

## “El Gobierno al Desconocer la Fuerza Legal de una Sentencia de la Corte Suprema, Vulnera el Principio de Separación de Poderes”



*De esta forma se refirió Ezequiel Cassagne al modo en que el Estado desconoce las decisiones judiciales sobre temas sensibles como la pauta oficial. Entre otros temas, explicó qué caminos tienen los medios perjudicados para revertir esta situación*

A pesar que son varias las decisiones judiciales que condenaron al Gobierno a cumplir con la pauta oficial y no repartirla en forma arbitraria, el Estado no cesa en modificar su conducta.

Desde qué pueden hacer los medios que resultan perjudicados hasta la situación actual de Papel Prensa, la Ley de medios audiovisuales y la regulación de la venta de diarios, son temas que Abogados.com.ar abordó en una entrevista a fondo con [Ezequiel Cassagne](#), especialista en derecho administrativo y socio de Cassagne Abogados.

-¿Qué está ocurriendo con la publicidad oficial?

En la actualidad **muchos medios periodísticos son discriminados** en la distribución de la pauta oficial por parte del Gobierno Nacional. Llama la atención que esta **conducta arbitraria** continúe a pesar de las numerosas decisiones judiciales que la condenaron. El caso Perfil quizás sea el más elocuente. Como consecuencia de la constante discriminación, en el año 2006 dicha editorial interpuso un amparo judicial para que se le ordene a la Secretaría de Medios de Comunicación que cese de modo inmediato con la exclusión de la pauta publicitaria oficial a sus revistas y diarios. El ejemplo de la revista **Noticias era –y es- paradigmático dado que nunca se le otorgó ni un solo aviso.**

Tres años más tarde la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la acción de Perfil, ordenando al Estado Nacional que en el término de quince días disponga la distribución de publicidad oficial en sus distintas publicaciones, **respetando un equilibrio razonable** con aquellas de similares características. El Gobierno, no conforme con este resultado, recurrió a la Corte Suprema, quien el 2 de marzo de 2011, por el voto unánime de sus miembros, desestimó el planteo estatal, y confirmó la condena. Para así decidir, los jueces de la Corte se remitieron a los fundamentos examinados en la causa “Editorial Río Negro S.A”. En ese importante fallo, de hace ya cuatro años, la Corte Suprema entendió que **los medios tienen el derecho a no ser discriminados**, y aun cuando la distribución que se realice sea discrecional, en modo alguno puede disponerse de manera arbitraria e irrazonable.

-La Cámara Contencioso Administrativo ordenó hace unas semanas -en una causa con el Diario Perfil- que el gobierno cumpla el fallo de la Corte y que respete criterios equitativos. ¿Podría explicarnos esta situación?

Si bien la controversia debió haber concluido, el [Gobierno continúa discriminando a Perfil](#) en la referida asignación de pauta, incumpliendo la decisión judicial de la Corte en dicha causa. A su vez, también sigue discriminando a otras editoriales, apartándose de los claros estándares que la justicia ha fijado en el precedente Perfil, extensible a todos los demás medios de comunicación.

Esta conducta [estatal no sólo es inconstitucional porque importa una censura indirecta y una afectación a la libertad de expresión](#), sino también porque al desconocer la fuerza legal de una sentencia de la Corte Suprema de la Nación, [vulnera el principio de separación de poderes](#) propio de nuestra República.

Recientemente, Perfil se presentó a la justicia denunciando el referido incumplimiento, y a raíz de ello el juez de primera instancia le exigió expresamente al Estado el inmediato cumplimiento de la sentencia judicial dictada hace ya un año, fijándole pautas concretas, a la vez que decidió imponerle fuertes multas, hecho que ha tenido repercusiones públicas.

A pesar de ello, el Estado sigue incumpliendo, y como consecuencia de la apelación presentada por el propio Gobierno contra esta última decisión del juez de primera instancia, la Cámara volvió a exigirle que cumpla con la sentencia, a casi dos años de su dictado. Lamentablemente, esta nueva decisión judicial se limita a [exigirle al Estado que presente un plan de distribución](#). Esto le permitirá al Estado seguir incumpliendo, en la medida que no es difícil imaginar los planteos judiciales que dicho plan generará. A su vez, el Estado ya ha presentado el recurso extraordinario contra esta decisión de la Cámara. La conducta procesal del gobierno nos permite conocer su intención de dilatar todo lo posible el cumplimiento del fallo de la Corte.

-Si el Estado sigue sin cumplir, ¿qué medidas debería tomar Perfil al respecto?

La Justicia debe hacerse respetar, y lograr en forma inmediata que el Estado cumpla con el fallo de la Corte en la causa Perfil. Es inadmisibles esta situación actual. Se encuentra en juego, nada menos, que el principio de separación de poderes. Para ello, la Justicia debiera fijar importantes multas a los funcionarios y al Estado. La última decisión judicial revocó la multa que iba a imponer el juez de primera instancia, pero en su reemplazo [la Cámara fijó astreintes diarias de \\$1000](#). Este importe no es significativo en modo alguno, razón por la cual deberá elevarse considerablemente si lo que se pretende es hacer cumplir la sentencia. Estas sanciones también deben recaer en los funcionarios públicos que se niegan a cumplir con la justicia. Finalmente, se deben iniciar las correspondientes denuncias penales, en la medida que estamos en presencia del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

-¿Cómo está la situación actualmente con otros medios?

Los más perjudicados son los medios de Perfil y, desde hace algunos años, Clarín y la Nación. El comienzo de la discriminación a estos dos últimos medios coincide con el inicio del conflicto con el campo, y la guerra declarada a los medios de comunicación. A Perfil, en cambio, el Estado lo discrimina desde el año 2003, y más también. Por su parte, los medios que reciben cuantiosas sumas de dinero son Página 12, Miradas al Sur, Tiempo Argentino, revista Veintitrés, etc.

-¿Qué dice la ley en torno a esto y qué alega el Gobierno para no cumplirlo?

Esta pregunta es importante, pero su respuesta se encuentra vacía de contenido, toda vez que [en la Argentina no contamos con una ley que regule la publicidad](#)

[oficial](#). Asimismo, el argumento del Estado es meramente dogmático: la asignación de pauta oficial es una atribución discrecional. Pero lo que calla es que la discrecionalidad no puede ser ejercida de manera arbitraria, por ejemplo, violando el derecho de igualdad y discriminando a los medios por su línea editorial. Esto no está permitido en nuestro Estado de Derecho, y no debe ser tolerado. En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de los que ella no prohíbe, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia.

En rigor, [la Secretaría de Medios nunca ha explicado en la justicia los parámetros que usa para asignar la pauta oficial](#). Y a fines del año pasado, frente a la denuncia de incumplimiento de Perfil, dicha Secretaría utilizó conceptos tales como la “construcción de ciudadanía” o el “federalismo”, que carecían de aplicación y relevancia concreta para la asignación de pauta oficial a los medios de comunicación. Ello motivó que el juez de primera instancia sostuviera que la argumentación desarrollada por el Estado en este aspecto no resultaba mínimamente admisible, dado que se limitaba a exponer consignas y buenas intenciones genéricas que no alcanzan para justificar porqué se decidió, en cada supuesto, asignar pauta publicitaria a ciertos medios y no a los de Perfil, considerando el evidente [desequilibrio en perjuicio de los medios de esa editorial](#).

En ese fallo se advirtió, a su vez, que la aludida “construcción de ciudadanía” para justificar el otorgamiento de pauta, era el resultado de la indagación de los contenidos periodísticos de los medios, lo cual es, en palabras del propio juez, manifiestamente improcedente, dado que así “se viola palmariamente la garantía de la libertad de expresión”.

-¿Podría explicar sobre el fallo de la Corte que prohíbe exigirle a más de 30 medios periodísticos el pago de una supuesta deuda impositiva -sobre el IVA que reclama la AFIP- y que según entiendo está pronto a resolver?

Conforme con la práctica internacional de no gravar la libre circulación de las ideas (o hacerlo con alícuotas muy reducidas), los **medios estaban exentos del IVA al precio de tapa**, en tanto que sí estaban gravados en su venta de publicidad. El ex ministro Cavallo eliminó la exención pero buscó compensar el impacto económico: se firmaron los convenios de competitividad -en el marco de la ley de convertibilidad-, que si bien imponían un IVA del 10,5% al precio de tapa, permitían imputar las cargas sociales pagadas por una empresa como un pago a cuenta de dicho IVA; por su parte, los medios se comprometían a no despedir personal ni aumentar los precios. Es importante aclarar que los medios pagan un IVA del 21% sobre la publicidad que obtienen, siendo la publicidad su principal ingreso.

El régimen venció en marzo 2003, pero luego, por medio del decreto 746/03, se prorrogó su beneficio principal –la posibilidad de computar cargas patronales a cuenta de IVA- sólo para el sector de medios de comunicación hasta el 31 de julio de 2003, prometiéndose allí mismo que una vez finalizado dicho término, se iba a generar un régimen especial para el sector. Ante el incumplimiento de dicho compromiso, las empresas periodísticas nucleadas en las distintas cámaras (radios, diarios, revistas, televisoras) promovieron un juicio y obtuvieron una **medida cautelar que les permitió seguir imputando las cargas sociales a cuenta del IVA**, hasta tanto el Estado diera un nuevo régimen impositivo a los medios. El Estado consintió la medida, que quedó firme, y sigue en vigencia.

El 17/6/2009 la Corte Suprema de Justicia, frente a los intentos de la AFIP de desconocer la decisión cautelar, le ordenó a la AFIP, por resolución unánime, que se abstuviera de iniciar acciones o reclamos a las empresas adheridas.

-¿Qué es lo que reclaman y qué se espera que decida el Máximo Tribunal en torno a este tema?

En definitiva, se reclama que el Estado cumpla con el compromiso asumido de [generar incentivos para que en nuestro país no desaparezca la prensa seria y libre](#). Y me refiero a la prensa libre, porque reconozco que otros medios, más afines al gobierno de turno, cuentan con recursos estatales como el caso de la publicidad oficial.

Es evidente que en el caso se encuentra en riesgo la libertad de prensa, en la medida que las supuestas deudas millonarias de los medios los llevarán, de ser indebidamente exigidas, a la quiebra y asfixia económica, constituyéndose en un modo indirecto de afectación de dicha garantía constitucional. Por ello este tema tiene una gravedad institucional pocas veces vista.

-Tengo entendido que a La Nación le inhibieron los bienes por este tema. ¿Qué ocurrió?

La AFIP continúa desconociendo la resolución de la Corte por medio de la cual se le notificó la vigencia de la medida cautelar. El hecho de La Nación es insólito y arbitrario. La AFIP acudió a un juez incompetente, cuya incompetencia el mismo juez reconoció, pero no obstante ello ordenó trabar la inhibición general de bienes contra La Nación, por la supuesta deuda con el Fisco, que paradójicamente se originó a partir de la autorización que la medida cautelar antes comentada le concedió a los medios.

Estamos en presencia de un escándalo jurídico, en el cual [un juez que se declara incompetente dicta un a medida cautelar que desconoce una medida cautelar dictada por un juez competente](#) en el marco de un juicio avanzado, consentida por el Estado Nacional, y encima ratificada por la propia Corte Suprema de la Nación. Como no podría ser de otra forma, esta inhibición general de bienes fue revocada por la Cámara Contencioso Administrativo Federal.

-¿Es cierto que se ha vuelto a regular la venta y distribución de diarios y revistas?

Sí, es cierto, de hecho hemos vuelto a la regulación de 1946, que propició el entonces Presidente Perón. Es preciso señalar que, en ese momento, el derecho de parada consistía en una suerte de permiso de uso por el cual un vendedor (canillita) contaba con una exclusividad monopólica para vender los diarios, revistas y afines en la jurisdicción que le había sido otorgada. En efecto, conforme el régimen creado, para poder vender era necesario afiliarse al sindicato ya que sólo podía accederse al derecho de venta presentando las solicitudes y la documentación respectiva ante el sindicato.

Varias décadas después, a tenor del proceso de integración económica que ha seguido desde hace años el gobierno argentino en el marco de los acuerdos del Mercosur, se dictó el DNU 2284/91, que dejó sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional, las limitaciones a la información de los consumidores o usuarios de servicios de precios, calidades técnicas o comerciales y otros aspectos relevantes relativos a bienes o servicio que se comercialicen, y todas las otras restricciones que distorsionen los precios del mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y la demanda.

A su vez, el mismo acto estatal estableció la derogación de todas las normas que se opusieran a ello. Sin perjuicio de ello, en el año 2000 se dictó el decreto 1025, estableciéndose el principio desregulatorio fundamental por el cual se aclara la posibilidad de editar, distribuir y vender diarios, revistas y afines, en un régimen de libre competencia y sin restricciones. Por ello pudimos comprar revistas y diarios en supermercados o estaciones de servicio.

Pero en el año 2009, este actual Gobierno emitió el Decreto 1693, que modificó el régimen comentado, y volvió a reafirmar la estabilidad y el derecho de parada, y su prioridad en la distribución, venta y entrega de las publicaciones en los ámbitos oportunamente reconocidos. En el mes de septiembre de 2010, el Ministerio de



Trabajo dictó la reglamentación, estableciéndose un nuevo régimen que consagró la “prioridad absoluta” a favor de aquellos sujetos que realizan la actividad comercial de distribución y venta de diarios, revistas y afines.

Este decreto y su reglamentación son inconstitucionales, dado que el Poder Ejecutivo no puede modificar, derogar, ni alterar el espíritu de las leyes, y esto alcanza no sólo a los decretos del poder ejecutivo, sino también a todas las resoluciones que emanan de los demás órganos de la administración habilitados para dictarlas.

Por tal motivo, en atención a que el DNU de desregulación y su ley ratificatoria constituyen normas superiores jerárquicamente al decreto autónomo 1693/09 y su reglamentación, puede advertirse fácilmente que se han conculcado el orden de prelación de las normas jurídicas que rigen en nuestro sistema democrático constitucional argentino, y el principio de legalidad.

Claro que el ejercicio de las actividades comerciales y de ejercer industria lícita puede ser restringida o limitada a través de lo que se conoce como poder de policía. Sin embargo, existe un valladar obvio en esta materia que consiste en que el ejercicio de esta potestad estatal le compete exclusivamente al Congreso de la Nación y, por ende, la función administrativa de policía requiere, en todos los casos, de una ley). Vale decir, [la Administración carece de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscripta en razón de la materia.](#)

Por su parte, los actos reglamentarios cuestionados adolecen de ilegitimidad e inconstitucionalidad absoluta y manifiesta por [catalogar a los “canillitas” y distribuidores como “trabajadores”, cuando en realidad son “cuentapropistas” o “comerciantes”](#). No resulta en modo alguno posible, hoy en día, sostener que posean una dependencia de tipo laboral respecto de los editores. De hecho, la relación existente entre los editores y distribuidores, y los editores y vendedores se limita a la entrega y devolución (con pautas prefijadas en el último caso) de los

ejemplares publicados para su venta. Así lo tiene dicho la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la Cámara Civil, y la Cámara Civil y Comercial Federal.

-¿Qué otras regulaciones que afectan a la libertad de prensa observa?

Lamentablemente, varias más. La ley de medios audiovisuales, por ejemplo, tiene una única finalidad visible, la de intentar desmembrar al grupo Clarín. [Llama la atención la violación al principio de no retroactividad de la ley, al derecho de propiedad](#), y también al [principio de los propios Actos](#), en la medida que muchas de esas licencias fueron concedidas o prorrogadas hace pocos años, por el gobierno del Kirchner.

El tema de la ley de medios se encuentra judicializado, y a fin de año, más precisamente el 7 de diciembre, tendremos nuevos sucesos, dado que el Estado seguramente intentará que en esa fecha se realice la desinversión de dicho grupo, cuando lo cierto es que, en el peor de los casos, recién ahí comenzaría el plazo de un año dispuesto en el famoso artículo 161 de la ley, sin perjuicio del derecho de Clarín de pedir una nueva cautelar, o la extensión de la misma, en tanto no veo que hubiesen desaparecido ni el peligro en la demora ni la verosimilitud del derecho que estuvieron presentes al momento del dictado de la medida cautelar que actualmente protege a dicho grupo.

En rigor, considero que [es impensado fijar en términos generales un "plazo razonable" para las medidas cautelares](#), que prescinda del peligro en la demora que motiva cada dictado. Es más, si en un caso concreto pudiera establecerse un plazo, la concesión realizada de dicha medida cautelar generaría severas dudas porque el peligro tendría que justificarse únicamente para cierto plazo de tiempo. ¿Y luego? O desaparece el peligro y la urgencia, lo que me llevaría a pensar si ciertamente existió o, lo que es peor aún, el ciudadano o la empresa simplemente queda desprotegido y se frustra definitivamente su derecho.

No debe pasarse por alto que [las medidas cautelares son hoy en día la herramienta más eficaz para controlar a la Administración Pública](#). Fijarles un plazo de vigencia desnaturalizaría un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial - tan caro a todo Estado de Derecho- y privaría a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces.

Otra grave afectación es la [nueva ley que regula la producción y venta de papel celulosa para diarios](#). En realidad, es una ley hecha a medida para perjudicar a Papel Prensa, cuyos accionistas principales son Clarín y La Nación. Esta ley obliga a producir el papel necesario para abastecer el mercado interno de papel para diarios, sin distinguir si esa producción es o no rentable. En otras palabras, [se trata de una “producción compulsiva”](#). Asimismo se obliga a la empresa a vender el papel para diarios conforme a la fórmula prescripta en la ley, la cual contempla una tasa obligatoria de rentabilidad, que no incluye ciertos costos necesarios para la fabricación del producto final (costos de administración y comercialización, entre otros). Esta [fórmula de precio es incompatible con mercados abiertos en los cuales se da una alta competencia de productos importados](#), como es el de papel en general, y el de papel para diarios en particular. En tal entendimiento, el precio que la ley fija puede resultar más bajo que el precio del papel importado, lo que redundará en una pérdida de rentabilidad, o bien, puede resultar más alto, lo que también generaría pérdida de rentabilidad como consecuencia de la pérdida de ventas.

Esta ley también contiene un [régimen de inversiones obligatorias absurdo y arbitrario, que ignora la voluntad de los accionistas privados](#), reconociéndose al mismo tiempo al Estado un derecho a suplantar la voluntad social y a efectuar en forma discrecional dichas inversiones, generando el acrecentamiento de la participación accionaria estatal.

Por otra parte, más allá de la expropiación indirecta que esta medida conlleva, no se entiende la finalidad de dicha regulación, más aun cuando [el papel de diarios no es un mercado escaso que deba regularse](#), y menos aún monopolístico o distorsivo, en la medida que muchos editores pueden abastecerse de papel para

diarios –y se abastecen- importando ese producto, que tiene arancel cero, no siendo por ese motivo más caro que el producido localmente.

- ¿Cómo ve el escenario futuro para la prensa?

Veó un escenario sumamente difícil, en el cual la Justicia –y más precisamente la Corte- será determinante a los fines de controlar y fijarle límites al Poder Ejecutivo.

Espero sinceramente que esta [situación de tensión permanente con la prensa](#), que ha generado innumerables menoscabos, [termine cuánto antes](#). La libertad de prensa debe existir si se aspira a seguir viviendo en democracia. La Constitución Nacional, como señalaba Bidart Campos, da por supuesto que debe haber y que hay prensa. Este prestigioso jurista explicaba, a su vez, que cuando la Constitución habla de prensa, está mentando la prensa privada. Es que es un sano principio postular la prensa privada. Una sociedad que carece de prensa es una sociedad sin horizonte, sin progreso, sin libertades.

Publicado en: <http://www.abogados.com.ar/el-gobierno-al-desconocer-la-fuerza-legal-de-una-sentencia-de-la-corte-suprema-vulnera-el-principio-de-separacin-de-poderes/10846/2>