RODRIGO M. PARDO
PROSECRETARIO DE CAMARA

Causa nº 9.068/2012. "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ EN – JGM – SMC s/ amparo ley 16.986".

Buenos Aires, 6 de junio de 2013.

VISTO y CONSIDERANDO:

I. Que Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR S.A.) promovió acción de amparo, en los términos de la ley 16.986 y de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaria de Comunicación Pública) y contra los señores Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro, a fin de que: (i) se les ordene cesar en la ejecución de la arbitraria y discriminatoria política desplegada tendiente a excluirla de la distribución de la pauta oficial y a su audiencia de la publicidad oficial de los actos de gobierno; (ii) se declare ilegítima y antijurídica la conducta del titular de la Secretaría de Comunicación, Alfredo Scoccimarro, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de quien ocupa dicho cargo, Juan Manuel Abal Medina, en tanto ejercieron abusivamente la facultad discrecional de administrar los fondos públicos destinados a la pauta oficial censurando a Canal 13 y (iii) se ordene mantener una distribución equilibrada de la pauta oficial en relación con la conferida en años anteriores y en particular con anterioridad a 2008 y a la adjudicada a los demás medios (fs. 2/28).

Relató que el Poder Ejecutivo Nacional, por medio de los órganos mencionados, trató en forma manifiestamente diferente a LS 85 TV Canal 13, de su propiedad, con relación a otros medios de comunicación de igual categoría titulares de una licencia para el funcionamiento de estaciones de televisión abierta como son América TV S.A.; LS 86 TV Canal 2; LS 82 TV Canal 7; LS 83 TV Canal 9 y LS 84 TV Canal 11. En síntesis, dijo que de modo arbitrario y discriminatorio se la excluyó de la distribución de la pauta oficial y que esa conducta contrasta con el significativo e inexplicable incremento de publicidad a otros medios similares, así como respecto de años anteriores.

USO OFICIAL

Este proceder, agregó, viola el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y la libertad de expresión tanto en su faceta de derecho individual como colectivo.

Asimismo, requirió una medida cautelar para que se ordenara reiniciar la distribución de la pauta publicitaria en la proporción que se le asigna a los demás medios de igual categoría (fs. cit., en especial, 18vta./21vta.).

II. A fs. 222 y vta., el juez desestimó la cautelar, decisión que fue confirmada por este Tribunal (v. fs. 240/241 del incidente nro. 12.328/2012).

III. A fs. 434/466vta., el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) presentó el informe circunstanciado que prevé el art. 8° de la ley 16.986, en el que se opuso al progreso de la acción. En esa oportunidad acompañó prueba documental sobre la publicidad oficial pautada con la amparista en 2012, cuadros tarifarios de los distintos canales de televisión, convenios de adhesión al régimen del decreto 1145/09, informes de multas aplicadas al Grupo Clarín, a ARTEAR S.A. y a los programas que se emiten por Canal 13, así como actos administrativos y otros documentos que entendió que avalaban su posición (conf. fs. 253/433).

Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro también presentaron sus informes y, además, plantearon su falta de legitimación pasiva (fs. 468/487 y 480/500, respectivamente).

A fs. 529, el *a quo* requirió a las partes que manifestaran si mantenían los medios de prueba ofrecidos.

En respuesta al requerimiento, a fs. 530 ARTEAR S.A. individualizó las pruebas que mantenía y desistió de otras, a lo que se proveyó en consecuencia (fs. 531). El Estado Nacional mantuvo toda la prueba que ofreció (fs. 535) y, a fs. 542, se ordenó remitir la causa al fiscal.

IV. Que por sentencia de fs. 553/554 y vta., la jueza de la anterior instancia rechazó el amparo, con costas en el orden causado.

Para resolver de ese modo, entendió que en autos no se configuraban los presupuestos del amparo porque según los informes producidos, en particular los de fs. 253 y 259/260, a la amparista se le adjudicaron órdenes de publicidad durante 2012. Asimismo, destacó que los criterios para distribuir la pauta oficial están

vinculados con el sistema de dación en pago de espacios publicitarios que implementó el decreto 1145/09, y que si bien la actora inició los trámites para acceder al régimen luego desistió de participar.

Por último, compartió los fundamentos del dictamen fiscal de fs. 547/551 y vta., en el que se indicó que correspondía hacer lugar a la defensa de falta legitimación pasiva que habían planteado Abal Medina y Scoccimarro, en tanto la voluntad expresada por dichas personas es imputable a la persona jurídica de que forman parte y, en cuanto al fondo de la cuestión, se destacó la gran cantidad de prueba ofrecida por ambos litigantes y que el amparo es excluyente de supuestos cuya complejidad o difícil comprobación requiera de un aporte mayor de elementos de juicio de los que pueden producirse en su estrecho cauce.

USO OFICIAL

V. Que a fs. 555/581, la actora apeló dicho pronunciamiento, recurso que fue concedido a fs. 582.

En su escrito de expresión de agravios sostuvo, en sustancial síntesis, que el reconocimiento de los hechos que fundan su pretensión la relevaba de la carga de producir prueba, en tanto la contraria manifestó expresamente —en oportunidad de contestar el informe circunstanciado— que en los últimos años había disminuido la adjudicación de pauta oficial a ARTEAR S.A. y que es posible advertir una diferencia significativa desde 2010 en relación con las demás emisoras, pretendidamente justificada en el hecho de que su canal de televisión integra un grupo de medios calificado de monopólico, desestabilizante y destituyente.

En este sentido, afirmó que la vía del amparo era idónea para determinar la menor publicidad que recibió en 2010, 2011 y 2012 y la magnitud de la diferencia entre lo que se le asignó en años anteriores y el trato discriminatorio que implicó. Dijo que ello se ve ilustrado de modo indiscutible en el informe presentado por el propio demandado a fs. 260 y corroborado por lo manifestado a fs. 455, primer párrafo; de modo que la arbitrariedad de la conducta denunciada resultaría manifiesta y eximiría de mayor debate y prueba.

Asimismo, afirmó que no es un hecho controvertido que América TV, Canal 2, Canal 7, Canal 9 y Canal 11 constituyen medios de comunicación de igual

categoría, esto es, titulares de licencia para el funcionamiento de estaciones de televisión abierta comparables con Canal 13.

Por lo demás, señaló que el *a quo* ignoró que el amparo ha sido admitido en juicios similares al presente planteados por otras empresas periodísticas (Editorial Río Negro y Diario Perfil), y que en ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sentado que si el Estado decide conferir pauta oficial a los medios debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios, y no puede utilizar la publicidad oficial como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión.

También criticó el fundamento referido a la exigua adjudicación de pauta durante el año 2012, en tanto no está en discusión la asignación o no de publicidad sino su interrupción durante los meses de enero, febrero y marzo de 2012 y su disminución respecto del período 2003/2009, en comparación con el resto de los canales de aire. Dijo que antes de 2010 a Canal 13 se le adjudicaron $92.044.028, monto similar al otorgado a TELEFE (Canal 11), pero que a partir de ese año que se le adjudicó menor cantidad de pauta ($10.602.243) respecto de las emisoras con las que resulta comparable. Asimismo, destacó que a Canal 7, América TV y Telearte S.A. se les asignó una suma muy similar en ambos períodos (2003/2009 y 2010/2012) y atribuyó esa diferencia a la enemistad de parte del gobierno nacional con el grupo de medios al que pertenece ARTEAR S.A.

Concluyó en que esas cifras surgen de la documental incorporada por el propio Estado Nacional, circunstancia que corrobora plenamente los hechos invocados en su demanda.

En punto a la alegada vinculación entre la distribución de publicidad oficial y el decreto 1145/09, señaló que la dación en pago prevista en esta última norma configura un beneficio al que decidió no acceder en atención a su carácter facultativo, por lo que reconoció haber desistido de los trámites de adhesión al régimen y alegó haber abonado en dinero sus deudas previsionales y fiscales de 2008.

Respecto de la falta de legitimación pasiva de los funcionarios públicos, dijo que, en su calidad de autores materiales, sea por acción u omisión en el desempeño de sus competencias, son los responsables directos de la discriminación que sufre.

RODRIGO M. PARDO
PROSECRETARIO DE CAMARA

VI. Que en oportunidad de contestar el memorial en torno a la falta de legitimación pasiva, Juan Manuel Abal Medina —por su propio derecho— aludió al reconocimiento de la actora respecto de la contratación de publicidad oficial por parte de Telam SE y puso de manifiesto que los órganos que dependen de la Jefatura de Gabinete a su cargo no deciden sobre los medios de comunicación donde habrá de publicarse o difundirse una información o pauta publicitaria, más allá del control que pueda eventualmente desplegar la Secretaría de Medios de Comunicación de conformidad con la decisión administrativa 448/09, cuyo carácter facultativo excluiría —según su criterio— la responsabilidad de los funcionarios en los términos del art. 1112 del Código Civil. Asimismo, sostuvo que no hay obrar doloso o culposo en las personas físicas demandadas por la supuesta omisión de control de una obligación inexistente. Finalmente, alegó que no existe relación causal en el cuestionamiento de una decisión política del gobierno que claramente no se encuentra en condiciones de corregir o enmendar (fs. 626/627 y vta.).

USO OFICIAL

En similar sentido, Alfredo Scoccimarro señaló que la actora cuestiona actos imputables al Estado, en tanto habrían sido emitidos por funcionarios dentro de sus atribuciones, lo cual obsta la posibilidad de extender una eventual responsabilidad a los funcionarios involucrados en el ejercicio de tales competencias (fs. 711/717).

También contestó el memorial el Estado Nacional (fs. 653/666 y vta.) y reiteró su posición en cuanto a la improcedencia de la vía por el carácter estrictamente patrimonial del perjuicio invocado, así como por la necesidad de mayor debate y prueba que exige la complejidad de la cuestión sometida a decisión judicial. En este sentido, afirmó que la actora no persigue la subsistencia de un medio de comunicación ni el respeto de la libertad de expresión, en tanto ambos derechos se encuentran plenamente reconocidos, sino que pretende asegurarse una cantidad determinada e inamovible de publicidad y maximizar sus ganancias económicas por medio de la apropiación de fondos públicos.

Por lo demás, sostuvo que los criterios de distribución utilizados por Telam SE se ajustan a derecho, aunque reconoció que no existe norma formal que establezca parámetros para tal tarea.

Señaló que la publicidad institucional busca comunicar a la mayor cantidad posible de personas los actos de gobierno, políticas sociales, beneficios, medidas de gestión, entre otras, y que en muchos casos la participación activa de aquéllas es un requisito esencial para el desarrollo de determinadas políticas (vgr. Asignación Universal por Hijo, Programa Nacional de Créditos Bicentenario, vacunación, etc.). Ello implica que la distribución de la publicidad oficial no se direccione solamente hacia los medios de mayor audiencia, toda vez que el nivel de impacto deseado en el público se alcanza distribuyéndola en una amplia variedad de medios. Sobre dicha base explicó que se busca extender las campañas en el interior del país a través de los medios locales evitando centralizarlas en los grandes centros urbanos, en ejercicio de lo que calificó como una clara potestad discrecional. Asimismo, indicó que es necesario replantear continuamente el presupuesto asignado a la publicidad oficial, por lo que no es posible su asimilación a períodos anteriores

Respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema invocada por la actora, negó que ella implique el reconocimiento de un derecho a una determinada cantidad o porcentaje de publicidad oficial, de modo que se transforme en una subvención tácita del Estado. Asimismo, destacó que los fallos citados buscaron garantizar el derecho a la información y no los intereses económicos empresariales de sus titulares.

Finalmente, señaló la prioridad que han recibido aquellos medios que se han incorporado al régimen de dación en pago implementado por el decreto 1145/09 y reglamentado mediante decisión administrativa 617/10, que permite la cancelación de deudas fiscales y previsionales de obligaciones vencidas al 31 de diciembre de 2008 a cambio de espacios publicitarios, al cual la actora desistió de incorporarse impidiendo con tal actitud el pautado con medios de su propiedad; lo contrario —alegó— importaría pretender el desembolso de sumas de dinero en beneficio de la actora para cumplir fines que se pueden obtener de otros medios a través de la compensación de obligaciones fiscales. En este sentido, destacó que los $167.135.059,08 que se invirtieron en los restantes canales de aire corresponden al recupero de deuda en virtud del referido régimen.

VII. Que, por su parte, apelaron la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros —en representación del Estado Nacional— y Juan Manuel Abal Medina —por su propio derecho—, quienes se agraviaron exclusivamente de la distribución de costas en apartamiento del principio objetivo de la derrota (fs. 616/617 y vta. y 619/620).

Dichos memoriales fueron contestados por la contraria, quien reivindicó la facultad de los jueces de distribuir las costas en el orden causado si la parte vencida hubiere tenido razón plausible para litigar, circunstancia que —para el hipotético caso de que se rechazara su apelación— entendió configurada en autos (fs. 637/639 y 648/650).

USO OFICIAL

VIII. Que a fs. 671/696 y vta., el fiscal general que actúa ante esta Cámara se pronunció por confirmar el pronunciamiento apelado.

IX. Que, con posterioridad a la sustanciación de las apelaciones, la actora solicitó al Tribunal la urgente resolución de los recursos alegando que continuaba excluida de toda asignación de publicidad oficial. En este sentido, acompañó una certificación contable del 26 de febrero de 2013, que daría cuenta de tal circunstancia (fs. 706/707).

Corrido el pertinente traslado, la parte demandada solicitó su desglose porque, según sostuvo, es inadmisible la incorporación de prueba en este estado del proceso así como la alegación de un hecho nuevo (fs. 711 y vta. y 718/720).

X. Que así planteadas las cuestiones, por razones metodológicas, en primer término, el Tribunal se expedirá sobre la presentación de la amparista recién mencionada. En segundo término, examinará los agravios vinculados con la admisibilidad de la vía intentada, toda vez que una decisión negativa sobre este punto tornaría innecesario evaluar los restantes y la procedencia sustancial del amparo. Por último, se pronunciará sobre los recursos de los demandados.

XI. Que en el amparo las apelaciones se conceden en relación (arg. art. 15 ley 16.986, art. 243 CPCCN, y fs. 582), circunstancia que, en principio, impide que se abra a prueba o se aleguen hechos nuevos en la alzada (art. 275, segundo párrafo, CPCCN, por remisión del art. 17 de la ley 16.986. En este sentido, causa N° 11.746/2009. "Bioprocrearte SA y otros c/ EN –INCUCAI Resol 69/09- s/ amparo ley 16.986", resolución del 16/9/10).

Sin perjuicio de ello, también cabe señalar que el juzgador puede eventualmente hacer mérito de hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante el curso del proceso y no invocados como hechos nuevos, que resultan de la prueba (art. 163, inc. 6°, último párrafo, del CPCCN), así como que la Corte Suprema ha resaltado que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia y si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la misión de dar a cada uno lo suyo (Fallos: 238:550; 278:85; 310:2456; 316:1673; 319:1577; 320:402; 326:1395; 327:5970; 330:4216).

En el *sub lite* se presenta esta última situación, porque la actora se limitó a informar que subsistía su estado de exclusión en la asignación de pauta oficial con posterioridad al dictado de la sentencia de grado, circunstancia que no fue controvertida por la contraria en oportunidad de contestar el traslado conferido al efecto (fs. 708, 711 y vta y 718/720).

XII. Que, sentado lo anterior, corresponde examinar la apelación de la actora, cuyo tratamiento exige determinar si en el caso el amparo es la vía idónea para resolver los planteos que trae a conocimiento del órgano judicial.

Al respecto, es necesario recordar que la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia (Fallos: 321:1252; 325:2583; 331:1403, entre muchos otros).

Ello es así, porque la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones

vigentes, regla que ha sustentado la Corte Suprema cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (Fallos: 310:1542; 330:4144).

La Corte Suprema también ha señalado que el art. 43 de la Constitución Nacional, al disponer que *"toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo"* mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba y por tanto no se da el requisito de *"arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"* en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, exigencias cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 327:2459; 330:1279 y 2877).

Pero junto a estas características que se requieren para su admisión, también ha exigido que los jueces efectúen un examen atento y circunstanciado de las constancias de la causa para determinar si es procedente rechazar aquella acción por la necesidad de mayor debate y prueba.

En tal sentido, el Alto Tribunal descalificó decisiones de este tipo cuando se adoptaron por aplicación de un criterio en extremo formalista, que atentaba contra la efectiva protección de los derechos que aquel instituto busca asegurar, por ejemplo, cuando no se acreditaron en forma concreta cuáles fueron los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión, así como la incidencia que éstos hubieran podido tener sobre el resultado final del proceso, al considerar que esa omisión era demostrativa de la deficiente fundamentación del pronunciamiento (Fallos: 327:2955; 329:899).

También se admitió aquella vía en aquellos casos en que dicha acción no había reducido las posibilidades de defensa del interesado, en cuanto a la amplitud de debate y prueba referentes a las cuestiones planteadas y decididas, y cuando las partes contaron con la efectiva oportunidad de formular las alegaciones pertinentes y obtener las medidas de prueba conducentes (Fallos: 322:792; 324:1177).

USO OFICIAL

XIII. Que, en la concreta aplicación de tales pautas al *sub lite* se constata que el Estado Nacional ha reconocido la reducción en términos absolutos y relativos de la pauta publicitaria oficial asignada a la actora desde 2009, llegando incluso a ser nula en los primeros meses de 2012, situación que se mantuvo hasta febrero del año en curso, con excepción de las órdenes de publicidad otorgadas después de que se inició esta acción.

Esto surge indubitable de la prueba documental incorporada por aquél, en particular de los importes que ilustra el cuadro obrante a fs. 260 y se reproduce a continuación:

	2003 ($)	2004 ($)	2005 ($)	2006 ($)	2007 ($)	2008 ($)	2009 ($)	2010 ($)	2011 ($)	2012 ($)
América TV	3.939.010,50	8.720.458,20	3.093.177,60	3.375.596,00	7.161.531,50	9.761.014,,14	25.711.876,27	6.454.138,00	22.895.810,00	6.272.840,00
SNMP SE	912.719,45	2.591.855,54	1.918.276,50	3.528.784,27	3.595.137,83	6.848.753,36	5.624.100,00	8.555.890,21	6.153.601,49	120.000.00
Telearte SA	2.436.972,00	6.258.248,00	3.359.265,00	3.904.227,50	9.756.746,00	10.910.856,78	36.373.613,84	27.104.554,50	35.030.460,00	7.280.094,50
Telefe SA	3.332.478,02	3.362.747,24	4.020.158,36	5.904.050,46	3.234.053,97	8.066.000,94	64.238.623,00	30.251.082,44	44.196.245,97	1.284.955,20
Artear SA	3.073.947,82	3.172.834,04	3.514.177,04	7.286.623,95	4.289.049,00	10.066.964,11	60.640.433,25	9.338.566,50	1.096.723,50	166.953,60

Así, es un hecho no controvertido que desde el inicio de 2012 hasta que el Estado Nacional pudo tomar conocimiento del presente proceso, a la actora no se le adjudicó pauta oficial alguna y que recién en abril de aquel año se le asignaron dos órdenes por montos sustancialmente menores a los que venía recibiendo (v. información que acompañó el demandado obrante a fs. 253 y cuadro resumen de fs. 260).

Por otro lado, en igual período (enero–abril 2012) y sin computar los importes del régimen de dación en pago establecido por el decreto 1145/09, el demandado adjudicó a América TV S.A. (Canal 2) la suma de $6.272.840,00; a SNMP SE y RTA SE (Canal 7) la suma de $120.000,00; a Telearte S.A. (Canal 9) la suma de $7.280.094,50 y a Televisión Federal S.A. (Canal 11) la suma de $1.284.955,20.

En el año 2011 —sin considerar los montos imputados al régimen del decreto 1145/09—, se adjudicaron órdenes de publicidad por $22.895.810,00 a América TV S.A. (Canal 2); $ 6.153.601,40 a SNMP SE y RTA SE (Canal 7);

$35.030.460,00 a Telearte S.A. (Canal 9) y $44.196.245,97 a Televisión Federal S.A. (canal 11), mientras que ARTEAR S.A. (Canal 13) recibió $1.096.723,50.

En el año 2010, se otorgaron en concepto de publicidad a América TV S.A. (Canal 2): $6.454.138,00; a SNMP SE y RTA SE (Canal 7): $8.555.890,21; a Telearte S.A. (Canal 9): $27.104.554,50; a Televisión Federal S.A. (Canal 11): $30.251.082,44 y a ARTEAR S.A. (Canal 13): $9.338.566,50 (en todos los casos sin contar los montos de canje del decreto 1145/09).

En 2009, el Estado Nacional adjudicó a América TV S.A. (Canal 2): $25.711.876,27; a SNMP SE y RTA SE (Canal 7): $5.624.100,00; a Telearte S.A. (Canal 9): $36.373.613,84; a Televisión Federal S.A. (Canal 11): $64.238.623,00; mientras que ARTEAR S.A. (Canal 13) recibió $60.640.433,25 (tampoco se computan los importes de canje del decreto 1145/09).

USO OFICIAL

Asimismo, ello ha sido reconocido en la contestación del informe circunstanciado, oportunidad en la que, después de explicar que los criterios para la distribución de pauta oficial no se orientan exclusivamente hacia los medios de mayor *rating* sino de acuerdo al objetivo comunicacional (acápite C.I y C.II), el demandado expuso la posición dominante que Canal 13 posee en el mercado y formuló un detallado relato de las irregularidades desplegadas por el grupo empresario controlante de la emisora (acápite C.III.a), así como el incumplimiento de las normas de radiodifusión, la discriminación que la actora ejerce respecto del género femenino, de minorías sexuales, de personas que sufren obesidad (acápite III.b, III.b.1, III.b.2 y III.b.3). Además, entendió que *"...existen otros factores, también de carácter objetivo, que han llevado en los últimos años a que disminuyera la publicidad en Canal 13..."*, vinculados concretamente con el desistimiento de la actora al régimen de dación en pago establecido mediante el decreto 1145/09.

En otras palabras, el Estado Nacional admite que se redujo la pauta publicitaria oficial de ARTEAR S.A. pero atribuye dicho temperamento a "*un cambio de criterio razonable y a la búsqueda de la federalización de los contenidos y la información*" (fs. 463).

En tales condiciones, tanto el reconocimiento de la interrupción y reducción de pauta oficial atribuida a la actora como la prueba documental incorporada a la causa, constituyen elementos que permiten resolver la cuestión sometida a decisión judicial, sin que se advierta, por otra parte, que para ello resulten imprescindibles los restantes medios probatorios ofrecidos por el demandado.

En efecto, para determinar si en autos se configura una conducta con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de modo tal que haga procedente el amparo, solamente se requiere confrontar los hechos reconocidos, probados y las razones invocadas para suspender la asignación de pauta publicitaria a la actora con el estándar de razonabilidad aplicable; operación que puede formularse adecuadamente en este cauce procesal. De manera que desestimar el amparo con el único argumento de que se requiere mayor debate y prueba sería aplicar un criterio excesivamente formalista, descalificado por la Corte Suprema en los precedentes citados en el considerando XII.

Por último, para cerrar este capítulo, no se puede pasar por alto que los precedentes invocados por ambas partes en sustento de sus posturas tramitaron y fueron resueltos por la vía del amparo (conf. CSJN, "Editorial Río Negro", Fallos: 330:3908 y esta Sala, en diferente integración, causa 18.639/2006 "Editorial Perfil S.A. y otro c/ EN – Jefatura de Gabinete de Ministros – SMC s/ amparo ley 16.986", sentencia del 10 de febrero de 2009).

XIV. Que, admitida la vía del amparo para discutir si se vulneraron los derechos constitucionales invocados, la respuesta se debe buscar a partir de las disposiciones normativas que regulan la publicidad oficial y de la doctrina de los precedentes judiciales en la materia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, aun cuando el legislador no sancionó un régimen integral sobre la publicidad oficial, sí existen parámetros para su asignación. En tal sentido, el art. 76, último párrafo, de la ley 26.522 establece: *"Para la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión"*; mientras que el decreto 984/09 prevé que la adjudicación de campañas publicitarias se realice *"...respetando los principios generales de publicidad y concurrencia y*

RODRIGO M. PARDO
PROSECRETARIO DE CÁMARA

atendiendo a criterios específicos tales como la capacidad creativa, artística o técnica, la habilidad o la experiencia particular del ejecutor del trabajo y la regularidad, antigüedad de publicación y tirada o capacidad de difusión del medio de comunicación respectivo, entre otros factores de similar naturaleza" (art. 3°).

Por otro lado, también existe un importante cuerpo de doctrina judicial derivado de la resolución de casos en los que se discutía sobre la decisión administrativa de suspender la publicidad oficial a medios periodísticos, ya sea por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o incluso de este Tribunal, en su actual integración.

De modo tal que corresponde seguir esa jurisprudencia, en especial cuando proviene del máximo Tribunal nacional, porque es bien sabido que, aun cuando sus sentencias sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y no resultan estrictamente obligatorias para casos análogos, los demás jueces tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa doctrina, pues en virtud de la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal, en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes, máxime en casos como el de autos que presenta similitud fáctica y jurídica con los precedentes "Editorial Río Negro" y "Editorial Perfil" (Fallos 330:3908 y 334:109, respectivamente).

Precisamente, en el primero de esos casos, en términos ilustrativos y enteramente aplicables al *sub lite*, el Alto Tribunal señaló:

> *"No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial".*
>
> *"Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos,*

USO OFICIAL

pero cualquiera sea el que utilice debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones" (Fallos 330:3908, considerando 11, ap. d y e, del voto de mayoría).

Además sostuvo que cuando se constata que el Estado asignó publicidad a un medio y después la interrumpió, aquél tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación (cons. 4°, con cita de la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en "Emisiones Platenses S.A., Fallos: 320:1191).

Por aplicación de los mismos criterios se resolvió la causa "Editorial Perfil" (Fallos: 334:109), que —también cabe destacar— tramitó ante los estrados de este Tribunal.

XV. Que, sentado lo anterior, hay que recordar que en el *sub iudice* está acreditado que el Estado Nacional contrató publicidad oficial con Canal 13 de propiedad de la actora, que la interrumpió totalmente durante el primer trimestre de 2012 y que la volvió a conceder después de promovida la presente acción en una magnitud mínima en términos absolutos y relativos.

Para determinar si esta conducta importó una actividad discriminatoria y una lesión a la libertad de prensa, corresponde examinar los argumentos en los que el Estado Nacional funda su decisión. Ellos son (i) la eficacia comunicacional; (ii) la conducta de ARTEAR S.A. y (iii) la conveniencia fiscal.

XVI. Que, en cuanto a los objetivos comunicacionales, aquél recurrió a una serie de argumentos genéricos para justificar la distribución de pauta oficial, tales como la participación activa de sus destinatarios en las políticas sociales (vgr. Asignación Universal por Hijo), la penetración en el interior del país y la distribución en una amplia variedad de medios. Sin embargo, no precisó las razones por las que ARTEAR S.A. difiere en tales aspectos de Televisión Federal S.A., Telearte S.A. o América TV S.A., en tantos estos últimos no registraron la misma tasa de reducción que la primera.

En este sentido, aun cuando se pueda entender la necesidad de una permanente re-planificación y la imposibilidad de asimilar la distribución con la otorgada en períodos anteriores, en el caso el demandado no explicitó los concretos

motivos que habrían justificado adoptar ese temperamento exclusivamente respecto de la actora.

Máxime, cuando no cuestionó que los canales de aire 2, 7, 9, 11 y 13 son medios de comunicación de igual categoría. Antes bien, ratificó dicha clasificación al incluirlos en su informe de fs. 260 y comparar a la actora con aquellas emisoras.

Por lo demás, tampoco puede soslayarse que los canales 11 y 13 son las emisoras de aire que tienen alcance federal y disputan los primeros puestos en audiencia, seguidos por los restantes canales de aire mencionados a fs. 260 (conf. informe de IBOPE acompañado por la actora a fs. 133, cuyos datos fueron corroborados por la consulta formulada el 5 del corriente mes y año en el sitio de internet http://www.ibope.com.ar/ibope/wp/datos-generales). Si bien es cierto que dicha información se refiere exclusivamente a mediciones efectuadas en el AMBA, circunstancia que fue objeto de cuestionamiento en el informe del art. 8° de la ley 16.986 por prescindir de un criterio federal (fs. 463 y vta.), lo cierto es que el demandado omitió incorporar al proceso alguna otra medición que justifique los criterios invocados para una distribución federal de la pauta publicitaria oficial. En este sentido, aun cuando el nivel de audiencia no es el único parámetro que se debe tener en cuenta, tampoco puede ser completamente soslayado (conf. decreto 984/09).

En concreto, el Estado Nacional no explicó ni dio razones para modificar drásticamente el otorgamiento de publicidad en desmedro de la actora cuando hasta 2011 ésta se encontraba en similares condiciones que las otras emisoras; es decir que hasta ese momento el demandado entendió que aquélla cumplía los parámetros definidos para acceder a la pauta publicitaria oficial.

XVII. Que, respecto de la conducta de la actora, corresponde traer a colación que la resolución COMFER 1326/04 prorrogó a esta última la licencia de LS85 TV Canal 13 por haber *"...demostrado que reúne los requisitos y condiciones fijados por el artículo 45 de la Ley de Radiodifusión"* (conf. considerandos del acto

USO OFICIAL

a fs. 36/38), en tanto algunas de las faltas invocadas por el demandado fueron objeto de innumerables sanciones administrativas (fs. 346/432).

No obstante, más allá de la neutralidad que debe guardar el Estado frente al punto de vista editorial del medio, la distribución de pauta oficial no puede ser utilizada —mientras la emisora mantenga la titularidad de su licencia— como instrumento sancionatorio explícito o implícito por infracciones al régimen de radiodifusión o de cualquier otra índole.

En efecto, el despliegue de la potestad sancionatoria exige el respeto del debido proceso que incluye el pleno ejercicio del derecho defensa (Fallos: 327:4185), ausente en la asignación discrecional de pauta publicitaria oficial.

Por otra parte, el demandado imputa a ARTEAR S.A. la concentración de los medios de comunicación, circunstancia esta última que, si bien es susceptible de constituir una forma de restricción indirecta a la libre circulación de ideas (conf. Informe anual Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH 2010, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp), lo cierto es que ello no puede ser solucionado mediante otra forma de ataque indirecto a la libertad de prensa como es la discriminación en la distribución de pauta oficial.

XVIII. Que, finalmente, cabe desestimar la defensa vinculada con la inconveniencia fiscal de contratar con la actora por no adherirse al régimen de compensación de deudas previsionales y fiscales establecido mediante el decreto 1145/09, ya que el propio demandado reconoce pagos en dinero y fuera de dicho régimen respecto del resto de las emisoras de aire de análogas características (América TV S.A; SNMP SE y RTA SE; Telearte S.A. y Televisión Federal S.A.) desde su vigencia a la actualidad (conf. fs. 260).

En efecto, la comparación del pautado con las demás emisoras de aire en el año 2012, aun excluyendo los importes asignados mediante dicho régimen, permite advertir que la distribución de la publicidad oficial en relación con la actora en el primer trimestre de 2012 ha sido manifiestamente irrazonable y conduce a admitir su apelación y otorgar la reparación de los derechos constitucionales agredidos.

XIX. Que lo expuesto no significa que se pueda obligar al demandado a que asigne determinada cantidad de pauta oficial, dada la ausencia de un derecho

en tal sentido en cabeza de la actora, tal como se señaló precedentemente, pero sí que dicha distribución se haga respetando un "*equilibrio razonable con otras emisoras de análogas características*".

A los efectos de evitar las dificultades que pueda traer aparejada la ejecución del mandato judicial, corresponde seguir los lineamientos establecidos por el Tribunal en la causa "Editorial Perfil", en virtud de su similitud con el presente (sentencia del 14 de agosto de 2012, pasada en autoridad de cosa juzgada por desestimación del recurso de extraordinario federal del 4 de diciembre de 2012 [E.268. L.XLVIII., del registro de la Corte Suprema]).

En esa oportunidad se indicó que en el precedente "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3098), el Alto Tribunal aclaró que las modalidades de ejecución debían diferir necesariamente de las usuales y ordenó a la provincia demandada en esa causa que presentara "*en el término de 30 días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad (sic), respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión*" (considerando 11, sexto párrafo).

USO OFICIAL

Luego, al desechar la primera presentación realizada por la provincia demandada, especificó aún más el modo de cumplimiento (Fallos: 331:2237). Así, sostuvo que "*si bien el contenido del mandato impuesto en la sentencia condenatoria no está sometido a contornos objetivamente verificables, al punto que el texto del fallo reconoce el grado de elasticidad que la cuestión requiere, la presentación efectuada por la demandada no alcanza el umbral necesario para considerar, aun con un amplio criterio valorativo como el adelantado, que el deber de conducta ordenado ha sido cumplido o, en todo caso, que su ejecución se encuentra encausada a partir de un punto de partida aceptable en tanto se lo considere apto para integrarse, ulteriormente, con ciertos datos faltantes a incorporar por la obligada*" (consid. 3°).

Puntualizó que ello era así porque el proyecto que había acompañado la obligada a cumplir la sentencia se limitaba a "*exponer una serie de consignas y un conjunto de buenos propósitos, cuya extrema generalidad no permite referirlos*

con un grado mínimo de precisión con respecto a los términos y principios sentados en la sentencia condenatoria" (consid. 4°).

Por último, precisó que el esquema requerido exigía *"un umbral que está dado por* ***la formulación de ciertos y definidos parámetros objetivos que permitan un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal en la asignación de los fondos gubernamentales*** *destinados a la distribución de la publicidad oficial, pues de no establecerse un estándar verificable, se mantendría una situación de discrecionalidad extrema en cabeza de las autoridades públicas que, precisamente, ha sido descalificada por inconstitucional en el fallo que manda sancionar un esquema que haga predecible y controlable la distribución de publicidad oficial"* (consid. 5°. Énfasis añadido).

Sobre tal base, intimó por segunda vez a la provincia demandada para que confeccionara un nuevo esquema de asignación publicitaria, que fue finalmente aprobado al estimarse que configuraba una "*base apta*" para satisfacer el mandato impuesto en la sentencia de mérito (Fallos: 333:1130).

De estos pronunciamientos —más precisamente del último— puede válidamente colegirse que la Corte Suprema, al aprobar el esquema de distribución de publicidad oficial presentado por la demandada, estableció en realidad un programa general marco en la materia —una base mínima o, como aquélla la denominó, una "*base apta*"—, reconociendo a su vez en el Estado la responsabilidad primaria en su elaboración. Esta última conclusión se desprende no sólo de ver a quién le fue encomendada dicha misión (Fallos: 330:3908, consid. 11, sexto párrafo cit.), sino también por haberse modulado la decisión que originalmente persiguió la demandante, en razón de los especiales intereses en juego (preparar un nuevo plan de asignación en vez de restablecer la pauta acordada y luego retirada a la editorial; cfr. Fallos: 331:2237, en especial, consid. 1°, *in fine*).

Ahora bien, como surge de lo descripto en párrafos previos, la fórmula *"equilibrio razonable con otras emisoras de análogas características"* conjuga y queda inserta en aquel marco. Al respecto, la expresión puede ser concebida como un *"criterio de distribución"* posible de la pauta oficial que constituye uno de los parámetros que conforman una "*base apta*" en la materia, a tenor de la jurisprudencia mencionada. Además, como lo sostuvo la Corte, permite un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión

estatal en la asignación de fondos públicos destinados a tal fin, evitando una discrecionalidad extrema ya descalificada por inconstitucional.

Por su parte, dado que en el proceso no se ha producido prueba alguna respecto de la distribución de pauta oficial entre canales de cable, ni la actora hizo mención alguna sobre ello, la condena habrá de limitarse a la emisora de aire (Canal 13), excluyendo al canal de cable TN, también propiedad de ARTEAR S.A.

En consecuencia, a efectos de dar acabado cumplimiento al mandato judicial, el accionado deberá elaborar y presentar en la instancia de origen un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características, entre las que corresponde incluir a América TV S.A. (Canal 2), Telearte S.A. (Canal 9), Televisión Federal S.A. (Canal 11), Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (Canal 13) y SNMP SE RTA SE (Canal 7), que se ajuste fielmente las pautas de proporcionalidad y equidad establecidas por este Tribunal y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho plan deberá llevarse a cabo con el detalle preciso que el caso requiere, de manera que el juez pueda determinar de modo fehaciente si se ha respetado el "*equilibrio razonable*" entre la actora y las emisoras calificadas como de "*análogas características*". En otros términos, que permita "*un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal en la asignación de los fondos gubernamentales destinados a la distribución de publicidad oficial*" (Fallos: 331:2237, considerando 5°, cit.).

El esquema requerido al Estado Nacional deberá ser presentado en el término de treinta (30) días de quedar firme este pronunciamiento, plazo que coincide con el que fijó la Corte Suprema en Fallos: 330:3098, bajo apercibimiento de aplicar las medidas conminatorias que correspondiesen.

XX. Que las costas de ambas instancias deben imponerse al Estado Nacional en su condición de vencido (art. 14 ley 16.986), de conformidad con lo dispuesto por el art. 279 CPCCN y toda vez que no se advierten circunstancias excepcionales que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota.

USO OFICIAL

XXI. Que, sobre dicha base, deviene inoficioso pronunciarse respecto de los recursos interpuestos por los codemandados a fs. 616/617 y vta. y 619/620 sobre la distribución de costas (por su orden) que había formulado la jueza en la sentencia que por la presente se revoca.

Las costas de estas últimas apelaciones se imponen en el orden causado, dado que no es posible asignar en este punto a cualquiera de las partes la condición necesaria —de vencedora o de vencida— para definir la respectiva situación frente a esta condenación accesoria (Fallos: 329:1835 y 2733 y esta Sala "Telecom Argentina SA c/ Municipalidad de Quilmes [Ordenanza Fiscal 10045/05] s/ proceso de conocimiento" y "Petrobras Energía SA c/ EN-M° Economía-Ley 25.414 s/ proceso de conocimiento", sentencias del 12 de julio de 2011 y 8 de agosto de 2012, respectivamente, entre muchas otras).

XXII. Que los derechos constitucionalmente vulnerados encuentran adecuada tutela mediante la condena precedentemente referida, circunstancia que exime al Tribunal de tratar los agravios acerca del rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva de los codemandados Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro.

Sobre dicha base, dadas las particularidades del caso, las costas en relación con este capítulo del recurso deben imponerse en el orden causado (arg. art. 68, segunda parte, CPCCN).

Por ello, el Tribunal **RESUELVE**:

1) Denegar la petición formulada por la parte demandada a fs. 711 y vta. y 718/720 con el objeto de que se desglose la certificación agregada a fs. 706.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora, revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la acción respecto del Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Comunicación Pública) y condenarlo a que, por medio de quien corresponda, disponga la elaboración y presentación en la instancia de origen y en el plazo de treinta (30) días de quedar firme la presente, un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras América TV S.A. (Canal 2), Telearte S.A. (Canal 9), Televisión Federal S.A. (Canal 11), Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (Canal 13) y SNMP SE RTA SE (Canal 7), que se ajuste fielmente las pautas de proporcionalidad y equidad

establecidas precedentemente, bajo apercibimiento de aplicar las medidas conminatorias que correspondiesen, con costas de ambas instancias al Estado Nacional.

3) Declarar inoficioso un pronunciamiento sobre los recursos interpuestos por los codemandados a fs. 616/617 y vta. y 619/620, con costas en el orden causado; así como respecto de los agravios de la actora referidos al rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro, también con costas en el orden causado.

Regístrese, notifíquese por ujiería a las partes y en su despacho al señor Fiscal General y oportunamente devuélvase.

USO OFICIAL

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORAN

ROGELIO W. VINCENTI

SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 4

LIBRO DE SENTENCIAS

Registrado al Nº 90 Fº 172/82 Tº 2

ANTE MI

RODRIGO M. PARDO
PROSECRETARIO DE CAMARA