un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar.

II.- Que conferido traslado, la actora lo contesta solicitando su rechazo. Sostiene que el fallo dictado por la Corte Suprema no implica cambio alguno de circunstancias; que la Resolución 297/10 fue dictada el 8/9/10, mientras que el fallo de la Corte es del 05/10/10 y no hay mención alguna a esta reglamentación en el fallo; que la suspensión dispuesta se hace extensiva a la reglamentación del mismo; que lo dispuesto por dicha Resolución no le es oponible; que la Resolución 297/10 fue dictada en flagrante incumplimiento de la medida cautelar dispuesta el 16/12/09 por el Sr. juez Federal de Salta, Dr. Miguel Antonio Medina que se encuentra plenamente vigente; que en virtud de la cautelar decretada se encuentra exceptuada de adecuarse a lo dispuesto por el art. 161; que el transcurrir del tiempo *per se* no implica ningún cambio de circunstancias; que las medidas cautelares no tienen un plazo fijo de vigencia; que la Corte ni fijó plazo a la medida precautoria ni estableció parámetro alguno para fijar el mismo que no sean los establecidos en el Código Procesal para que éste sea fijado; que de la lectura del fallo se advierte que la Corte no afirma que la actual falta de límite temporal en la medida cautelar desnaturalice el derecho federal invocado; que la Corte utiliza el potencial y señala que «podría» ocurrir tal circunstancia; que no parece que la vigencia de la medida cautelar se haya acercado siquiera a una desmesurada extensión temporal; que el remedio propuesto por la Corte sólo sería procedente si se dieran las circunstancias que preocupan al Alto Tribunal, que por lo menos, todavía, no es el caso de autos y que de considerar que resulta imperativo la fijación de un plazo, se difiera tal decisión para el momento en que se celebre la audiencia prevista por el art. 360, Cód. Proc., lo que permitirá mejor proveer en beneficio de los principios de economía y celeridad procesal.

III.- Que primer término se tratará el pedido de levantamiento de medida cautelar efectuada por el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros-.

Son tres los argumentos desarrollados por el Estado Nacional para fundar la solicitud de levantamiento de la medida cautelar decretada en autos. A saber: que el transcurso del tiempo y la precisión que sobre él ha dado la reglamentación, genera una sustancial alteración en el presupuesto peligro en la demora invocado como justificación de la medida provisional y siendo que toda alteración fáctica o

jurídica justifica la modificación de la manda cautelar la medida debería levantarse; que el mantenimiento de la medida cautelar impide dar plena vigencia a la ley, con grave afectación del interés público, argumentando que la participación de la actora en el sector alcanza a casi el 57%, lo que daría una posición monopólica a nivel local y dominante en el orden nacional que afecta los intereses tutelados por la norma y que la pretensión de la actora posee un contenido puramente económico y que la primacía del interés general comprometido en la efectiva aplicación de la ley, por sobre el mero interés privado se corresponde con uno de los criterios históricamente aceptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ante todo cuadra señalar que, «Según la definición de Carnelutti, cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo).» (cfr. Fenochietto-Arazi, «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación», ed. Astrea, 1993, t. I, pág. 739).

Y «precisamente para impedir la frustración del derecho de quien acciona, a modo de un anticipo de la garantía constitucional (el Estado, al prohibir que se haga justicia por su propia mano, garantiza su apoyo a quien se ajusta al derecho), se asegura el eventual cumplimiento de la condena, disipando los temores aparentemente justificados del accionante. De este modo puede afirmarse que, en última instancia, las medidas cautelares tienden a mantener la igualdad de las partes, posibilitando que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido» (op. cit., pág. 740).

Tal como dispone el art. 202, Cód. Proc., las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, pudiéndose requerir su levantamiento en cualquier momento en que éstas cesaren. Y no se advierte que en autos se hubiera producido una modificación en las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar.

El hecho que la Resolución 297/10 hubiera establecido los mecanismos de transición no implica una modificación de las circunstancias que motivaron el dictado de la medida cautelar, destacando que en autos se ordenó la suspensión provisional respecto de la actora de la aplicación del 161, ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual en su totalidad y no del plazo para concretar la obligación de desinversión forzosa.

IV.- Que «La finalidad de las medidas cautelares es evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable y atento a lo dispuesto en el artículo 232 del Código Procesal (cfr. C. Civ., Sala A, 30/8/68, en ED, 26-736, fallo 13.574). Es decir que se trata de evitar la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. C. Civ., Sala D,

18/6/74, en La Ley, 156-797; C. Civ., Sala F, 12/9/74, en La Ley, 156-837). Así la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional y que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. Consecuencia, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento. (cfr. Alfredo Jorge Di Iorio, «Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares», en La Ley, 1978-B, p. 826). Un interesante fallo ...ha señalado que las medidas cautelares se dirigen a salvaguardar el *imperium iudicis*, o sea impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal o una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde. (cfr. C. Com, Sala B, en ED, 124-253, sum. 594, Norberto J. Novellino, «Embargo y desembargo y demás medidas cautelares», 5ª edición actualizada y ampliada, ed. La ley, 2006, pág. 8).

Las circunstancias que motivaron el dictado de la medida cautelar no han variado, toda vez que el breve plazo establecido para concretar la obligación de desinversión forzosa para el tipo de empresa de que se trata -aún cuando sea computado a partir del cumplimiento de los pasos que indica la norma-, hace altamente improbable que se llegue a tiempo en el esclarecimiento de los derechos mediante sentencia a dictarse en el procedimiento judicial ordinario, tal como fuera dispuesto por la Excma. Cámara a fs. 558 vta/559.

V.- Que las medidas cautelares no están sujetas a un plazo de vigencia, pues de lo contrario, se desnaturalizaría su finalidad, cuál es la evitar que la sentencia que eventualmente se dicte se torne ilusoria. A lo que cabe agregar que persisten en autos los requisitos de procedencia de la medida cautelar solicitada y decretada.

El Estado Nacional dice que manteniendo la medida se perjudica el interés público. ¿Cuál sería ese interés? Pues terminar con los monopolios en materia audiovisual y la actora sería una empresa monopólica. Monopolio deriva del griego *monos* -uno- y *poleo* -vendo- (Corominas, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 3º Ed, Madrid 1998, p. 401/402) e implica la idea de un solo vendedor. En un sentido más lato es disponer de una posición dominante en el mercado.

Para terminar con la posición monopólica que se le atribuye a la accionante, la norma en crisis dispuso la desinversión forzada de los activos de ésta en defensa del interés público. Ahora bien, del propio escrito de la demandada (ap. 3.2.2., fs. 712 *in fin* fs. 712 vta.) la actora tendría -ya que no se indica la fuente- una participación de casi el 57% en el sector, lo que dista bastante de constituir un

## *Poder Judicial de la Nación*

monopolio, ya que según sus propios dichos habría más del 43% en otras manos, lo que excluye cualquier idea de concentración monopólica.

Respecto al argumento desarrollado en relación al interés público comprometido, cabe señalar, que tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 5° (fs. 623/623 vta.), la presente medida cautelar, cuyos alcances se encuentran limitados a la actora, no afecta de ningún modo la aplicación general de la ley, y se encuadra dentro de los criterios tradicionales empleados por los Tribunales de la Nación durante muchos años y en todas las circunscripciones, por lo cual no se advierte gravedad institucional alguna. Máxime si se repara en que la recurrente no ha logrado demostrar -con el rigor que es necesario en estos casos- que el mantenimiento del pronunciamiento que ataca pueda, en las actuales circunstancias, paralizar u obstaculizar la aplicación general del régimen consagrado en la ley 26.522. Es decir, no se ha deducido un agravio suficiente que permita tener por acreditado que la resolución impugnada ocasiona al Estado Nacional un perjuicio que no es susceptible de reparación ulterior.

Por lo que se impone el rechazo del pedido de levantamiento de medida cautelar efectuado por el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros-.

VI.- Que el Estado Nacional solicita para el supuesto que no se hiciera lugar al levantamiento de la medida cautelar peticionado, se proceda a fijar un límite razonable para la vigencia de tal medida como fuera contemplado por la Corte en el pronunciamiento dictado.

Que en las presentes actuaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso desestimar el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional. La decisión expresa, positiva y precisa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido desestimar el recurso extraordinario interpuesto. (cfr. fs. 622/626).

Que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los argumentos expuestos en los considerandos de dicha providencia ha dicho «Que por esta razón, y para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Si el tribunal de grado no utilizara ex officio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo» en la parte dispositiva no ha ordenado la fijación de plazo alguno».

El fin de las medidas cautelares es la protección de una de las partes, para que una eventual sentencia favorable no sea de cumplimiento imposible. Por tal razón es que tales medidas -en principio- duran *sine die* hasta tanto se resuelva la causa principal a la que protegen. Sin perjuicio de destacar que reconocida doctrina ha pregonado por vía pretoriana la procedencia excepcional de proveer medidas cautelares temporarias (cfr. en este sentido Peyrano, Jorge W. «El plazo

en las medidas cautelares», rev. La Ley, 26/10/10), no puede dejar de advertirse que el legislador no ha contemplado la posibilidad de someter a un plazo de vigencia la cautelar que nos ocupa, más allá del supuesto de caducidad contemplado en el art. 207, Cód. Proc. Cuando el legislador consideró que una medida cautelar debía caducar por el transcurso del tiempo lo decidió expresamente. Tal la anotación preventiva de litis que dura cinco años (art. 37, inc. b, ley 17.801) e igualmente las inhibiciones y embargos (art. 207, Cód. Proc.). Por lo que la fijación de un plazo por parte de este Tribunal importa una violación a la Constitución Nacional en cuanto establece el sistema tripartito de división de poderes.

En una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada, se concluye que si el legislador hubiera querido que la prohibición de innovar estuviera sujeta a un plazo de caducidad así lo hubiera regulado. De fijarse un plazo de vigencia de la medida cautelar en forma judicial, el juzgador se estaría convirtiendo en legislador, violando de esta manera el principio de división de poderes. Que por vía pretoriana no puede modificarse la regulación legal.

«El principio de separación de poderes y el necesario respeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales que su competencia les impone, determina que la función de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de facultades que les son privativas a otros poderes con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional, pues de lo contrario, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación». (cfr. C.S.J., Fallos: 328:3193)

La fijación de un plazo para la vigencia de la cautelar de autos se puede convertir en un *boomerang* ya que si el pronunciamiento de fs. 622/626 pretende prevenir por este medio una dilatación del proceso por obra de la demandante, su establecimiento conduce a que sea la demandada quien dilate el trámite para beneficiarse con la caducidad de la cautela antes de la sentencia definitiva.

A lo que cabe agregar que de acuerdo al principio dispositivo que rige en nuestro procedimiento, la carga del urgir el proceso recae sobre las partes, no pudiendo el suscripto prever cuál va a ser la duración del pleito, así como tampoco fijar un plazo de duración del mismo, pleito en el que, por otra parte, aún no se trabado la litis. Cabe señalar además que «la finalidad de la prohibición de innovar no es otra que la de mantener el *statu quo* inicial, a los fines de impedir que durante la promoción del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornando en ilusoria la posible futura sentencia, y encuentra fundamento sustancial en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa, que se vincula axiológicamente con el derecho de igualdad de las partes ante la contienda judicial, de neto raigambre constitucional (art. 18)». (C. N. Civ. y Com. Fed, Sala I, causa N° 1.442/92 del

## *Poder Judicial de la Nación*

16/12/92). A lo que se debe añadir que resulta imposible determinar de antemano la duración de un pleito y la experiencia del proveyente en sus más de treinta años a cargo de este Juzgado pone de manifiesto que una causa puede durar desde unos pocos meses a más de una decena de años. Por lo que ante ello cabe preguntarse ¿cuál sería el plazo prudencial para fijarle un límite a la cautelar de autos? Cabe precisar que en la causa principal aun no se ha trabado la litis, por lo que tal situación empece admitir la recomendación del Tribunal cimero, desde que al momento se desconocen cuáles serían las defensas y medidas de prueba que podría invocar la accionada

Por lo que también se impone el rechazo de la solicitud de fijación de un plazo de vigencia para la medida cautelar decretada en autos.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos,

### RESUELVO:

Rechazar el pedido de levantamiento de medida cautelar dispuesta a fs. 286/292 con los alcances de fs. 556/559 vta., así como la fijación de un plazo de vigencia de la medida cautelar efectuado por el Estado Nacional -Jefatura de Gabinete de Ministros-. Con costas.

Regístrese y notifíquese.

Fdo.: Edmundo J. Carbone - Juez Federal