

LAS VINCULACIONES SOCIETARIAS EN LA LEY DE MEDIOS. SU INFLUENCIA EN EL RÉGIMEN DE LICENCIAS.

Autor: Fernando Gelfo

1. Introducción.

El día 10 de Octubre de 2009, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.522, que ha sido llamada “Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual” (LSCA). La discusión previa a la sanción de esta norma, giró en torno a la limitación en la propiedad de medios de comunicación audiovisual a los efectos de prevenir que grandes grupos económicos pudieran cooptar a la opinión pública.

Según la propia Ley 26.522 (en adelante LSCA) el objetivo: *desconcentración de la propiedad de los medios de comunicación*, es un medio para un fin último: *democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*.

Siendo que la desconcentración, es un medio para un fin último - y sin perjuicio de tratar la discusión de fondo en otro momento¹-, el alto impacto que la adopción de tales “medios” tendrían en la composición actual y futura, del mapa de los servicios audiovisuales en la República Argentina tornan trascendente la discusión acerca de la aplicación de los mismos.

Desde la perspectiva señalada, se ha sostenido que lo que se pretendió de la LSCA fue un doble objetivo, por un lado, evitar nuevas concentraciones, y por el otro desarmar algunas de las que ya existían, incompatibles con lo que la propia LSCA entiende, deben ser los límites a la titularidad de medios (art. 161). Sin embargo, este último punto no está del todo sanjado, dado que actualmente se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 161, encontrándose la decisión acerca de su constitucionalidad o no en manos de la justicia.

¹Dejamos para otro momento la discusión acerca de si los mecanismos instaurados por esta ley, son la mejor manera de alcanzar dichos objetivos.

Específicamente el artículo 1º de la LSCA dispuso:

“El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación...”

A tales efectos la Ley 26.522 pretendió regular centralmente tres tipos de cuestiones:

1 – Buscó restringir la posibilidad de que actores económicos controlados por capitales extranjeros sean titulares de servicios de comunicación audiovisual (art. 25 inc. a), b) y c) y artículo 29).-

2_ Prohibió a licenciatarios que fueran prestadores de servicios públicos, prestar servicios de comunicación audiovisual (artículo 24 inc. l) y 25 inc. d)).-

3_ Restringió la posibilidad de que un mismo licenciatario sea titular de diversos servicios de comunicación audiovisual en un número y una combinación diferente de la expresamente autorizada por la propia ley (régimen de licencias art. 45)².-

Si bien es cierto que el propio artículo 45 aclara que las limitaciones que impone son *“a fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local”* y no se refiere específicamente a la promoción de la competencia o la desconcentración de la propiedad de medios, es evidente que el impacto que el artículo tiene respecto de tales temáticas es superlativo.

En el presente trabajo trataremos de brindar una perspectiva general que sirva de guía a quien quiera o deba encarar la tarea de elucidar el cúmulo de vínculos jurídicos tenidos en cuenta por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante LSCA), así como las restricciones que impone a los distintos tipos de licenciatarios y prestadores en el artículo 45.

²Existen otros artículos relevantes en materia de defensa de la competencia que complementan los cuatro artículos referidos, pero éstos son la columna vertebral de la regulación antimonopolio establecida en la ley 26.522.

Específicamente, trataremos de dilucidar cuales son esas relaciones, cuales son los parámetros de aplicación del régimen de multiplicidad de licencias y trataremos además, de analizar a que resultados es posible arribar aplicando las definiciones y regulaciones que la norma enumera.

2. Prestadores y Licenciarios de Servicios de Comunicación Audiovisual.

El artículo 21 de la LSCA define quienes pueden ser prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Al respecto dispone:

ARTICULO 21. — Prestadores. Los servicios previstos por esta ley serán operados por tres (3) tipos de prestadores: de gestión estatal, gestión privada con fines de lucro y gestión privada sin fines de lucro.

Son titulares de este derecho:

- a) Personas de derecho público estatal y no estatal;*
- b) Personas de existencia visible o de existencia ideal, de derecho privado, con o sin fines de lucro.*

Por su parte, el artículo 23 establece quienes pueden ser licenciarios de servicios de comunicación audiovisual:

ARTICULO 23. — Licencias. Las licencias se adjudicarán a las personas incluidas en el artículo 21 inciso b) y a las personas de derecho público no estatales en cuanto no se encuentre previsto en esta ley que corresponde otorgárseles una autorización.

Es decir que según lo definido por la propia ley pueden ser licenciarios de servicios de comunicación audiovisual:

- 1_ Las personas de existencia visible;
- 2_ Las personas de existencia ideal de derecho privado con fines de lucro;
- 3_ Las personas de existencia ideal de derecho privado sin fines de lucro;
- 4_ Las personas de derecho público no estatales en cuanto no sean meras autorizadas.

Por otro lado, el artículo 31 inc. b), agrega que: *“Se considerará como una misma persona a las sociedades controlantes y controladas, de conformidad con lo instituido por el artículo 33 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias;”*

Sobre los tres artículos referidos (arts. 21, 23 y 31 b)) la Ley 26.522 estructura lo que de manera algo imprecisa podría llamarse “el sujeto” al cual se le aplicarán las restricciones del

artículo 45. Aclaramos que el artículo 26 agrega de manera extremadamente engorrosa otros dos supuestos, que a los efectos de brindar mayor claridad expositiva serán tratados una vez analizado el funcionamiento del artículo 45.

3. Las vinculaciones entre licenciatarios y la forma de contar las licencias en el Régimen del artículo 45.

A los fines de cumplir con el objetivo propuesto en el propio artículo 45, la LSCA optó por el mecanismo de determinar un número fijo e inamovible de cantidad de licencias que puede detentar un licenciatario. Pero, según la naturaleza del mismo (p. ej. Persona física, persona jurídica con fines de lucro, etc.) y de sus particulares relaciones jurídicas respecto de otros licenciatarios, serán las contingencias a las que esté sometido a la hora de contabilizar las licencias de las que puede ser titular.

La Ley Nº 26.522 modificó el llamado régimen de multiplicidad de licencias que la Ley Nacional Nº 22.285 había establecido en el artículo 43 y siguientes. Dicha norma disponía:

Multiplicidad de licencias.

ARTICULO 43. - *El PODER EJECUTIVO NACIONAL o el COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION, según corresponda, podrán otorgar hasta VEINTICUATRO (24) licencias para explotar servicios de radiodifusión a una misma persona física o jurídica, bajo las siguientes condiciones:*

a) En distintas localizaciones, hasta VEINTICUATRO (24) licencias de radiodifusión sonora o de televisión. En el supuesto de tratarse de un mismo tipo de servicio, no podrán superponerse en sus respectivas áreas primarias.

b) En una misma localización hasta UNA (1) de radiodifusión sonora, UNA (1) de televisión y UNA (1) de servicios complementarios de radiodifusión, siempre que las dos primeras no sean las únicas prestadas por la actividad privada.

(Artículo sustituido por art. 5 del Decreto N° 1.005/99 B.O. 27/9/1999)

La Ley 26.522, además de acotar la cantidad de licencias de que puede ser titular un licenciataria, determina en el nuevo artículo 45³ que:

“una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:...”

³ El artículo 45 completo dispone: **ARTICULO 45. — Multiplicidad de licencias.** A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias. En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites: 1. En el orden nacional: a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual; b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; Estas audiencias no tienen como fin resolver las inquietudes o disputas relacionadas con una estación en particular; lo que se logra mejor a través del proceso de quejas y renovación de licencias descrito anteriormente. Sin embargo se agradece los comentarios de los radioescuchas y televidentes sobre el desempeño de una estación específica con licencia para transmitir en las comunidades del área donde se realiza cada audiencia. Dichos comentarios podrían ayudar a que el LTF identifique más ampliamente cuáles son las tendencias de las transmisiones de radio y televisión en cuanto a los asuntos e interés locales. c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias. La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda. 2. En el orden local: a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM); b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio; c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta; d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción; En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias. 3. Señales: La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas: a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales; b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia. Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona.

Es decir que el nuevo régimen de multiplicidad, a los efectos de contabilizar el número de licencias no tiene en cuenta solo la “*titularidad*” de la licencia, sino también la “*mera participación*” de los sujetos en sociedades titulares, con lo cual la legislación se ha vuelto significativamente más restrictiva⁴.

Pero dicha restricción al número de licencias cobra un alcance aún mayor si tenemos en cuenta otra innovación en la aplicación de dicho régimen. En efecto, como ya se ha referido, el artículo 31 inc. b), dispone que: “*Se considerará como una misma persona a las sociedades controlantes y controladas, de conformidad con lo instituido por el artículo 33 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias;*”

En tanto que el artículo 33 de la Ley 19.550 establece:

Sociedades controladas.

ARTICULO 33. — *Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:*

- 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;*
- 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.*

3.1. Control societario y participación directa e indirecta.

3.1.a) El control.

La definición del artículo 31 inc. a) en la práctica significará que cuando el vínculo que une a dos sociedades es una relación de control, las licencias de controlada y controlante se computarán juntas a los efectos de contabilizar la cantidad de licencias que puede detentar cada una de las sociedades consideradas. Y mientras la cadena sea de control, no debería

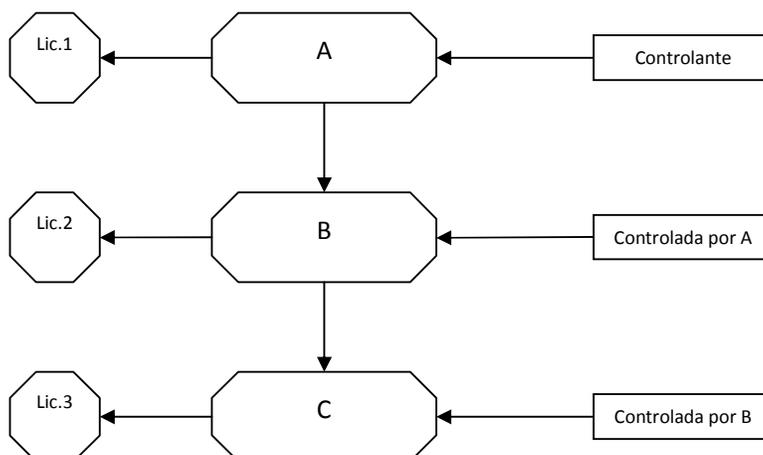
⁴Por el momento dejaremos a un lado las consideraciones acerca de si dichas restricciones son positivas o negativas, y nos centraremos en el hecho de que las mismas existen.

importar cuantas sociedades forman parte de dicha cadena, tanto aguas arriba como aguas abajo, a cada sociedad deberían computárseles a los efectos del Régimen de Multiplicidad de Licencias (en adelante RDML) todas las licencias detentadas por todos los licenciatarios que participan en ella.

Nótese que en el caso de la existencia de control no caben dudas de que dicho control puede ser tanto directo como indirecto. Ello es así porque:

1_ Lo dice el propio artículo 31 inc. b)

2_ El artículo 31 inc. b) remite al artículo 33 de la Ley 19.550, el cual establece que *“Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada”* Además ello resulta lógico porque sea cual sea la ubicación de los licenciatarios en la cadena de control, en última instancia todas las licencias terminan siendo controladas por un controlante último.



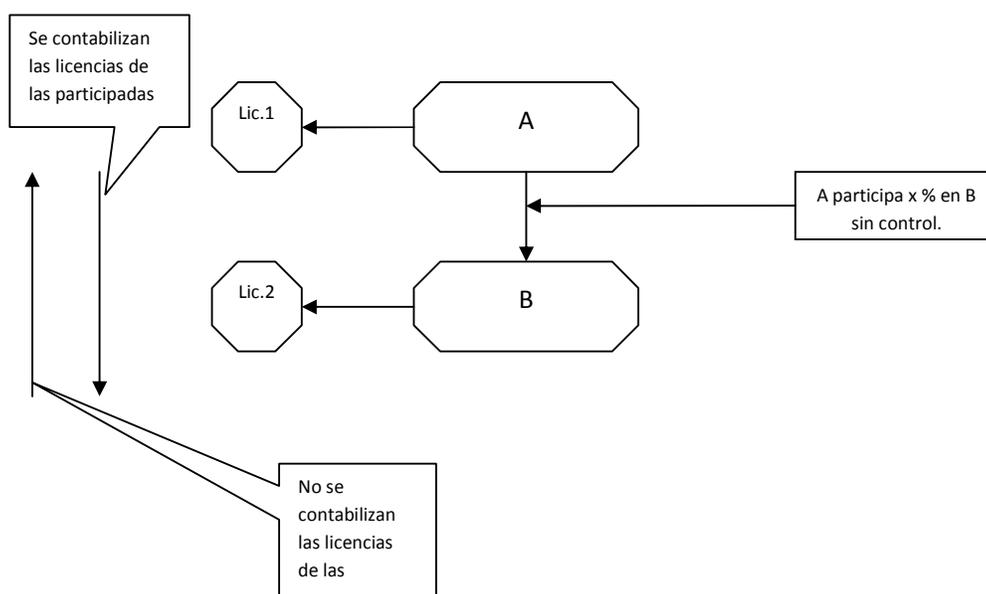
En el caso del presente gráfico las sociedades licenciatarias A, B y C, están unidas por una relación de control. Por lo tanto a las tres sociedades se le computan las tres licencias.

3.1.b) La participación.

Si la relación entre dos sociedades licenciatarias no es de control, a la sociedad participante se le deben computar sus propias licencias, más, las licencias que detenten las

sociedades participadas aguas abajo titulares de licencias, sea cual fuere el porcentaje de dicha participación.

Ahora bien, no existiendo control entendemos que al momento de considerar las licencias de la sociedad participada no deben computársele las licencias de la sociedad participante (es decir, de las sociedades aguas arriba). Ello obedece en primer lugar, a que es lo que establece el texto de la ley, en tanto determina que un licenciatario podrá: a) ser titular, o b) tener participación, (es decir que no incluye expresamente al participado). Además, no tendría sentido considerar como una misma persona a dos sociedades cuando hay control si el resultado fuera el mismo que al que se arribaría considerando la mera participación. Tal resultado carecería de lógica en el marco de la hermenéutica jurídica de la norma. Sin embargo el motivo más relevante que justifica esta manera de contabilizar las licencias es, como veremos más adelante, que entendemos que para el cálculo de licencias el artículo 45 ha tomado como relación determinante, la relación de dominio sobre las licencias. Siendo así, resulta obvio que quien esta aguas abajo en una cadena de participaciones no es titular de porcentaje alguno de las licencias que detentan quienes están aguas arriba.



En el caso del gráfico, la sociedad A, participa en la sociedad B, pero sin controlar a esta última. En tal caso, a la licenciataria A se le contabilizan dos licencias, mientras que a la licenciataria B se le debe computar solo una licencia.

Otra pregunta que se plantea existiendo participación sin control, es si tal participación se extiende a las sociedades en las que participa la participada aguas abajo. En otras palabras, si existiendo una cadena de participaciones se deben computar las participaciones que se tengan a través de la participada, que es lo que en adelante llamaremos “participación indirecta”.

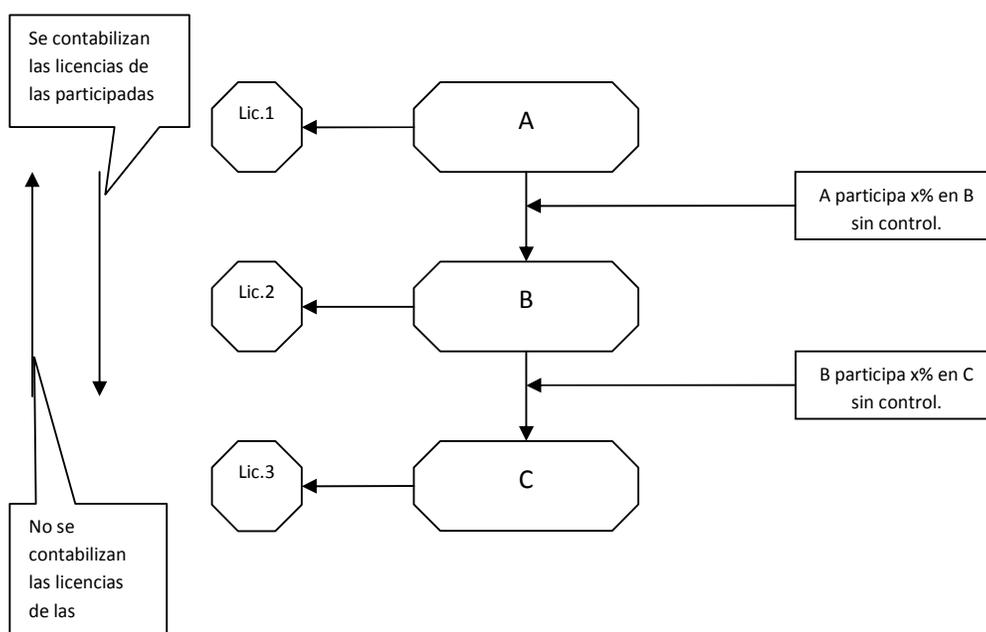
Existen diversas posiciones al respecto. Los que están por la negativa argumentan que la ley ya fue lo suficientemente rígida considerando la simple participación en una sociedad titular, para lo cual no existe ningún fundamento razonable, toda vez que si quien participa en una sociedad licenciataria no tiene control sobre la misma, ni puede determinar de manera alguna su voluntad social, su influencia en la dirección de la misma es nula y no se explica el porqué de la restricción (o porqué se le cuenta esa licencia a los efectos del RDML). En ese contexto sería mejor atenerse a la literalidad del texto de la norma y no extender el concepto más allá de lo que la propia ley establece.

Los que están por la afirmativa, en cambio, entienden que la participación, si bien no marca una relación de control, si refleja una relación de dominio sobre una licencia, aunque dicho dominio sobre la misma sea de una parte indivisa o compartido con otros socios, y que tal relación de dominio fue el elemento que tuvo en cuenta el artículo 45 al restringir la cantidad de licencias. Razonan que por ello, la más mínima porción de titularidad de una licencia debe ser computada a los efectos del RDML. En tal sentido, si la ley tiene en cuenta la simple participación, no existe motivo para considerar menos significativa la participación directa que la indirecta, dado que esta última aún sigue reflejando una relación de dominio sobre una parte de una licencia.

Si bien no estamos de acuerdo en la metodología escogida por la norma, creemos que esta interpretación es la que el legislador ha tenido en mente al incluir la simple participación como forma de limitar el otorgamiento de licencias. Nuestro desacuerdo parte de entender que el método utilizado no es la mejor manera de fomentar la competencia en el ámbito de los servicios audiovisuales. Sin embargo, no es menos cierto que como ya se ha indicado, el objetivo del artículo 45 no es fomentar la competencia sino *“garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local”*, y parece ser que el criterio que se ha adoptado para ello no es el de considerar sobre cuantas licencias puede un sujeto determinar la voluntad social, sino cuantas licencias o partes de licencias tiene ese sujeto.

Esta interpretación además sería coherente con considerar que dichas participaciones solo deberían ser contabilizadas aguas abajo, dado que si lo que se tiene en cuenta es la relación de dominio sobre una licencia, es obvio que el participado no es dueño de las licencias que están aguas arriba, razón por la cual no se le deberían contabilizar a los efectos del RDML (excepto que como ya dijimos existiera control, pero ello en virtud de que quien está aguas arriba puede determinar las acciones tanto de la controlante como de la controlada y no de la relación de dominio sobre las licencias.).

Finalmente agreguemos que si esta fuera la interpretación correcta, resulta obvio que la participación indirecta, no solo debería considerarse respecto de una cadena ininterrumpida de licenciatarios. Por ejemplo, si la persona física H, es socia de una sociedad SM que no es licenciataria de SCA pero participa en una sociedad SML que sí lo es a la persona física H debería computársele una participación en dicha licencia. Ello por extensión de la interpretación efectuada.



Como puede observarse, la existencia de diversos factores de atribución, a la hora de efectuar la contabilización de las licencias de los distintos grupos de licenciatarios, torna la operación compleja y algo confusa. Sin embargo mientras la ley mantenga su vigencia tales son las pautas imperantes.

3.2. Metodología de contabilización de las licencias.

Como ya se ha visto, para saber en que medida a una persona (física o jurídica con o sin fines de lucro) puede otorgársele o no una licencia, o para determinar si existen licenciatarios que actualmente violen las limitaciones legales impuestas, será necesario conocer con carácter previo cuales son sus vinculaciones con otros licenciatarios, y luego analizar si dichas vinculaciones se compatibilizan con la titularidad de licencias que cada licenciatario detenta.

Lo que se propone a continuación es la enunciación de la metodología con la que entendemos deberían contarse las licencias de un titular, ya sea para saber si éste puede adquirir nuevas licencias o para saber si incumple con el régimen impuesto por la ley.

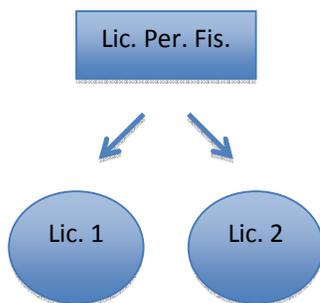
Entendemos que a los efectos de efectuar tal análisis, lo mejor es partir de la figura del licenciatario por el cual nos indagamos, sea éste persona física o jurídica, teniendo en cuenta según sea su naturaleza las consideraciones propias que la ley le impone a cada tipo de licenciatario (persona física o jurídica con o sin fines de lucro.)

1 – El caso del licenciatario persona física.

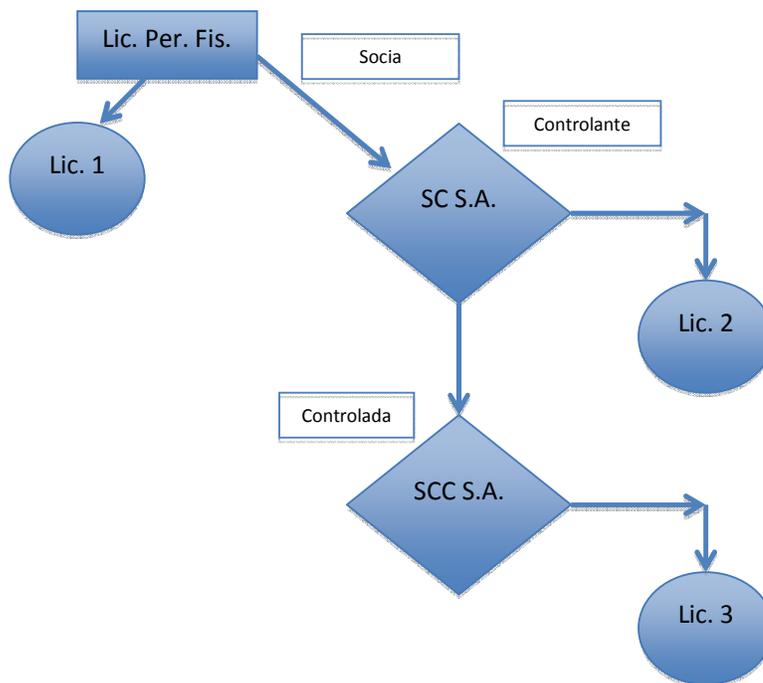
Si el licenciatario es una única persona física, la indagación más básica habrá de preguntarse a los efectos del cupo establecido en el Régimen de Multiplicidad de Licencias:

- 1_ La cantidad de licencias que tiene como titular;
- 2_ La cantidad de licencias en las que *participa* en tanto socio de una licenciataria, o en tanto socio de una controlante directa o indirecta de una licenciataria.
- 3_ La cantidad de licencias en las que *participa* en tanto socio de una persona jurídica, que aguas abajo participe de una licencia.

(Gráfico 1)



(Gráfico 2)



Como puede verse en ambos gráficos, para averiguar el número de licencias de acuerdo a los parámetros que fija la LSCA, partimos del licenciatario por el cual existe el interés en saber si viola o no el régimen de multiplicidad de licencias (RDML).

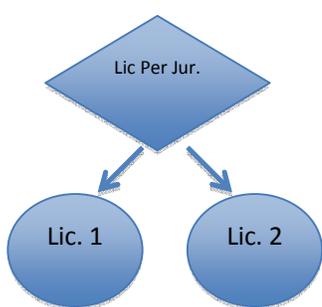
En el caso del gráfico 2, tenemos a una persona física licenciataria de SCA que a la vez es socia de una sociedad licenciataria también y que a su vez, es controlante de otra sociedad licenciataria. En este ejemplo, la persona física a los efectos del RDML posee (y participa) tres licencias.

2 – Licenciatario Persona Jurídica con fines de lucro.

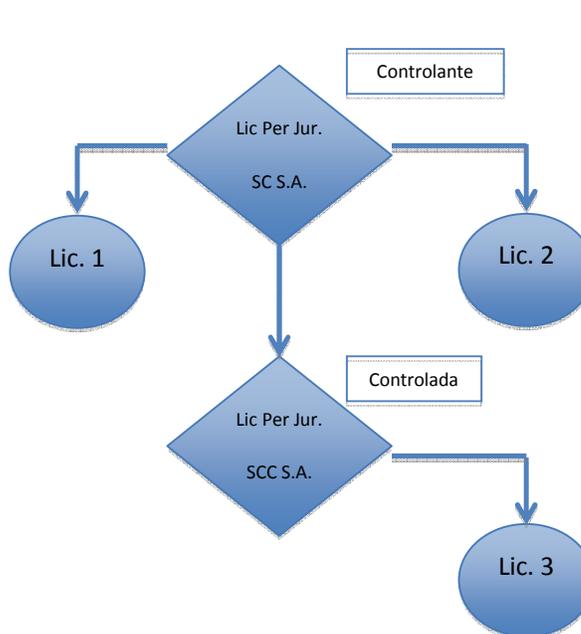
Si el licenciatario es una única persona jurídica con fines de lucro, habrá que tener en cuenta a los efectos del cupo establecido en el Régimen de Multiplicidad de Licencias:

- 1_ La cantidad de licencias que titulariza la persona jurídica en cuestión y las que titularizan aquellas personas jurídicas controlantes o controladas de manera directa o indirecta;
- 2_ La cantidad de licencias que titularizan las personas jurídicas, en donde la persona jurídica en cuestión participa de manera directa o indirecta.

(Gráfico 3)



(Gráfico 4)



El gráfico 3 no presenta dificultades, la persona jurídica con fines de lucro SC S.A., es titular de dos licencias. En el caso del gráfico 4, debemos tener en cuenta que por aplicación del artículo 31 inc. b), tanto a la persona jurídica SC S.A., como a la persona jurídica SCC S.A., se les imputan a los efectos del RDML tres licencias.

Es necesario aclarar que las vinculaciones entre sociedades que se han indicado hasta ahora para graficar como deben computarse las licencias en el RDML, se han supuesto siempre considerando que dicha relación es de control. Al respecto caben dos aclaraciones:

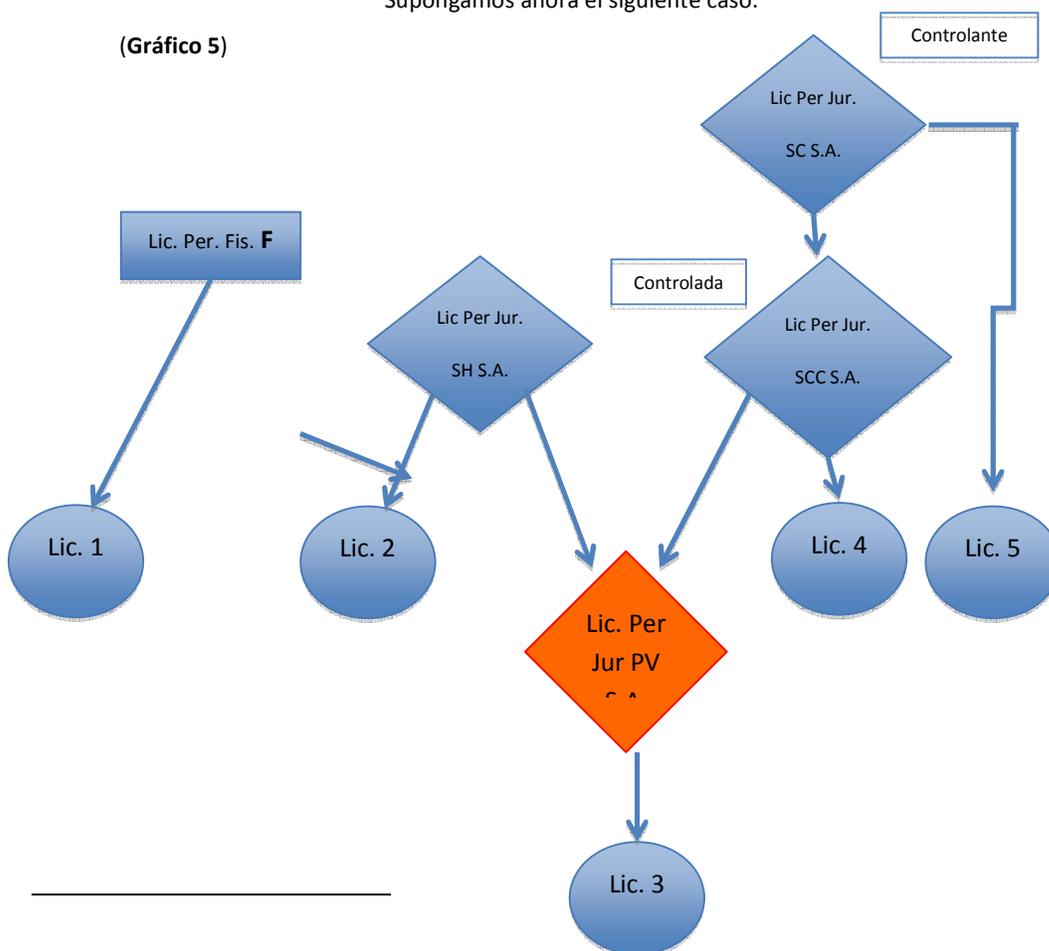
- 1_ La primera es que la determinación de la existencia de control entre sociedades no siempre resultará obvia, pues tales relaciones de control muchas veces no obedecen a la simple tenencia accionaria. A los efectos de entender el grado de complejidad que puede alcanzar establecer la existencia de control de

una sociedad sobre otra, por parte de los organismos del Estado se recomienda la lectura de la Resolución CNDC N° 4/09, de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 9 de enero de 2009, que hace suyo el Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia emitido en la Diligencia Preliminar N° 29 y en el que se determinó la existencia de control de TELEFONICA sobre TELECOM⁵.

2_ La segunda es que como ya se ha visto, muchas veces existirá un cúmulo de relaciones societarias que no implicarán control en los términos que lo define la ley de sociedades. Entendemos que en tales casos no se aplica el artículo 31 b), el que estrictamente habla de sociedades controlantes y controladas, no de sociedades vinculadas⁶.

Supongamos ahora el siguiente caso:

(Gráfico 5)



⁵ Disponible en <http://www.cndc.gov.ar>.

⁶ Lo que no implica que si se pueda hablar de participación.

La forma de contar no varía de lo descripto anteriormente, sin embargo como veremos el caso presenta una complejidad extra que abre la posibilidad de varias interpretaciones.

Dicha complejidad viene dada por la distinta consideración que efectúa la LSCA según se pueda decir que existe control o no de una sociedad sobre otra. Las consecuencias varían según el tipo de licenciatario y su posición relativa en el esquema de vinculaciones.

Si analizamos la cantidad de licencias de PV S.A., a los efectos de su imputación en el régimen de licencias veremos que las mismas serán distintas según quien controle dicha sociedad.

Control de SCC S.A. sobre PV S.A.

En efecto, si el control sobre PV S.A., es ejercido por SCC S.A., **PV S.A.** será titular directa de la Lic. 3 y por aplicación del artículo 31 inc b) debería computárseles también las Lic.4 y la Lic. 5 (esta última por aplicación también del art. 31 inc. b)).

Creemos que en este caso a PV S.A. no deberían computársele las licencias aguas arriba de SH S.A., dado que el artículo 45 habla de “tener participación” y no de ser participado. Pero fundamentalmente porque no existe tampoco relación de dominio de PV S.A. sobre las licencias de SH S.A. y la Persona física F.

Las Licencias de **SCC S.A.** al igual que para **SC S.A.** serán Lic. 3, Lic. 4 y Lic. 5 dado que entre las tres sociedades del ejemplo se mantiene la cadena de control SC – SCC – PV.

Por su parte a **S.H. S.A.** deberían computársele las Lic 2 y Lic. 3. Ello porque dicha sociedad es titular directa de la Lic.2 y participa indirectamente a través de PV S.A. de la Lic. 3. Como ya se ha dicho, no existiendo control de SH sobre PV lo que tenemos es una mera participación de la primera sobre la segunda y como hemos visto, por aplicación del artículo 45 basta la “mera participación” en una sociedad licenciataria para que al “participante” se le impute dicha licencia. Como ya se dicho, entendemos que la “participación” admitida por la ley como concepto apto para imputar cuantitativamente una licencia se da sea cual fuere el tipo de licenciatario (Persona física o jurídica) y solo aguas abajo, es decir, se le cuentan al participante las licencias del participado. En el caso de las personas jurídicas dicha lógica cede ante la existencia de control de una sociedad sobre otra, dado

que en dicho caso siendo ambas sociedades consideradas una misma persona, a ambas debe imputárseles las licencias de que son titulares.

En el caso de la **persona física F**, debería computársele la propiedad directa de la Lic. 1, la Lic. 2 en tanto participa de la misma a través de SH S.A. y la Lic. 3 en la que también participa indirectamente a través de la relación SH S.A. – PV S.A..

Control de SH S.A. sobre PV S.A.

Si en cambio, el control sobre **PV S.A.**, es ejercido por SH S.A., PV S.A. será titular directa de la Lic. 3 y, como por aplicación del artículo 31 inc. b) debe ser considerada una misma persona con SH S.A., debería computársele la Lic. 2.

¿Debe computársele a PV S.A. la licencia que detenta la persona física F, socia de SH S.A.?

Entendemos que no porque la LSCA habilita a considerar una misma persona a una sociedad y su sociedad controlante, pero en ningún caso habla de los socios personas físicas en cuanto tales. De todas maneras y como ya se ha aclarado creemos que en casos como éstos la inversa no se cumple. Es decir, que al momento de contar las licencias de la persona física F, existiendo control de SH S.A. sobre PV S.A. las mismas deben ser imputadas también a F dado que ésta participa en ambas. Lo hace de manera directa sobre SH S.A. y de manera indirecta sobre PV S.A.. Por ello a la **persona física F** deben imputársele tres licencias: Lic. 1, Lic. 2 y Lic. 3.

A **SH S.A.** se le imputan en este caso la Lic.2 de la que es titular directo y la Lic. 3, controlada a través de PV S.A. por aplicación del artículo 31 inc. b).

A **SSC S.A.** en tanto participa en la titularidad de la Lic. 3 a través de PV S.A., se le deben computar dicha licencia, la Lic. 4 de la cual es titular directa, y la Lic. 5, en tanto es controlada por SC S.A. y por tanto se aplica el artículo 31 inc. b).

Lo mismo sucede con **SC S.A.**, titular directo de la Lic. 5, controlante de SCC S.A. titular de la Lic. 4 y participante a través de la relación de participación SCC S.A. – PV S.A. de la titularidad de la Lic. 3.

3 – Licenciario Persona Jurídica sin fines de lucro.

Si el licenciario es una única persona jurídica sin fines de lucro, habrá que tener en cuenta los efectos del cupo establecido en el Régimen de Multiplicidad de Licencias:

- 1_ La cantidad de licencias que tiene como titular;
- 2_ La cantidad de licencias en las que *participa* en tanto socio de una licenciataria, o en tanto socio de una controlante directa o indirecta de una licenciataria. Lejos de lo que podría pensarse, esta estructura ha sido bastante común en materia de radiodifusión en los últimos años. Varias cooperativas han sido socias en sociedades anónimas titulares de licencias de radiodifusión.
- 3_ La cantidad de licencias en las que *participa* en tanto controlada directa o indirecta de una licenciataria.
- 4_ La cantidad de licencias en las que *participa indirectamente* en cualquier sociedad aguas abajo.

En el caso de los licenciarios sin fines de lucro, debemos aclarar que dada justamente la falta de lucro (que es lo que define a estas entidades) en la mayor parte de los casos nos encontraremos con que la entidad es directamente la licenciataria (ej. Fundación). En la práctica, quizá en los únicos casos en los que podría darse una participación de estas entidades en otras formas jurídicas sea el ya referido de las cooperativas. Sin embargo, dada la temática y el fin social de la comunicación en tanto materia, tampoco habría que descartar la posibilidad de que se asocie una entidad sin fines de lucro y una sociedad comercial.

En cuanto a las vinculaciones de las personas jurídicas sin fines de lucro aguas arriba, podría darse el caso en que una Fundación fuera constituida a partir de una entidad con fines de lucro. En tales casos podrían darse relaciones de control material, que aunque las mismas no podrían ser analizadas bajo la luz de la ley de sociedades, podrían estar sometidas al régimen del artículo 45 por otras vías (más adelante se referirán las posibles interpretaciones a que da lugar el art 26 de la LSCA que incluye entre quienes no pueden violar directa o indirectamente el régimen del art. 45 a “los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de las personas de existencia ideal sin fines de lucro”)

4. El artículo 26 de la LSCA.

El artículo 26 sostiene que una serie de sujetos “..., no podrán ser adjudicatarios ni participar bajo ningún título de la explotación de licencias de servicios de comunicación audiovisuales cuando dicha participación signifique de modo directo o indirecto el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 45 de la presente ley (Multiplicidad de licencias).”

Básicamente, el artículo dice que los sujetos mencionados deben cumplir con el artículo 45. Ahora bien, el artículo además viene a proponer dos nuevos problemas interpretativos: El de la posibilidad de violar dicho régimen de modo directo o **indirecto**; y, la inclusión de sujetos no contemplados en el artículo 45⁷.

Es decir que el artículo 26 nos plantea dos preguntas:

- 1_ ¿ Se amplían los sujetos obligados a cumplir con el art. 45?
- 2_ ¿Qué quiere decir el artículo cuando habla de violación indirecta del régimen de licencias?

Respecto a la primer pregunta, el artículo 26 nombra a los siguientes sujetos incluidos en el artículo 45:

- 1_ Las personas de existencia visible como titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual. (Ej: La persona física licenciataria);
- 2_ Las personas de existencia visible en cuanto socios de las personas de existencia ideal con fines de lucro. (Ej: La persona física socia de una licenciataria con fines de lucro);
- 3_ Las personas de existencia ideal como titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisuales. (Ej: La persona jurídica licenciataria);
- 4_ Las personas de existencia ideal como socias de personas de existencia ideal accionistas o titulares de servicios de comunicación audiovisuales. (Ej: Una sociedad como socia de una sociedad licenciataria)

Pero agrega además a:

⁷ Como ya hemos visto, el artículo 45 al definir quienes deben cumplir el régimen de licencias se refiere a *una persona de existencia visible o ideal en tanto titulares o participantes en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión.*

5_ Los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de las personas de existencia ideal con fines de lucro. (Ej: La persona física presidente, director o auditor de una sociedad) (No nombrada en el 45);

6_ Los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de las personas de existencia ideal sin fines de lucro. (Ej: La persona física presidente, o vocal o secretario o tesorero, o auditor de una Fundación u otra sin fines de lucro. Ej, presidente de una cooperativa) (No nombrada en el 45).

Nuevamente, la redacción de la ley deja bastante que desear. De todas maneras trataremos de encontrar la lógica a la que obedece dicha inclusión. Al respecto creemos que la forma de razonar fue la siguiente:

Dado que la LSCA ha impuesto números *clausus* respecto a la cantidad de licencias de las que puede ser titular o participar un sujeto, lo que debería pretender es que tales sujetos, no tengan más que ese número *clausus* de licencias, y que dicha cantidad no pueda ser aumentada por la utilización de ningún mecanismo no previsto en la ley.

La inclusión de estos dos últimos casos (puntos 5 y 6 citados) parece obedecer a la creencia de que un licenciatario X, que ha llegado al máximo de las licencias permitidas, podría violar dicho máximo a través de su nombramiento en cargos de administración o fiscalización de personas jurídicas licenciatarias. Lo que implica pensar que a través de dichos cargos esas personas físicas podrían determinar la voluntad social de la licenciataria.

Por lo demás, vale recordar aquí lo establecido en el artículo 25 inc b) al determinar las condiciones de admisibilidad de las personas de existencia ideal:

“b) No tener vinculación jurídica societaria ni sujeción directa o indirecta con empresas de servicios de comunicación audiovisual extranjeras.

En el caso de las personas de existencia ideal sin fines de lucro, sus directivos y consejeros no deberán tener vinculación directa o indirecta con empresas de servicios de comunicación audiovisual y de telecomunicaciones, nacionales o extranjeras del sector privado comercial. Para el cumplimiento de este requisito deberá acreditarse que el origen de los fondos de la persona de existencia ideal sin fines de lucro no se encuentra vinculado directa o indirectamente a

empresas de servicios de comunicación audiovisual y de telecomunicaciones, nacionales o extranjeras del sector privado comercial;”

Respecto de la segunda pregunta: ¿A qué quiso referirse la LSCA al hablar de violación indirecta del régimen de licencias? ¿Cómo se violaría indirectamente el régimen de licencias? ¿pueden los sujetos nombrados en el artículo 26 violar indirectamente el régimen de licencias?

La violación directa consiste en tener más licencias que las permitidas en el artículo 45 (o en una distribución diferente a la permitida). En tal sentido, todos los sujetos nombrados en el artículo 26 podrían violar directamente el régimen de licencias. Respecto de la violación indirecta del artículo 45, creemos que el problema principal es la deficiente redacción del artículo.

Respecto a que quiso referirse realmente existen al menos dos interpretaciones:

La primera es que a lo que quiso referirse la norma es a la violación del artículo 45 por otros medios que no sean los estrictamente mencionados en dicho artículo.

Ahora bien, siendo que de lo que se trata es de aplicar limitaciones a derechos, si esta fuera la interpretación correcta del texto del artículo, entendemos que no cabría hablar de otras violaciones al artículo 45 que las específicamente mencionadas en el resto del articulado de la LSCA.

Dos casos que se podrían enmarcar en este tipo de interpretación serían, son los que expresamente nombra el artículo 26, ya referidos en los puntos 5 y 6.

En suma, creemos que si se tomara esta interpretación como correcta la extensión del concepto de “violación indirecta” al régimen de licencias no debería en principio extenderse a otros casos que los expresamente referidos en la ley. Extender el concepto a casos no contemplados en la norma o crearlos por vía reglamentaria, sería lo mismo que crear un tipo penal en blanco, que habilitaría cualquier decisión por arbitraria que fuere, que decida tomar la administración.

En otras palabras, no consideramos ni adecuado, ni ajustado a derecho plantear que pueden existir violaciones a la ley distintas de las expresamente nombradas (indirectas), y mucho menos que la determinación de cuales son esas violaciones quede sujeta a la libre interpretación de la administración.

La segunda interpretación respecto de que quiso expresar el artículo 26 cuando expresa que los sujetos nombrados “...no podrán ser adjudicatarias ni participar bajo ningún título de la explotación de licencias de servicios de comunicación audiovisuales cuando dicha participación signifique de modo directo o indirecto el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 45 de la presente ley (Multiplicidad de licencias).”, en realidad lo directo o indirecto a considerar no es la violación al artículo 45, sino la participación en licenciatarias.

En tal sentido se razona que lo que en realidad hace el artículo 26, además de imponer las restricciones señaladas a los directores y síndicos de personas jurídicas, es crear el concepto de participación indirecta en licencias de SCA como factor de imputación de licencias al momento de contabilizarlas para el RDML. Es decir que, para quienes sostienen esta interpretación, las participaciones indirectas deben ser tenidas en cuenta a los efectos de contabilizar las licencias que posee un licenciatario.

Nosotros creemos como ya se ha visto, que las participaciones indirectas aguas abajo deben ser consideradas en virtud de lo expresado por el propio artículo 45 y su hermenéutica, independientemente de la lectura que se haga del artículo 26.

Es necesario aclarar que esta última interpretación parece ser la adoptada por la Administración para contabilizar las licencias, y que dicha postura parece ser también abalada por algunos licenciatarios. Al respecto, recientemente el el fallo “Grupo Clarin S.A y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/accion meramente declarativa⁸” emitido por el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 1 el 14/12/2012, el juez expuso parte de los argumentos vertidos por la actora (Grupo Clarín):

“Exponen igualmente que la argumentación esbozada por el Estado Nacional contiene un grueso error de derecho, pues no se requiere ser titular directo o socio autorizado

⁸Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 1 - Grupo Clarin S.A y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/accion meramente declarativa • 14/12/2012 - Publicado en: LA LEY 19/12/2012 , 7 - Cita online: AR/JUR/66778/2012

*de una empresa de servicios de comunicación audiovisual para interponer una demanda como la de autos, ya que la Ley 26.522 expresamente contempla a los titulares indirectos en sus disposiciones. El artículo 45 pone límites a la participación en sociedades titulares de servicios de comunicación audiovisual, que se aplican tanto a los titulares directos como indirectos. **Lo propio sucede con el artículo 26 —que establece que las personas de existencia ideal no podrán tener participación en empresas de servicios de comunicación audiovisual cuando dicha participación signifique de modo directo o indirecto el incumplimiento a lo dispuesto por el art. 45 de la ley—** y con el art. 27 —que en forma expresa dispone que los grados de control societario, así como los grados de vinculación societaria directa e indirecta, deberán ser acreditados en su totalidad, a los fines de permitir a la autoridad de aplicación el conocimiento fehaciente de la conformación de la voluntad social—.”*

5. Epílogo.

Como se ha marcado en otra parte de este trabajo, en el artículo 45 el legislador fijó un objetivo particular *“garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local”*, y para ello estableció un número fijo e inamovible de licencias de las que un licenciatario puede ser titular.

Ahora bien, dado que la realidad jurídica-económica de los medios de comunicación en la República Argentina (al igual que en el resto del mundo) pone de manifiesto la existencia de diversos grupos empresarios y holdings dedicados a servicios audiovisuales, a los efectos de aplicar las restricciones a la cantidad de licencias, el legislador ha puesto de manifiesto y otorgado consecuencias jurídicas a una serie de relaciones entre licenciatarios, cuando éstas determinan la existencia de titularidades directas o indirectas (compartidas o no) sobre licencias de SCA y ha asignado determinadas consecuencias (ya analizadas) a las relaciones de control entre sociedades.

Al respecto caben algunas dos consideraciones finales:

Si bien el artículo 45 no tiene por objetivo desarrollar mecanismos **destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia** si los tiene la ley en general (art. 1), y es evidente que las limitaciones a la cantidad de licencias deberían estar en línea con dichos objetivos.

En tal sentido, resulta cuanto menos paradójico que estando tan claros los objetivos perseguidos por la norma, la metodología utilizada por la misma no halla sido más

precisa al momento de definir cual es el “sujeto” al que la misma debe serle aplicada. En tal sentido entendemos como una falencia la indefinición de una noción de “grupo económico” como sujeto de aplicación del régimen de licencias.

En otras palabras, la LSCA pretende regular la titularidad de licencias de SCA por parte de “grupos económicos”, pero sin embargo no ha definido a tales grupos como entidad sujeto de derechos, dejando una gran cantidad de cuestiones libradas a la libre interpretación de funcionarios, abogados y jueces que sin duda terminarán definiéndose en los tribunales.

Es cierto que una definición de “Grupo Económico” no solo se extraña en el ámbito de los servicios audiovisuales. Como ha dicho el Dr. Roitman⁹ *“La legislación comercial general, ni la societaria en particular, en la República Argentina, se han ocupado de los grupos societarios”*.

Se ha aducido que tampoco la ley que se ocupa de sancionar las conductas anticompetitivas (LN 25.156) ha definido a los grupos económicos y sin embargo ello no va en detrimento de su accionar.

Sin perjuicio de mencionar que, si en el ámbito de aplicación de la Ley 25.156, una noción legal que defina a los grupos económicos no ha impedido la aplicación de la norma hasta ahora, ello ha sido por la aplicación que se ha hecho de la teoría de la realidad económica receptada en el artículo 3º de la mencionada ley, entendemos que sería deseable a estas alturas del siglo XXI la inclusión en la legislación comercial general de una noción de grupo económico y que ciertamente la misma facilitaría también la aplicación de la legislación antitrust en dicho ámbito¹⁰.

⁹Horacio Roitman, "El régimen de los grupos en el derecho solitario argentino", pág. 2.

¹⁰En el Reino de España el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece: **Artículo 18. Grupos de sociedades.** A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

De hecho, entendemos que dicha inclusión en el régimen general hubiera sido lo correcto. En tal sentido se comparte lo expresado en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, del Reino de España, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: *“V - El texto refundido nace –y es importante destacarlo– con decidida voluntad de provisionalidad; nace con el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho. De un lado, porque no es aventurado afirmar que, en el inmediato futuro, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, con la revisión de algunas de las soluciones legales tradicionales, con la ampliación de la dinámica de los deberes fiduciarios de los administradores, con la más detallada regulación de las sociedades cotizadas y con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado...¹¹”*

Sin embargo en la República Argentina, no se hizo ni lo uno, ni lo otro. No se modificó el régimen general (que aclaramos una vez más, debería ser objeto de una profunda revisión) ni tampoco se precisó en el régimen particular de la regulación de la propiedad de los medios de comunicación audiovisual un concepto que pudiera englobar al sujeto de tales restricciones desde una perspectiva jurídica moderna.

Quizá, el aporte más significativo que se pueda hacer desde estas páginas sea la de sugerir incorporar a la legislación comercial general una definición de los grupos empresarios que permita reflejar y accionar sobre esta realidad jurídico-económica en todas las ramas del derecho.

Fin.

¹¹El subrayado nos pertenece.