

Buenos Aires, 15 de marzo de 2011

Vistos los autos: "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. -Inc. Competencia- c/ E.N. s/ medida cautelar (autónoma)".

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar la decisión de primera instancia, hizo lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenó al Estado Nacional que, hasta tanto se dilucidara la cuestión de fondo en el juicio que se iniciara al respecto, se abstuviera de autorizar o realizar cualquier acto que implique admitir la transferencia de la licencia correspondiente a LS4 Radio Continental al Grupo Prisa y/o a cualquiera de sus empresas controladas o vinculadas, la Corporación Argentina de Radiodifusión S.A. (CARSA S.A.) y GLR Services Inc., TELEFE S.A. y ENFINSUR S.A. y el Comité Federal de Radiodifusión interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 401/419, 421/434 vta. y 440/454 vta., que fueron contestados a fs. 459/478, 510/529 y 531/550 y concedidos parcialmente por el a quo a fs. 554. Asimismo, y en virtud de la denegación parcial, CARSA S.A. se presentó en forma directa ante esta Corte mediante la queja que tramita por expediente R.169.XLIV.

2º) Que corresponde aplicar en el caso la reiterada jurisprudencia de este Tribunal en relación con que las resoluciones referentes a medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 327:5068; 329:440, entre muchos otros).

3º) Que sobre la materia resulta propicio recordar los términos del precedente de Fallos: 137:352 suscripto por los jueces Bermejo, González del Solar, Figueroa Alcorta y Méndez. Allí se sostuvo que "...según se ha establecido reiteradamente por esta Corte, tratándose de abrir una tercera instancia, el legisla-

dor sólo la autoriza respecto de las sentencias definitivas y por tales se entienden las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, o haciendo imposible su continuación, o sea, como lo expresaba la Ley de Partidas, aquélla 'que quiere tanto dezir como juyzio acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado' (Ley 2 in fine, Título 22, Partida 3ra.; Fallos: 126:297, entre otros)". En efecto, es característico de la sentencia definitiva (como sostenían Imaz y Rey) que después de dictada, el derecho discutido no puede volver a litigarse ("Recurso Extraordinario", 2da. ed., Nerva, Buenos Aires, 1962, pág. 199).

En el caso, no se ha demostrado la existencia de dos requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia de este Tribunal para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar, esto es, que medie cuestión federal bastante conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable (Fallos: 295:646; 308:90, entre muchos otros).

En efecto, los alcances de la medida impugnada se hallan limitados a los demandados, sin que se encuentre suficientemente demostrado, con el rigor que es necesario en estos casos, que el mantenimiento del pronunciamiento que se ataca pueda paralizar u obstaculizar la aplicación de disposiciones de carácter general por parte de la autoridad administrativa recurrente. Tampoco las sociedades apelantes han aportado elementos suficientes para tener por acreditado que la decisión atacada les ocasiona un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

4º) Que, sin perjuicio de lo expuesto, y atento la fecha en la que la medida cautelar fue dictada (29 de diciembre de 2004 -confr. fs. 24/26-), corresponde reiterar en el sub examine el criterio recientemente expuesto por este Tribunal en la causa G.456.XLVI "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", fa-

llada el 5 de octubre de 2010, según el cual la falta de sentencia definitiva aplicable al caso debe complementarse con otra regla tradicional de esta Corte, que el tribunal de grado deberá tener en cuenta, y que consiste en que la medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado.

No debe perderse de vista que si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora obtener por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos. Por esta razón, no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es mantenida "*sine die*", de lo cual se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo (Fallos: 331:941).

5º) Que, en efecto, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Esta afirmación, que está ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes en el terreno del *deber ser*, se relativiza en el ámbito del derecho vivo que emerge del ejercicio jurisdiccional -en el campo del *ser*- pues las medidas cautelares tienden a ordinarizarse, es decir, a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil la decisión cognitiva. Esto borra su esencia misma, pues hace desaparecer su provisionalidad, dado que la medida cautelar agota o suple en buena parte el contenido mismo de la pretensión jurídica e impulsa al peticionante a prolongar indefinidamente

por todos los medios procesales a su alcance la decisión cognitiva de fondo, que llega cuando carece de toda importancia.

Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisoria de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a éste, no es menos cierto que en otros casos es éste el efecto que provoca.

6º) Que no es posible desvincular por completo la provisionalidad de estas medidas del *periculum in mora*, pues cuando éste recae sobre un daño irreparable, debe ser muy cuidadosa la jurisdicción y en casos muy excepcionales puede llegar hasta a sacrificar en buena parte la provisionalidad de la medida en función de la naturaleza de los intereses y bienes jurídicos en juego. Pero estas consideraciones no rigen cuando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado), en que la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo, etc.

7º) Que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. En efecto, la finalidad de tales medidas es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable (Fallos: 327:2490; 330:4076), objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, permitiendo a quienes las requieren obtener de forma anticipada el objeto principal de su pretensión.

En estos supuestos, el derecho que fue originalmente ejercido en forma regular y con respaldo jurídico, se ve desvirtuado de los propósitos y fines para los que fue concebido, ocasionando de esta forma un daño procesal a una de las partes que interviene en el pleito. Se configura así un supuesto de antifuncionalidad, que no encuadra estrictamente en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados, a quienes el ordenamiento procesal les impone el deber de dirigir el procedimiento y velar por el adecuado cumplimiento de los deberes de lealtad, probidad y buena fe (confr. art. 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Es que, en definitiva, los derechos tienen una misión social que cumplir contra la cual no pueden rebelarse, por lo que no pueden ser utilizados con cualquier objeto sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar. No pueden ser ejercidos sin más ni más, sino para un fin legítimo y, en ningún caso, al servicio de la malicia, la mala fe o de la voluntad de perjudicar al prójimo, pues en este caso el apartamiento de la vía regular constituye un abuso del derecho (Josserand, Louis/Brun, André, "Derecho Civil", Buenos Aires, 1950, Bosch, Tomo I, págs. 153 y ss.). Al decir de Spota, las facultades jurídicas deben ejercerse en el plano de la institución, sin desvirtuar su fin social y económico, en cuya virtud

la norma implicada ampara al titular de esa prerrogativa individual (Spota, Alberto, "La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso del derecho", J.A. 1954-1-304).

6º) Que, por otra parte, la posibilidad de que se configuren situaciones como las descritas no pasó desapercibida al legislador quien, en el artículo 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, previó no sólo la posibilidad de que el juez disponga el levantamiento de una medida cautelar si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, sino que también lo habilitó a condenar al pago de los daños y perjuicios que tal conducta hubiera podido ocasionar.

7º) 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. Ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizare por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra (Fallos: 314:1202, voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt), la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa (artículos 202 y cc), y en su caso la del artículo 14 de la ley 48 ante este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos y se desestima la queja. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Declárase perdido el depósito de fs. 2 del expte. R.169.XLIV. Notifíquese,

R. 169. XLIV.
R. 218. XLIV.
RECURSO DE HECHO
Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. -
Inc. Competencia- c/ E.N. s/ medida cautelar
(autónoma).

archívese la queja y, oportunamente, devuélvase el expediente principal. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia) - CARLOS S. FAYT (según su voto)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-/-

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCOTRES DON CARLOS S. FAYT, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los recursos extraordinarios son inadmisibles por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (artículo 14 de la ley 48).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran inadmisibles los recursos extraordinario interpuestos y se desestima la queja. Con costas. Declárase perdido el depósito de fs. 2 del expte. R.169.XLIV. Notifíquese, archívese la queja y, oportunamente, devuélvase. CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que, sin perjuicio de ello, en orden a la particular circunstancia que justifica en el caso considerar que la sentencia apelada es equiparable a definitiva, el Tribunal encuentra pertinente efectuar la siguiente precisión.

Al respecto, es de advertir que en los expresos términos en que la medida cautelar fue confirmada por el a quo, el agravio invocado por la Administración resulta irreparable en la medida en que, en la realidad de los hechos, como única alternativa a la suspensión de un procedimiento administrativo *sine die* y con independencia de los resultados a que pueda arribarse "en la etapa de conocimiento pleno" -a la cual reiteradamente hace referencia la alzada (conf. fs. 386/386 vta.)-, a aquélla se le impone el dictado de una resolución en un sentido determinado que, precisamente, coincide con el que constituiría el objeto de la pretensión de fondo de la actora.

En efecto, sin alterar el contenido de la decisión adoptada por el magistrado de primera instancia, como ya se dijo, ordenar al Estado Nacional que se abstenga de ordenar o autorizar cualquier acto que implique admitir la transferencia de la licencia correspondiente a LS4 Radio Continental -que incluye las operaciones de Radio Continental (AM 590) y FM Hit (FM 105.5) al Grupo Prisa y/o a cualquiera de sus empresas controladas o vinculadas, en particular Grupo Latino de Radio Inc. y/o Corporación Argentina de Radiodifusión S.A.-, la cámara entendió que la suspensión dispuesta en la medida cautelar "depende del propio accionar y diligencia de la demandada, pues [...] aquélla es concedi-

da hasta que se dicte la resolución administrativa que causa estado" (conf. fs. 384).

En esas condiciones, debe admitirse la configuración del agravio definitivo invocado pues, por más irrazonable que ello resulte en el marco del cumplimiento de una medida cautelar, a fin de evitar la paralización del trámite administrativo de que se trata, la Administración queda obligada a pronunciarse por la no aprobación de la transferencia de la licencia requerida, lo cual importa admitir, sin más, aquello que sería el reclamo sustancial de la demandante.

3º) Que, asimismo, en lo relativo a la legitimación de esta última, esta Corte considera manifiestamente inadmisibles el único argumento expuesto por el a quo para desestimar los cuestionamientos que sobre el punto fueron sometidos a su consideración.

En tal sentido, no puede siquiera inferirse el motivo por el cual, al ser Radio y Televisión Trenque Lauquen "...competidora de Radio Continental en diversos puntos de su cobertura primaria...", la transferencia de la licencia correspondiente a esa emisora, de suyo, sería "...susceptible de interferir en forma directa el ámbito en el que la solicitante desarrolla su propia actividad en el marco de la habilitación que le fuera otorgada..." (conf. fs. 384), circunstancia por la cual, a la vez, se le debería reconocer legitimación procesal activa suficiente para petitionar la medida cautelar de que se trata.

Es que, en atención a la amplitud y generalidad que se atribuye a tal "interferencia", aun de admitirse la posibilidad de su futura producción, tampoco puede advertirse en qué diferiría de aquella que, al menos a la fecha del pronunciamiento de la alzada, generaba a la peticionante la actividad de Radio Continental al amparo de la licencia por entonces vigente.

4º) Que, por último, merecedoras de idéntico reproche, resultan las vagas referencias de la alzada a "los derechos del cautelante en orden al [mantenimiento del] régimen de competencia en el que se desarrolla su actividad en las actuales condiciones", cuya modificación repercutiría "en el orden patrimonial", con consecuencias "de difícil o imposible reparación ulterior" (conf. fs. 386 vta.).

Desde tal perspectiva, se impone señalar que la medida cautelar materia de los remedios en análisis fue decretada en primera instancia, y mantenida por la alzada, con el único respaldo de tener por válidas meras manifestaciones de la peticionante relativas a que "...la transferencia en cuestión al inversor español desencadenará una gran competencia desleal en virtud de las posibilidades con que cuenta en materia de financiamiento en el exterior y giro comercial y publicitario. Al respecto, cabe señalar que el mercado nacional de radiodifusión, además de encontrarse conformado por capitales nacionales, sufre las restricciones propias de la situación general del país, por lo que la introducción de un competidor foráneo en violación a las normas y principios aplicables generará consecuencias funestas para el sector" (conf. fs. 21 vta.).

En tal sentido, ninguna prueba se ha exigido que permita inferir, siquiera, el concreto perjuicio cuya producción se tiende a evitar, resultando los daños alegados manifiestamente hipotéticos y conjeturales.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora

-//-

-//-Procuradora Fiscal, se declaran admisibles los recursos extraordinarios de fs. 401/419; 421/434 vta. y 440/454 vta. y se revoca la sentencia apelada. Agréguese la queja de referencia al principal y reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

Recursos extraordinarios interpuestos por la **Corporación Argentina de Radiodifusión S.A. y GLR Services Inc.** representada por el **Dr. Edmundo Omar Rébora**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Héctor Aquiles Mairal y Mario L. Turzi**; por **TELEFE S.A. y ENFISUR S.A.**, representadas por el **Dr. Mariano J. de los Santos** con el patrocinio letrado del **Dr. David Andrés Halperín**; y por el **Comité Federal de Radiodifusión** representado por el **Dr. José Antonio Caamaño** con el patrocinio letrado de la **Dra. Jacqueline E. Dinale**.

Traslado contestado por **Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A.**, representada por el **Dr. Ezequiel Cassagne**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Carlos Cassagne**.

Recurso de hecho deducido por la **Corporación Argentina de Radiodifusión S.A. y GLR Services Inc.** representada por el **Dr. Daniel Francisco Di Paola**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Héctor Aquiles Mairal y Mario L. Turzi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8**.

R. 169. XLIV.
R. 218. XLIV.
RECURSO DE HECHO
Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. -
Inc. Competencia- c/ E.N. s/ medida cautelar
(autónoma).

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación
ingrese a:

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/monti/agosto/1/r_169_1_xliv_radio.pdf

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/monti/agosto/1/r_218_1_xliv_radio.pdf