

000791

DICTAMEN N° ...COMFER/(DGALyN)/08  
REF. EXPTE N° 1090 COMFER/08

BUENOS AIRES,

12 AGO 2008

SR. INTERVENTOR:

I. Las presentes actuaciones se refieren a la solicitud de autorización de constitución de una RED PRIVADA PERMANENTE presentada ante este organismo por firmas licenciatarias NOSTALGIE AMSUD S.A. y LS4 RADIO CONTINENTAL S.A.

II. Como antecedentes de la situación planteada se encuentra la Actuación N° 5460-COMFER/08 fecha 31 de marzo de 2008, mediante la cual las licenciatarias NOSTALGIE AMSUD S.A. y LS4 RADIO CONTINENTAL S.A. informan la constitución de una. Red Privada Permanente, efectuada en los términos del artículo 68 de la Ley 22.285, la cual comenzará a operar, "a título de prueba", a partir del día 1° de Abril de 2008.

Analizado el pedido y considerando la ausencia de documentación respaldatoria que permitiese a este organismo conocer las condiciones de constitución de dicha Red Privada Permanente, mediante Nota N° 3434 COMFER/DNPD/DN/08 se dio traslado a las partes requirentes para que en el plazo de 15 días remitiesen a este Comité Federal de Radiodifusión: a) Copia auténtica del convenio de programación acordado entre partes que integrarán la red, con sus firmas debidamente certificadas y legalizadas en caso de corresponder y, b) Detalle de la programación que se transmitirá en la frecuencia de 104.3 MHz. de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, indicando expresamente horario y periodicidad- que emitirá la red, para su análisis conforme los tiempos mínimos pautados por el art.8 de la reglamentación de la ley N° 22.285 aprobada por Decreto N° 286/81, para la producción propia y programas de producción nacional, respecto de cada uno de los servicios involucrados. Asimismo y hasta tanto se determinase la viabilidad de la autorización requerida, se intimó a las partes a cesar la transmisión en la modalidad adoptada, la cual se encuentra operativa pese a carecer de la correspondiente autorización.

Mediante ACTUACIÓN N° 12500-COMFER/08 las licenciatarias NOSTALGIE AMSUD S.A. y LS4 RADIO CONTINENTAL S.A. responden a la nota de referencia, remitiendo documentación en copia simple y de forma incompleta en relación a lo solicitado por este Organismo.

En relación al cumplimiento de la orden de cese de transmisión conforme la modalidad no autorizada, los peticionantes consideran que la misma es improcedente, pese al apercibimiento oportunamente formulado por este Comité Federal de Radiodifusión.

III. En relación al marco normativo aplicable corresponde señalar que en la redacción original de la Ley de Radiodifusión 22.285, se encontraba vedada la posibilidad de constituir Redes Privadas Permanentes. En este sentido establecía el Artículo: 68º: *"No podrán constituirse Redes Privadas Permanentes"*.

El Decreto Reglamentario de la mencionada norma -Decreto N° 286/81-, establecía las condiciones en virtud de las cuales estaba permitido establecer "redes transitorias", permitiendo a los licenciatarios celebrar convenios de programación para realizar transmisiones integrando una red de programación.

Esta situación fue modificada mediante el dictado del Decreto N° 1771/91, el cual en su artículo 8º estableció determinadas condiciones que, en forma limitada, permitieron la conformación de redes de emisoras.

Con el dictado del Decreto N° 1005/99, se modificó el artículo 68º de la Ley 22.285, estableciéndose a partir del mismo que la constitución de Redes Privadas Permanentes se encuentra autorizada, en cuanto se expresa: *"Se podrán constituir Redes Privadas Permanentes, con la previa autorización del COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION."*

No obstante la precitada disposición, no existe una reglamentación de la nueva redacción del artículo 68º de la Ley de Radiodifusión que permita determinar que debe entenderse por "Redes Privadas Permanentes", conforme ya fuese expresado por esta dirección en el Dictamen N° 173/03, de fecha 16 de septiembre de 2003.

Se señala que la ausencia de reglamentación de la norma bajo análisis, esto es el artículo 68º de la Ley 22.285, no constituye un obstáculo legal insalvable a los fines de considerar situaciones como las plateadas en las presentes

actuaciones, toda vez que corresponde efectuar un análisis de la letra y el espíritu del todo el cuerpo legal que rige la materia.

En virtud de esto corresponde señalar que en primer término que conforme la actual redacción del artículo 68 de la Ley 22.285, la constitución de Redes Privadas Permanentes se encuentra permitida "...con la previa autorización del COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION."

De los términos de la presentación originaria efectuada por los licenciatarios NOSTALGIE AMSUD S.A. y LS4 RADIO CONTINENTAL S.A., no pueden considerarse cumplidos los extremos de la norma antes citada, toda vez que la constitución de la Red Privada Permanente no ha sido autorizada por este Organismo, ni existen constancias de solicitud de tal autorización efectuada con anterioridad a la presentación en análisis.

En tal sentido no puede dejar de señalarse que los solicitantes se limitan a comunicar que "NASA transmitirá programación de Radio Continental, a cuyo fin se hace la presente comunicación a los fines del art. 68 de la Ley 22.285"

La exigencia de *previa autorización* requerida por la normativa precitada, implica que no basta la mera comunicación de la constitución de una Red Privada Permanente, como se da en la especie, y mucho menos la comunicación informando que, con prescindencia de la autorización requerida, dicha red privada comenzará a transmitir en lo inmediato. Menos aún entonces la continuación de la transmisión conjunta llevada adelante por las licenciatarias con posterioridad a la intimación efectuada por este Comité Federal de Radiodifusión ordenando el cese de transmisiones mediante la modalidad no autorizada.

En segundo término, se señala que en oportunidad de serle requerida a ambas licenciatarias la remisión a este organismo de la documentación necesaria para obtener la autorización solicitada, mediante Nota N° 3434 COMFER/DNPD/DN/08 se ordenó a los peticionantes presentar: "a) Copia auténtica del convenio de programación acordado entre partes que integrarán la red, con sus firmas debidamente certificadas y legalizadas en caso de corresponder y b) Detalle de la programación que se transmitirá en la frecuencia de 104.3 MHz. de la Ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, indicando expresamente horario y periodicidad- que emitirá la red, para su análisis conforme los tiempos mínimos pautados por el art.8 de la reglamentación de la ley N° 22.285 aprobada por Decreto N° 286/81, para la

2

producción propia y programas de producción nacional, respecto de cada uno de los servicios involucrados.

Del análisis de la documentación remitida en la Actuación N° 12500 COMFER/08, se observa que dicha documentación no se ajusta a las previsiones exigidas por este organismo, por lo que a la fecha dicho requerimiento se encuentra incumplido por las licenciatarias.

Asimismo, del denominado "Convenio de Coproducción Radial" presentado por las partes, y si bien se señala que el mismo no se encuentra debidamente certificado y autenticado, del análisis de su contenido se desprende que en dicho convenio se han insertado cláusulas contrarias a lo expresamente dispuesto por la Ley N° 22.285.

En este sentido se observa que de un análisis integral del convenio remitido, éste contiene cláusulas que en su contenido tipifican la figura de "delegación de explotación", modalidad expresamente prevista en términos prohibitorios por el marco regulatorio vigente, toda vez que en su artículo 67, la ley 22.285 establece: *La explotación deberá ser realizada directamente por los titulares de los servicios, quienes no podrán ceder tal derecho a terceros, sea cual fuere la naturaleza del acto. Quedan prohibidas: a) La cesión o reventa de espacios y toda dependencia exclusiva en la comercialización de la publicidad con una empresa o más de una; b) La celebración de contratos por los cuales queden ligados en forma exclusiva a organizaciones productoras de programas o a otras empresas; c) La asociación o participación directa o indirecta con terceros para la explotación del servicio.*

Así entonces se observa en la cláusula segunda del precitado "Convenio de Coproducción Radial", que la firma "NOSTALGIE AMSUD S.A." queda ligada a la firma LS4 Radio Continental en todo lo referido a la producción de programas para ser emitidos por aquélla.

Del análisis del Detalle de Programación presentada por ambas licenciatarias lo anteriormente expuesto se confirma, toda vez que en dicho Detalle se constata que la firma "NOSTALGIE AMSUD S.A transmite en la actualidad la totalidad de la programación de LS4 Radio Continental, sin que exista programación propia de la licenciataria.



Que en oportunidad de expedirse en relación a la solicitud de FM Abierta S.A, para la constitución de una Red Privada Permanente, este servicio jurídico expresó: *"...se entiende por producción propia aquella directamente realizada por la emisora o por terceros con el objeto de ser emitida originariamente en dicha estación.*

*Si bien la programación sería de terceros, resulta de lo informado por esa Dirección, que dicha programación lo es para ser difundida o repetida en varias estaciones"* (Dictamen N° 12035 COMFER/DGALN/DAT/08).

El resultado de la consideración antes vertida significó en su oportunidad la denegación de la solicitud presentada por la firma FM ABIERTA S.A.

Asimismo corresponde destacar en este apartado que "NOSTALGIE AMSUD S.A." resulta ser titular de una licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia Categoría "A", en la ciudad Autónoma de BUENOS AIRES, adjudicada por Decreto N° 293/05. En el marco del procedimiento adjudicatorio (concurso) en virtud del cual se adjudicó a NOSTALGIE AMSUD. S.A la frecuencia 104,3 MHz, una de las pautas determinantes para dicha adjudicación fue la contemplada en el artículo 14° del mencionado Pliego (Resolución N° 180-SG/2001), se establecía: "Los oferentes deberán presentar una propuesta de formato de programación, indicando el lapso durante el cual dicha propuesta se mantendrá en el aire, el que no podrá ser inferior a dos años. A fin de efectuar toda modificación del formato de programación, será requisito la previa autorización del COMFER (...) Toda modificación que se efectuó del formato de programación por parte del oferente que resulte adjudicatario, sin la debida autorización...será considerado falta grave con los efectos previstos en el artículo 85 de la Ley 22.285."

No existen constancias de solicitud de aprobación de modificaciones de la programación realizada por la Licenciataria NOSTALGIE AMSUD. S.A y que se ajuste a las previsiones antes citadas, por lo que el cambio de programación operado constituye una modificación sustantiva de la programación.

En relación a la explotación comercial de la propuesta de constitución de la Red Privada Permanente, la cláusula sexta del acuerdo presentado ante este organismo regulador, establece que, sin perjuicio de que la firma NOSTALGIE AMSUD. S.A. facturará la totalidad de la comercialización de la

publicidad, una vez deducidos de dichos montos los aranceles, gravámenes y derechos autorales, el porcentaje de distribución de las ganancias será distribuido conforme el siguiente porcentaje acordado: a) 30% (treinta por ciento) para NOSTALGIE AMSUD. S.A y, b) 70% (setenta por ciento) para LS4 Radio Continental.

De lo expuesto se desprende que la firma NOSTALGIE AMSUD. S.A ha cedido los derechos de comercialización de publicidad.

En este sentido cabe reseñar el artículo 8° del Decreto 286/81, reglamentario de la Ley 22.285, en la parte pertinente que establece: "Considerando lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 22.285, los licenciatarios de los servicios podrán celebrar convenios de programación para realizar transmisiones integrando una red de programación siempre que: 1) Las estaciones afiliadas mantengan todos los derechos sobre la publicidad que emitan en su área de cobertura, no pudiendo las cabeceras de la red incluir publicidad en estas emisiones; 2) Las estaciones afiliadas no deleguen la explotación comercial de sus espacios destinados a la publicidad ni el cobro de su abono; 3) Las estaciones afiliadas originen emisiones propias en un porcentaje mínimo del cincuenta por ciento (50%) de la programación diaria y reserven una (1) hora diaria como mínimo del horario central de la programación para la emisión de programas de producción propia y de interés para el área de cobertura de la estación."

Se destaca que por su parte LS4 RADIO CONTINENTAL es titular de una licencia identificada con la señal distintiva LS4, adjudicada por Decreto N° 7475/68, correspondiente al servicio de radiodifusión sonora por modulación de amplitud en la frecuencia de 590 KHZ, y de una licencia de modulación de frecuencia en la frecuencia de 105.5 MHZ.

En relación a esta última se expresa que en virtud del artículo 43° de la ley 22.285, *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: (...) 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.*

En el caso sub-examine a priori no se configuraría una situación que conculque el límite máximo por localización previsto en el marco regulatorio vigente, en relación a la cantidad de licencias por zona geográfica

Debe considerarse que LS4 RADIO CONTINENTAL S.A, ya es titular de una licencia de servicio complementario de FM en la ciudad de Buenos Aires, correspondiente a la frecuencia 105.5 MHZ, debe entenderse que retransmisión del 100% de su programación por una segunda frecuencia, como así también la participación en carácter mayoritario de las ganancias devengadas por esta segunda frecuencia (70% de la facturación neta), significa en la práctica, un ejercicio por parte de la firma precitada de los derechos emergentes de una segunda licencia de servicios complementarios de FM, esto es un incumplimiento de los límites legales impuestos por el actual marco regulatorio.

Admitir lo solicitado en las presentes actuaciones implica autorizar mediante la utilización de figuras no reglamentadas como lo es la figura de "Red Privada Permanente", conductas elusivas a lo expresamente regulado por la Ley de Radiodifusión en materia de superposición de licencias de servicios de radiodifusión. Así, del actual texto legal se desprende- con relación al supuesto de única licencia en cabeza de una persona física o jurídica – que la misma no podrá superar el límite de UNA por tipo de servicio. Esto yendo al caso bajo análisis, una persona física o jurídica no podrá poseer más de una licencia de servicios complementarios por localización. Y resulta de claridad meridiana que una licencia significa una licencia y no una licencia de servicio complementario propia y el 100% del control en los contenidos y el 70% de las ganancias de otra/s licencia/s en la misma localización geográfica.

Esto es así toda vez, que los marcos regulatorios deben interpretarse de manera armónica e integrada, sin realizar interpretaciones literales que desnaturalicen el espíritu de la normas, como sistema regulatorio en su conjunto.

Así la interpretación de las normas, a los efectos de establecer su sentido y alcance, no debe realizarse aisladamente, sino correlacionándolas con las que disciplinan la misma materia. Por encima de los que parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país,

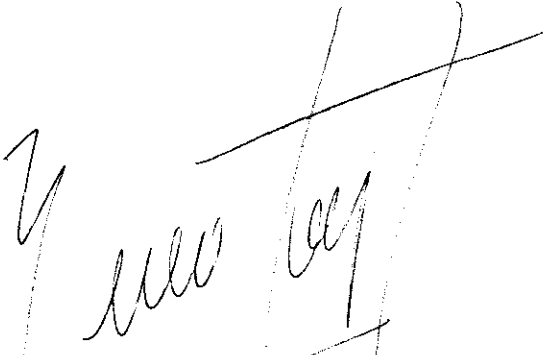
de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí (conf. Procuración del Tesoro de la Nación Dict. 197:118; 202:35; 203:47; 205:56, 240; 206:95 y Fallos 308:1118).

IV. De lo expuesto se concluye que no se encuentran reunidas las condiciones de hecho y de derecho que aconsejen hacer lugar a lo solicitado por las firmas NOSTALGIE AMSUD S.A. y LS4 RADIO CONTINENTAL S.A. y por lo tanto se aconseja denegar la autorización requerida por ambas licenciatarias para la constitución de una Red Privada Permanente

En tal situación, debe ordenarse a las Licenciatarias cesar toda transmisión efectuada en virtud del acuerdo citado por las partes, bajo apercibimiento de considerar la situación planteada dentro de las previsiones de los artículos 43 y 67 de la ley 22.285 y el artículo 14 del Anexo I de la Resolución N° 180-SG/2001,

De compartir UD. el criterio, se acompaña proyecto de resolución en el sentido expresado.

SON FOJAS Y PROYECTO DE RESOLUCION



Dra. GRACIANA PEÑAFORT COLOMBI  
A/C DIRECCIÓN GENERAL  
ASUNTOS LEGALES Y NORMATIVA  
COMITE FEDERAL DE RADIODIFUSION