

## El ejercicio del poder de policía en el proceso de adecuación a la ley 26.522

The exercise of the police power in the process of adaptation to the law 26.522

Ana Clara Joly\*

### RESUMEN

El poder de policía es aquella actividad cuyo ejercicio limita derechos privados y se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que acotan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En el caso en estudio, la *policía* es ejercida por parte de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, como autoridad de aplicación de la Ley N° 26.522 sancionada por el Congreso el 10 de octubre de 2009, a los fines de regular los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina, que ejerce el *poder de policía* imponiendo limitaciones en áreas del interés público.

### ABSTRACT

The police power is the activity whose exercise limited private rights and which manifests itself through the power of legislation through laws and regulations that limit the exercise and the content of individual rights to make them compatible with the rights of others or for the purposes of public interest pursued by the community. In the case under study, the police is exercised by the Federal service authority of Audiovisual Communication (AFSCA), decentralized and autonomous agency within the scope of the national executive power, as authority for the application of the law N° 26.522 sanctioned by Congress on October 10, 2009, for the purpose of regulating the audiovisual communication services in all the territory of the Republic of Argentina exercising the power of police to impose limitations in the public interest.

### PALABRAS CLAVE

Poder de policía- Ley de servicios de comunicación audiovisual

### KEY WORDS

Power of police- Law of audiovisual communication services

\*Asesora legal en la Dirección Nacional de Relaciones Institucionales y Comunitarias de AFSCA. Defensora de Pobres y Ausentes y Asesora de Menores e Incapaces del Ministerio Público del Poder Judicial de la Pcia. de Buenos Aires. Auxiliar docente de Derecho Civil I y V de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USAL.

## 1. Concepto de policía y poder de policía

El poder de policía es aquella actividad cuyo ejercicio limita derechos privados y que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que acotan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En cambio, la llamada policía administrativa se traduce, fundamentalmente, en actos concretos dictados por la Administración, y que requieren siempre de una ley previa (arts. 14 y 99 inc. 2º de la Constitución Nacional), que carecen de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscripta en razón de la materia.

Según Marienhoff<sup>1</sup>, conceptualmente “policía” y “poder de policía” son considerados como valores distintos, “*policía*” es función o actividad “*administrativa*”, cuyo objeto es la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera; en cambio, “*poder de policía*” es una potestad atribuida por la Constitución al órgano o “*poder*” *legislativo* a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes.

Esta distinción permite discernir lo que estrictamente le incumbe a la Administración, que ejerce la *policía*, ejecutando la norma dictada por el Congreso en ejercicio del *poder de policía*.

En el caso en estudio, la *policía* es ejercida por parte de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, como autoridad de aplicación de la Ley Nº 26.522 sancionada por el Congreso el 10 de octubre de 2009, a los fines de regular los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina, que ejerce el *poder de policía* imponiendo limitaciones en aras del interés público.

La doctrina define al “*poder de policía*” como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. Dicho “*poder*”, dadas las *limitaciones* que apareja en la esfera jurídica de los habitantes del país, se constituye como una atribución perteneciente al órgano *legislativo* de gobierno, único con competencia para establecer tales limitaciones.

Nuestra Constitución Nacional, al referirse a la regulación del ejercicio de los derechos esenciales del habitante, no emplea las expresiones “policía” o “poder de policía”, sólo habla de las “*leyes que reglamenten su ejercicio*” (art. 14 CN). Va de suyo que este artículo es el fundamento positivo de ese poder. El “*poder de policía*”, pues, se concreta en la potestad del legislador para regular el ejercicio de esos derechos individuales.

---

<sup>1</sup> MARIENHOFF, Miguel., *Tratado de Derecho Administrativo.*, Abeledo-Perrot., Buenos Aires, 1997

En el derecho argentino, el fundamento “*jurídico*” del *poder de policía* radica en el carácter *relativo*, y en modo alguno *absoluto*, de las prerrogativas del individuo, verbigracia “*libertad*” y “*propiedad*”. La “*policía*” apareja esencialmente un poder de “*reglamentación*” del ejercicio de los deberes y derechos constitucionales de los habitantes.

Ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictamen 250:65) que “*el poder de la policía del Estado consiste en la actividad legislativa tendiente a reglar y limitar derechos, previa ponderación del interés público implicado y en orden al logro de las condiciones materiales, económicas, técnicas, jurídicas, etc., exigidas por el bien común en el supuesto concreto examinado. En efecto, la noción de poder de policía remite a la intervención del Estado en la esfera jurídico-patrimonial de los particulares y encuentra fundamento, extensión y límite en la gestión del bien común, causa final del Estado; más concretamente, en el interés público perseguido. En el Estado de Derecho esa intervención exige la forma de ley y, por consiguiente, tanto el criterio de poder de policía restringido (narrow) como el amplio (broad and plenary) permiten afirmar que su naturaleza jurídica es legislativa y que se concreta en la limitación a la libertad y la propiedad individual*”.

## 2. Evolución jurisprudencial del contenido de poder de policía

En el terreno de la jurisprudencia y la doctrina se reconocen dos vertientes acerca del contenido posible del poder de policía: el criterio “*restringido*” y el criterio “*amplio*”. De acuerdo al primero (“*narrow*”), el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la *seguridad, moralidad y salubridad* públicas.

Conforme al criterio *amplio* (“*broad and plenary*”), el poder de policía -aparte de los objetivos indicados- se extiende a la defensa y promoción de los *intereses económicos* de la colectividad y al *bienestar* general de la misma. De ahí que se admita una policía de la “*emergencia*” y una policía de la “*prosperidad*”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) evolucionó en su concepción del poder de policía. Originariamente, consideró incluida en el mismo la facultad de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad públicas. Así pues, en 1887, el Máximo Tribunal dictó una sentencia<sup>2</sup> en el caso “*Saladeristas de Barrancas c/ Provincia de Buenos Aires*” en la que receptó el criterio mediante el cual el Estado podía dictar normas en resguardo de salubridad pública. Se sostiene aquí el criterio “*restringido*” de poder de policía.

Idéntica línea directriz fue utilizada en el fallo “*Plaza de Toros*”<sup>3</sup> ante una ley dictada por la provincia de Buenos Aires que prohibía la corrida de toros: “*(...) La policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 CN a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio*”.

<sup>2</sup> In re “*Saladeristas de Barrancas c/ Provincia de Buenos Aires*” CSJN Fallo, 31:274.

<sup>3</sup> In re “*Plaza de Toros c/ Pcia. de Buenos Aires*”.CSJN Fallo, 7.152.

A partir de la década del '20 se amplía el criterio y se agrega lo “económico-social”, siguiendo la doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos. Aumenta el “intervencionismo estatal” dentro del campo del derecho privado, y así, en el año 1922, en el caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw<sup>4</sup>, la CSJN extendió su concepto sobre poder de policía, sosteniendo que el Estado no sólo tenía la obligación de atender a la *seguridad, salubridad y moralidad* de los habitantes, sino que también tenía el deber de proteger los *intereses económicos* de la comunidad. A través de este pronunciamiento nuestra Corte abandonó el criterio *restringido* de policía para adoptar el criterio *amplio*, temperamento que mantiene hasta el presente.

Encontramos el fundamento constitucional de esta ampliación en el Preámbulo de la Constitución, cuando se refiere a “promover el bienestar general” y también en el art. 67 inc. 16) (hoy, 75 inc. 18): “Proveer lo conducente a la prosperidad del país”.

En esa línea de pensamiento, el 22/6/1960 en el fallo “Cine Callao”<sup>5</sup> la CSJN se pronuncia a favor del criterio amplio de las materias que comprenden al poder de policía, aduciendo que la base constitucional está dada por el art. 67 inc. 16 de la Carta Magna, y que por lo tanto, el Congreso de la Nación tiene la facultad de sancionar “*disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar, o contrarrestar, en forma permanente o transitoria los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala*”.

Se observa que el poder de policía sigue una política de bienestar o prosperidad, y que su ejercicio comprende –junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública– la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad.

Posteriormente, en la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se introducen los arts. 41, 42 y 43 que ratifican, ya con jerarquía constitucional, la posibilidad que tiene el Estado para dictar normas que promuevan el “bienestar general”. El art. 42 de la Constitución señala el rumbo regulatorio al exigir el control de los monopolios naturales y legales indicando las herramientas jurídicas conducentes a ese fin.

En el presente trabajo analizaremos la normativa relacionada con la adecuación a la Ley N° 26.522 sancionada el 10 de octubre de 2009 por el Congreso de la Nación, en ejercicio de su poder de policía, y en ejercicio de policía el Decreto reglamentario N° 1225/10 aprobado por el PEN, y las Resoluciones dictadas por el AFSCA N° 297/10, 1295/10, 901/12, 2205/12 y 2206/12.

### 3. Poder de policía: la ley n° 26.522

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, incorpora por primera vez dentro del marco regulatorio sectorial conceptos relacionados con Defensa de la Competencia y regulación antitrust, en un claro ejercicio de poder de policía que limita derechos individuales en pos de un interés público.

En efecto, la Ley bajo análisis, en su art. 1° relativo al objeto de la misma, refiere al “*desarrollo de los mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento,*

<sup>4</sup> In re “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw” CSJN Fallo,136:161

<sup>5</sup> In re. “Cine Callao”. CSJN Fallo, 247:121

*democratización y universalización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”. A su vez en el art. 2º considera a la comunicación audiovisual como una “actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. (...) La condición de actividad de interés público importa la preservación y el desarrollo de las actividades previstas en la presente como parte de las obligaciones del Estado nacional establecidas en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, la comunicación audiovisual en cualquiera de sus soportes resulta una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión”.*

El art. 10 crea la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) como autoridad de aplicación que regula, controla y sanciona en diferentes aspectos a la actividad de servicios de comunicación audiovisual. A modo de ejemplo, algunas de las misiones y funciones que establece el art. 12 de la norma son: velar por el desarrollo de una sana competencia y la promoción de la existencia de los más diversos medios de comunicación que sea posible; adjudicar y prorrogar, en los casos que corresponda, y declarar la caducidad de las licencias, permisos y autorizaciones; fiscalizar y verificar el cumplimiento de las obligaciones previstas por la ley y los compromisos asumidos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en los aspectos: técnicos, legales, administrativos y de contenidos; prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante; aplicar sanciones por incumplimiento de la ley, y sus reglamentaciones y sus actos administrativos.

### 3.1 Licencia y uso del espectro radioeléctrico

Uno de los medios de los que se vale la policía para cumplir con su cometido es el otorgamiento de licencias que especialmente se utilizan en el ámbito de la radiodifusión, en cuanto a que otorgan la posibilidad de que se explote durante un plazo determinado el uso del espectro radioeléctrico.

Conceptualmente, la licencia es el acto administrativo mediante el cual una persona puede realizar una actividad determinada, ya que ha cumplido con los requisitos reglamentarios establecidos. Se trata de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades regladas. La Ley N° 26.522 en su art. 4º define: *“Licencia de radio o televisión: título que habilita a personas distintas a las personas de derecho público estatales y no estatales y a las universidades nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley y cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación”.*

Asimismo, con relación al espectro radioeléctrico determina en su art. 7º que *“la administración del espectro radioeléctrico, atento su carácter de bien público, se efectuará en las condiciones fijadas por la presente ley y las normas y recomendaciones internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones u otros organismos pertinentes. Corresponde al Poder Ejecutivo nacional, a través de la autoridad de aplicación de la presente ley, la*

*administración, asignación, control y cuanto concierna a la gestión de los segmentos del espectro radioeléctrico destinados al servicio de radiodifusión”.*

### 3.2 Artículos 45 y 161 de la ley nº 26.522

Para alcanzar los fines descritos anteriormente, la ley se vale de variadas normas destinadas al fomento de la producción local, límites al acceso del capital extranjero y/o de empresas de servicios públicos y establece limitaciones a la concentración horizontal y vertical de actividades y licencias relacionadas con el sector audiovisual, las cuales se desarrollan en el art. 45 de la ley.

Este último artículo incorpora limitaciones a la acumulación de licencias a nivel nacional (1 en el caso de licencias satelitales, 10 para el caso de licencias que utilizan espectro radioeléctrico, 24 para el caso de las licencias de cable por vínculo físico), límites a la concentración a nivel local (hasta tres licencias, 1 radio AM, 1 radio FM, 1 licencia de cable, 1 licencia de televisión abierta), y límites a la integración vertical (excluye la posibilidad de tener licencia de cable y producción de señales para cable).

Cabe señalar que dichas limitaciones no sólo abarcan a quienes desean acceder a las licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual, sino también a los que a la fecha de la sanción de la ley no cumplan con las limitaciones dispuestas por la misma. Así pues el art. 161 de la Ley dispone: *“Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso– correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41”.*

#### 4. La policía administrativa: análisis del artículo 161 del decreto 1225/10 y resoluciones AFSCA nº 297/10, 1295/10, 901/12, 2205/12 y 2206/12

El ejercicio del *“poder de policía”*, al implicar limitaciones a derechos esenciales del individuo, requirió de una *ley formal*, conforme fuere analizado, en lo que hace al procedimiento de adecuación, en el acápite que antecede.

Con referencia al procedimiento de adecuación a la ley, el poder de policía *limitó los derechos* individuales a la acumulación irrestricta de licencias, en tanto considera de interés público el acceso igualitario a los medios de comunicación que permitan una diversificación de los contenidos audiovisuales.

Por su parte, la actividad *“policia”* presupone la existencia del poder de policía y lo ejerce a través del *acto administrativo, político* o de *gobierno* que, por principio, debe hallar fundamento en una norma *“legal formal”*.

A continuación, se realiza un análisis detallado de los decretos y resoluciones, relacionados con el proceso de adecuación a la ley, elaborados por el Poder Ejecutivo y el AFSCA en ejercicio de su rol de policía.

El ejercicio de la actividad policial es iniciada por el Poder Ejecutivo a través del dictado del Decreto N° 1225/10 que reglamenta la Ley N° 26.522 y que, en su art. 161, indica que *“la autoridad de aplicación establecerá los mecanismos de transición a los fines de adecuar la situación de la totalidad de los licenciarios a lo dispuesto en la Ley N° 26.522, bajo los siguientes criterios”*: a) adecuación voluntaria, b) constatación de oficio y c) adecuación por transferencia de licencias.

Acerca de la **adecuación voluntaria**, el decreto reglamentario indica que *“aquellos que se encuentran en alguna de las incompatibilidades manifiestas en el artículo 161 de la ley podrán iniciar el trámite de adecuación mediante declaración jurada, a través del cual propongan regularizar la situación”*. La **constatación de oficio** refiere a los casos donde los licenciarios no se hacen presentes ante la autoridad de aplicación para iniciar el trámite descrito y es ésta la que requiere *“proceder a constatar de oficio la efectiva adecuación a las disposiciones del artículo 161”*. Finalmente, el último punto abarca los casos en los que la **adecuación requiera de transferencias de licencias**, las cuales podrán hacerse solamente en aquellos casos donde la adecuación a la ley lo requiera<sup>6</sup>. Estas transferencias pueden ser voluntarias (a propuesta de la actora) o de oficio (en aquellos casos donde los titulares de licencias no dieran cumplimiento a las disposiciones de la ley y de la reglamentación en los plazos previstos).

A los efectos de establecer los *“mecanismos de transición a los fines de adecuar”*, con base en los criterios desarrollados en la ley y su decreto reglamentario, el AFSCA aprobó la Resolución N° 297/10 en cuyo Anexo I se establecen dichos mecanismos.

#### 1. Adecuación voluntaria

- a. Se otorgan 30 días a partir de la publicación de dicha resolución para presentar los planes de adecuación, para aquellos licenciarios que se encuentren incumpliendo la ley.
- b. Una vez analizada la propuesta, la autoridad de aplicación elaborará un acto administrativo que declare admisible o rechace la propuesta.

#### 2. Constatación de oficio

- a. En caso de que el titular no presentase un plan de adecuación, y en caso de detectarse incumplimiento, el organismo regulador podrá intimar al licenciario a que en un plazo de 30 días presente un plan de adecuación.
- b. En caso de no presentar propuesta, el organismo podrá dictar acto administrativo que declare incumplimiento.

#### 3. Adecuación por transferencia

- a. A los efectos de la adecuación a la ley, los licenciarios podrán transferir licencias a aquellos que cumplan con las condiciones de admisibilidad.
- b. En el caso de que el infractor no presente plan de adecuación luego de 180 días, o que habiéndolo presentado resultara inadecuado, podrá autorizar al AFSCA la oferta pública de las mismas.

---

<sup>6</sup> El art. 41 de la Ley N° 26.522 establece que las licencias son intransferibles.

- c. En el caso de que los titulares de licencias no dieran cumplimiento a las disposiciones de la ley, y una vez detectado el incumplimiento por parte del AFSCA, podrá dar publicidad a las licencias y ofertar las mismas.

Concordantemente, el art. 2º de la Resolución N° 297-AFSCA del 7 de septiembre de 2010 establece el plazo de un año a partir de la publicación del mismo para que los titulares de licencias se adecuen a la ley<sup>7</sup>.

Con posterioridad a la Resolución N° 297/10, el AFSCA dictó la Resolución N° 901-AFSCA/12, la cual en su art. 2º *“instruye a la Coordinación General de esta Autoridad Federal a organizar los procedimientos de adecuación por constatación de oficio”*. A través de los mismos, la autoridad de aplicación libró una serie de cédulas de notificación con requisitorias de información destinadas a detectar incumplimientos de aquellos licenciarios que no se hubiesen presentado ante la autoridad. De igual modo, dicha resolución indica que, si bien los plazos para la adecuación se encontraban vencidos (al 28/12/2011), existía una medida cautelar vigente hasta el 7 de diciembre de 2012 que protegía al Grupo Clarín, y que *“de haberse avanzado respecto de los licenciarios no protegidos por la cautelar vigente, se hubiera generado una evidente desigualdad entre los mismos así como incrementado la concentración a favor de pocos con el consecuente agravamiento de la problemática en el sector, en violación a la letra y al espíritu de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”*. Por este motivo, *“los procedimientos de constatación de oficio deberán confluir en un plazo razonable para permitir realizar a partir del 7 de diciembre de 2012 los procedimientos previstos en el Capítulo III del Anexo I de la mencionada Resolución N° 297/10, referentes a las transferencias voluntarias (inciso a), de oferta por el AFSCA (inciso b) o transferencia de oficio (inciso c), según corresponda”*.

Con fecha 3 de diciembre de 2012 el AFSCA dictó las Resoluciones N° 2205/12 y 2206/12 relativas a los procedimientos de adecuación.

La Resolución N° 2205-AFSCA/2012 avanza con respecto a sus similares en determinar el procedimiento administrativo que deberán recorrer los trámites de adecuación de cada uno de los licenciarios que se hayan presentado al proceso de adecuación de manera voluntaria.

Asimismo, ratifica como fecha límite para aquellos licenciarios que requieran adecuarse a la ley de manera voluntaria la explicitada en la Resolución N° 901-AFSCA/12: *“Los licenciarios que voluntariamente hayan presentado su propuesta de adecuación conforme a lo establecido por el artículo 161 de la Ley N° 26.522 y su reglamentación, hasta el 7 de diciembre de 2012 inclusive se regirán por este reglamento”*.

A continuación, la normativa establece un plazo de 120 días a partir del 7 de diciembre para dictar la admisibilidad total o parcial de la propuesta voluntaria (art. 6) y 180 días posteriores a la declaración de admisibilidad para que el licenciario realice las transferencias de licencias necesarias para dar cumplimiento al plan de adecuación aprobado por el organismo regulador (art. 8).

Finalmente, en el art. 9 de la Resolución N° 2205-AFSCA/12 indica que será de aplicación el reglamento de transferencia de oficio (Resolución N°

---

<sup>7</sup> Dicho plazo fue postergado por Resolución N° 1295/10, siendo la fecha definitiva para encontrarse adecuado a la ley el 28 de diciembre de 2011.

2206-AFSCA/12) cuando los plazos para las transferencias se encuentren vencidos o que las mismas no se hayan realizado en los términos aprobados en la propuesta de adecuación voluntaria.

La Resolución N° 2206-AFSCA/2012 incorpora en su Anexo I el procedimiento de oficio para aquellos licenciatarios que “*no reúnan los requisitos previstos en la Ley N° 26.522 y su reglamentación*” y no hayan presentado una propuesta de adecuación voluntaria antes del 7 de diciembre o que, habiéndola presentado, la misma haya sido rechazada por el AFSCA o el licenciatario no haya cumplido con las transferencias en los plazos previstos. Esta resolución designa por primera vez al Tribunal de Tasaciones de la Nación como organismo idóneo para determinar el valor de los servicios de comunicación audiovisual que se transferirán en el marco del procedimiento de oficio. Dicha tasación involucra a la totalidad de licencias que titularice y explote junto con los bienes imprescindibles afectados a ellas.

#### 5. Sanciones administrativas ante el incumplimiento.

El art. 161 dispone que, una vez vencido el plazo del año establecido en dicho artículo, y en caso de no encontrarse el licenciatario adecuado, *serán aplicables las medidas que al incumplimiento (en cada caso) correspondiesen*. El ente administrativo en ejercicio de la policía puede ejercer una función preventiva (inspecciones y vigilancia) o realizar una actividad material o de ejecución cuando no se cumplen con las normas dictadas en virtud del poder de policía.

La Administración actúa directamente, en virtud de que se encuentran en juego valores jurídicos tales como la seguridad, la salubridad, la moralidad o el aspecto económico social. En definitiva, el interés público. Esta actividad material se denomina “medios ejecutivos o de coacción”, y debe ser consecuencia de un fehaciente incumplimiento, pues de lo contrario podría tratarse de medidas demostrativas de exceso o desviación de poder.

La falta administrativa recibe distintos nombres, pero en definitiva es toda acción u omisión imputable a una persona física o jurídica que constituye una violación o transgresión a una norma dictada en ejercicio del poder de policía. Ante este incumplimiento se establecen sanciones que sólo podrán ser aplicadas si se ha seguido el procedimiento establecido en la norma, ya que hace al “debido proceso” protegido por el art. 18 CN.

Asimismo, resultan de aplicación en la materia los principios de legalidad y el de tipicidad. En efecto, todas las sanciones deben ser proporcionadas a la falta cometida, o sea, adecuadas y razonables, y la Administración sólo podrá aplicar las sanciones que estén expresamente previstas en la ley, ya que es de aplicación el principio de *nulla poena sine lege*.

Como se desarrolló anteriormente, la reglamentación y resoluciones relacionadas con el proceso de adecuación incorporan el “procedimiento de oficio” para el caso de no presentación en tiempo y forma al proceso voluntario de adecuación.

Si bien los procedimientos analizados no lo manifiestan explícitamente, en el caso de que el licenciatario se muestre renuente a aceptar el procedimiento de oficio, el ejercicio unilateral de parte del Estado de transferencia de las licencias en cuestión requiere de manera previa la declaración de caducidad de las mismas.

La caducidad de licencias forma parte del Título VI de la Ley Nº 26.522, donde se establece el Régimen de Sanciones que acarrea el incumplimiento de la ley.

El incumplimiento grave o reiterado de la ley puede conducir a la caducidad de la/s licencia/s involucrada/s (art. 108), la cual se establece en el art. 113: “*Al declararse la caducidad de la licencia, la autoridad de aplicación efectuará un nuevo llamado a concurso dentro de los treinta (30) días de quedar firme la sanción. Hasta tanto se adjudique la nueva licencia, la autoridad de aplicación se hará cargo de la administración de la emisora. Si el concurso fuese declarado desierto, la emisora deberá cesar sus emisiones. Los equipos destinados al funcionamiento no podrán ser desafectados de dicho uso por su propietario mientras no se produzca tal cese de emisiones*”.

## 6. Principio de la legalidad

Toda acción de la Administración ha de ser una aplicación de la ley. Ello es coherente con el principio de la legitimidad racional, según el cual “mandan las leyes”. Corolario del principio de legalidad es el de la reserva legal, cuya máxima estriba en establecer que toda intervención que afecte a la libertad y a la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento. Esta última es complementada con las normas reglamentarias para su aplicación emitidas por la Administración, sea en virtud de su propia potestad, sea por su autorización del Parlamento.

La intervención del Estado debe respetar ciertos límites. Adoptar la tesis “*amplia*” o “*restringida*” de poder de policía sólo significa que este poder abarcará o se aplicará con relación a un *extenso campo*, pero en modo alguno significa que, para lograr sus propósitos, la autoridad pública –Congreso o Ejecutivo– pueda prescindir de garantías y derechos esenciales acordados por la Constitución a los habitantes del país.

## 7. Las limitaciones a la policía y al poder de policía

La “reglamentación” de un derecho supone, pues, “*ejercicio*” de ese derecho. La “*pérdida*” de éste, dispuesta por una ley *reglamentaria*, excede los límites conceptuales de lo que ha de entenderse constitucionalmente por “*reglamentación*”. Tal es el sentido del art. 28 de la CN.

La CSJN sostuvo que “*reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última*”, pero “*esa facultad reguladora tiene un límite*” (art. 14 y 28 CN), “*un derecho ilimitado sería una concepción antisocial*”.

A pesar de su amplitud, el poder de policía está, entonces, sometido a diversas limitaciones tendientes a evitar la *arbitrariedad* en su ejercicio. Las medidas de policía deben ser, siempre, “*razonables*” y respetuosas de las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la CN. Se requiere que la medida exigida sea *justa y razonable*.

Algunos de los límites que deben contemplarse son: a) la limitación básica al poder de policía consiste en que este no debe contrariar, en su ejercicio, norma o principio constitucional alguno; b) el ejercicio del “poder de policía”, dada la limitación que produce en la esfera de prerrogativas esenciales del individuo –libertad, propiedad, etc.–, requiere base legal formal; c) en cuanto a

la *actividad policial*, propiamente dicha, sólo requiere la existencia de un acto emanado de la Administración Pública, que debe hallar fundamento en una norma "*legal formal*"; d) deben respetar el "*principio de razonabilidad*"<sup>8</sup>; e) el requisito de una conexión entre la norma reglamentaria de policía y el fin aparente que se persigue con esta; f) el poder de policía sólo puede imponer limitaciones referidas a lo estrictamente necesario y oportuno, para obtener el fin deseado; g) los medios empleados no deben ir más allá de las necesidades del caso.

En opinión de Juan Carlos Cassagne<sup>9</sup>, el límite realmente fundamental al ejercicio de la potestad del Estado que reglamenta o restringe los derechos de las personas es el relativo a la finalidad que orienta la actuación estatal, que no es otro que la prosecución del bien común o interés público que instrumenta el ordenamiento objetivo.

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sostenido reiteradamente en todos sus pronunciamientos que no existen derechos absolutos. Así, en el caso "Ercolano v. Lantieri de Renshaw"<sup>10</sup> sostuvo que "(...) *ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social*". El Estado no podrá restringir derechos arbitrariamente, pero esta función estatal debe partir desde el derecho que se ejerce, y en su caso, señalar hasta dónde se lo puede ejercer. Reglamentar su derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás.

#### 8. Debates sobre la proporcionalidad de la medida de poder de policía y sobre el exceso reglamentario de las normas de policía del PEN y el AFSCA

En referencia a los límites al poder de policía y a la policía y en relación con las normas de multiplicidad de licencias y adecuación a la Ley N° 26.522, se observa que, a lo largo del recorrido que tuvo la implementación de la misma, se han suscitado innumerables debates. A continuación se enumeran algunas de las cuestiones planteadas.

##### 8.1. Sobre la idoneidad y proporcionalidad de la regulación sobre licencias que no usan espectro radioeléctrico

A diferencia de la Ley de Radiodifusión N° 22.285, la Ley N° 26.522 establece en su art. 45.1.c. un límite de 24 licencias de servicios de televisión por cable por vínculo físico. En efecto, la regulación anterior sólo establecía límites a nivel nacional a la acumulación de licencias que utilizaban espectro radioeléctrico. El argumento en el que se basaba dicha regulación era que al

<sup>8</sup> El "*poder de policía*" no puede ser ejercido en forma "*irrazonable*", o sea que no puede ejercerse "*arbitrariamente*". La *razonabilidad* consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos.

<sup>9</sup> . CASSAGNE, Juan Carlos., *Curso de Derecho Administrativo.*, Tomo II, La Ley 2011.

<sup>10</sup> "Ercolano v. Lantieri de Renshaw". CSJN Fallo,136:161

ser el espectro radioeléctrico un elemento finito, el Estado debía regular la asignación del mismo a distintos licenciarios.

Este razonamiento fue empleado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa “Grupo Clarín SA y otros c/ PEN y otro s/ acción meramente declarativa”<sup>11</sup>, al argumentar que la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se excedía en las pretensiones regulatorias al establecer un límite a la acumulación de licencias que no utilizan espectro; límite éste que no se encontraría fundado en aspectos técnicos. El Tribunal autoriza la intervención del Estado en el mercado sólo si se trata de servicios que utilizan espectro y la rechaza en los casos en los que no se verifica esta característica. Entonces, entendió que correspondía examinar si las herramientas implementadas por el legislador para concretar los objetivos que se propuso son idóneas, proporcionales y compatibles con los derechos y garantías que gozaba la empresa litigiosa de conformidad con los art. 14 y 32 de la CN. Por este mismo motivo es que la Cámara argumenta que las restricciones contenidas en dicho artículo referido a licencias que no utilizan espectro radioeléctrico son innecesarias, desproporcionadas y no idóneas para los objetivos de lograr mayor pluralidad de voces.

Con base en ello, el tribunal concluyó que las reglas contenidas en el art. 45 de la Ley N° 26.522 que refieren a las limitaciones de acumulación de licencias con uso de espectro guardan proporción con los fines perseguidos, habida cuenta de que se trata un medio limitado, pero no así con la acumulación de licencias que no utilizan dicho recurso.

Cabe indicar que sobre la idoneidad y proporcionalidad de este artículo se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 29 de octubre de 2013 en la causa “Grupo Clarín SA y ots c/ PEN y otro s/ acción meramente declarativa”<sup>12</sup>, al afirmar *“que no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiados o aptas para permitir la participación de una mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo”* (págs. 53/54) (...) *“que el examen de proporcionalidad de la medida requiere valorar la entidad de la restricción que genera la norma impugnada en función de la importancia del fin legislativo. En tal sentido, cabe destacar que, al limitar la cantidad de licencias y registros que puede tener cada operador, el legislador tuvo como esencial propósito regular el mercado de medios audiovisuales para promover la diversidad y pluralidad de voces y evitar que se consoliden prestadores en posiciones dominantes que distorsionan el mercado”* (pág. 54) (...) *“que sobre la base de estos principios el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento jurídico. Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan no susceptibles de modificación implicaría sobreponer*

---

<sup>11</sup> “Grupo Clarín SA y otros c/ PEN y otro s/ acción meramente declarativa”. CSJN, Causa G.439 XLIX

<sup>12</sup> “Grupo Clarín SA y ots c/ PEN y otro s/ acción meramente declarativa” CSJN, Causa G.439 XLIX

***el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibles y contrario al texto constitucional*** (pág. 63).

### 8.2. Planteo de exceso reglamentario: el procedimiento de oficio.

El art. 161 de la Ley N° 26.522 estableció el plazo de un año para adecuarse a la ley. En la misma norma, el legislador indicó que *vencido dicho plazo, serían aplicables las medidas que al incumplimiento correspondiesen*. Posteriormente, en la reglamentación de dicha ley realizada por parte del PEN mediante Decreto N° 1225/10, se reglamenta la transferencia de oficio en los siguientes términos: *“La autoridad de aplicación dispondrá la transferencia de las licencias a los efectos de la adecuación en caso de que los titulares de las licencias no dieran cumplimiento a las disposiciones de la ley y de la presente reglamentación en los plazos previstos”*. El procedimiento de transferencia de oficio fue posteriormente desarrollado en las Resoluciones N° 297/10 y 2206/12 por parte del AFSCA.

Esta diferencia entre lo estipulado por el Poder Legislativo y lo reglamentado por el Poder Ejecutivo y el AFSCA motivó la solicitud de nulidad de la resolución que da inicio al procedimiento de oficio para el Grupo Clarín. En dicha solicitud de nulidad, la recurrente argumentó que se trataba de un “exceso reglamentario” y una transgresión al art. 17 de la Constitución, el cual establece que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

### 8.3. Planteo de exceso reglamentario: bienes afectados

Como se mencionó previamente, en el marco del procedimiento voluntario de adecuación a ley, es el propio licenciatario el que propone las licencias a transferir a esos efectos, como así también determina el cesionario de las mismas.

El procedimiento de oficio, por el contrario, es un ejercicio unilateral del Estado, por el cual se ponen a disposición pública las licencias que resulten necesarias para realizar dicha adecuación. Este procedimiento implica, por lo tanto, la valorización de los bienes que se van a transferir compulsivamente. En efecto, y como se señaló con anterioridad, la Resolución N° 2206/12 establece que es el Tribunal de Tasaciones el organismo que determinará el precio “de la totalidad de las licencias y los bienes involucrados afectados a ella”

Esta identificación entre bienes afectados y la licencia se evidencia en el art. 43 del Decreto Reglamentario N° 1225/10, el cual indica que *“los bienes afectados a un servicio de comunicación audiovisual, imprescindibles para su prestación regular, detallados en los pliegos de bases y condiciones y en las propuestas de adjudicación como equipamiento mínimo de cada estación, y los elementos que se incorporen como reposición o reequipamiento, **son parte integrante de la licencia o autorización y por ende inembargables**”*.

Sin embargo, el art. 43 sobre bienes afectados de la ley indica que *“a los fines de esta ley, se declaran afectados a un servicio de comunicación audiovisual los bienes imprescindibles para su prestación regular. Considérense tales aquellos que se detallan en los pliegos de bases y condiciones y en las propuestas de adjudicación como equipamiento mínimo de*

*cada estación y los elementos que se incorporen como reposición o reequipamiento”.*

Se observa que la identificación entre la licencia y los bienes imprescindibles para la prestación del servicio se hace efectiva en el decreto reglamentario, lo cual suscitó la polémica en torno a si el PEN se había excedido en sus funciones.

## 9. Conclusión

Con lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que, con la sanción de la Ley N° 26.522, el legislador entendió que la promoción, desconcentración y fomento de la competencia en el mercado de los servicios de comunicación audiovisual era un requisito fundamental para garantizar la universalidad en el acceso a dar y recibir información de todos los habitantes de la Nación.

El legislador manifiesta que no está garantizada la libertad de expresión si no se encuentra asegurado el acceso igualitario a recibir información, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los medios de comunicación que sirven como vehículo para desarrollarla.

La Constitución Nacional es un cuerpo normativo que debe entenderse armónicamente, donde existe una relación entre el art. 14 que protege la libertad de prensa y el art. 42 que pregona la participación del Estado para evitar la distorsión de los mercados y la formación de monopolios naturales y legales. En ese sentido se orienta la Ley N° 26.522 al regular la concentración del mercado en los servicios de comunicación audiovisual para garantizar la libertad de expresión. En otras palabras, puede entenderse el art. 45 de la ley como una reglamentación de lo prescripto por el art. 42 de la CN.

La intervención estatal es constitucionalmente obligatoria y la regulación del art. 45 es una herramienta legal que tiene por finalidad generar un mercado comunicacional en el cual se multipliquen las ideas y opiniones, objetivos centrales de la Ley N° 26.522. El Estado interviene para fomentar la igualdad de oportunidades y la participación en los medios, desconcentrando el sector e impidiendo que puedan existir en él actores con poder dominante.

Cabe destacar que el art. 2° la Ley N° 26.522 define a la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual como una *actividad de interés público*, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. Asimismo, la CSJN en la sentencia dictada en el marco de la causa “Grupo Clarín SA y o/s. c/ PEN y otro s/ acción meramente declarativa” también considera a los servicios de comunicación audiovisual como una actividad de interés público.

La noción de interés público en los servicios de comunicación audiovisual implica que el ejercicio de esta actividad debe contemplar el resguardo de principios generales aplicables al conjunto de la sociedad, como por ejemplo la igualdad en el acceso a dar y recibir información.

Es responsabilidad exclusiva del Estado velar por el efectivo cumplimiento de estos principios. De aquí se desprende la razonabilidad de las disposiciones que resguardan el acceso a servicios de comunicación audiovisual a actores del sector privado sin fin de lucro que tengan una finalidad social y no meramente comercial. El interés privado de la explotación debe conciliarse con el interés público del servicio, habida cuenta de que el Estado asegura la provisión del servicio. Naturalmente, este principio también supone que la

prestación no puede ser realizada monopólicamente por el Estado. La consagración definitiva de la radiodifusión como servicio de interés público tuvo lugar en 1980 con la sanción de la Ley N° 22.285, que efectuó dicha categorización de manera expresa en el art. 4º: “*Los servicios de radiodifusión se declaran de interés público*”.

Entonces, al ser la explotación de los servicios de comunicación audiovisual una actividad de interés público, se intensifica la regulación, se está en presencia de una actividad sujeta a una gran reglamentación por parte del Estado. El Estado no es neutral; tiene el deber de regular, controlar y fiscalizar dicha actividad. No se trata de un tercero ajeno que contempla una relación de derecho privado entre dos particulares. Estas actividades comerciales que realizan los particulares son captadas por el Estado, quien regula intensamente, de ahí que el particular que quiere obtener una licencia o autorización tiene que cumplir con los requisitos reglamentarios establecidos por la norma, la cual siempre debe ser razonable en lo que hace a los medios de dicha reglamentación.

En relación puntual con el procedimiento de adecuación a la ley, el legislador ha considerado que para gestionar en aras del interés público y del desarrollo sociocultural de la población, es menester que el sector público estatal y no estatal, así como el sector privado con y sin fin de lucro, puedan explotar servicios de comunicación audiovisual.

Para salir de la situación actual, donde se encuentra sobredimensionado el sector privado con fines de lucro, y dentro de éste se verifica una posición dominante que distorsiona el interés público, es necesario un proceso de adecuación a la nueva ley de servicios de comunicación audiovisual.