

LAS TÉCNICAS PROMOCIONALES PARA LOS MEDIOS GRÁFICOS DE COMUNICACIÓN

EZEQUIEL CASSAGNE

*"El jurista elabora su sistema antes de abrir los ojos a la realidad normada.
El desprecio olímpico de las circunstancias concretas que concurren en los conflictos de intereses
provoca una excesiva tendencia a la abstracción y a las generalizaciones ineficaces.
Ningún físico se entretuvo en buscar una definición exacta
de la electricidad en vez de comprobar sus efectos".*

(José Luis Villar Palasí)

I. INTRODUCCIÓN

Jordana de Pozas postuló hace muchos años su ya clásica división tripartita de las formas de intervención del Estado, entre las que se encontraban la actividad administrativa de policía, el servicio público y el fomento¹. Para este autor, el fomento era la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos.

Este concepto ha sido últimamente reformulado en España, en tanto autores como Fernández Farreres² y López Muñiz³ proponen abandonar la finalidad como elemento definitorio de la figura y poner el acento en la estructura interna de esta técnica

¹ Jordana de Pozas, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, 1949, pp. 41/54.

² Fernández Farreres, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 51 y sigs.

³ Martínez López Muñiz, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública", en AA VV, *Libro homenaje al Profesor José Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, p. 756.

interventora, que importa la concesión de bienes a sujetos determinados, por razón de las actividades que le son propias, quedando afectados a su realización. López Muñiz incluso propicia hablar de ayudas públicas, en vez de utilizar la voz clásica de fomento.

En nuestro medio, De la Riva, cuya tesis doctoral versó sobre las ayudas públicas, explica que el intento de hacer girar la noción de fomento en torno a su finalidad y a la ausencia de coacción, no se condice con la realidad de la figura, toda vez que una finalidad proteccionista de fomento puede alcanzarse por medio de la coacción, como ser el fomento del “compre nacional”, mientras que la protección del orden público –poder de policía– puede hacerse a través de la disuasión⁴.

Para este autor, el elemento distintivo de las ayudas públicas o del fomento es la coincidencia de los intereses público y privado, siendo posible “que el particular actúe voluntariamente en la dirección esperada, ya que persiguiendo su propio provecho contribuirá al interés general”, mientras que “el núcleo jurídico de la relación entablada entre la Administración que concede la ayuda y el beneficiario que la recibe está dado por la afectación de los bienes otorgados a la actividad en vistas de la cual se confieren”⁵.

En la Argentina no se utiliza ya tanto el término fomento, sino más bien se hace referencia a actividades de promoción o de protección de industrias o actividades económicas⁶. A su vez, la utilización del término promoción se realiza en su acepción amplia, es decir, equivalente a fomento, dado que abarca técnicas de promoción y de protección, como fue dispuesto, por ejemplo, en la Ley de Promoción Industrial N° 21.608.

En tal sentido, entre estas medidas de promoción podemos encontrar diversas técnicas de favorecimiento, como ser las exenciones fiscales, los diferimientos tributarios o cualquier beneficio fiscal, los reembolsos de derechos arancelarios, los cupos de importación y exportación, los monopolios legales, los subsidios directos e indirectos, las subvenciones, los préstamos preferenciales, las dispensas de obligaciones legales, reglamentarias o contractuales, los premios, honores, recompensas, etcétera.

En este trabajo se abordará la situación actual de fomento a los medios gráficos de comunicación de la República Argentina, entre los cuales se encuentran los principales diarios del país, los periódicos existentes en cada provincia, y las diversas revistas y publicaciones que se editan en el territorio argentino. En tal sentido, se examinará, primero, cómo se ha configurado esta relación, a los fines de conocer detenidamente el régimen y su concreta aplicación. Se intentará, luego, esbozar algunas ideas para mejorar la técnica de ayuda pública a esta importante actividad para el desarrollo republicano de nuestro país. Finalmente, indagaremos sobre el deber, o no, de fomentar la libertad de prensa.

⁴ Véase De la Riva, Ignacio, “La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual”, en AA VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 416.

⁵ Cfr. De la Riva, Ignacio, “La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual”, *op. cit.*, p. 417.

⁶ Véase Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre las ayudas públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 2003-601.

II. EL CONVENIO DE COMPETITIVIDAD DEL AÑO 2001 Y LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ACOMPAÑARON SU DICTADO

Desde siempre, y hasta fines de los años noventa, el Estado Nacional entendió que la actividad de las empresas del sector de los medios de comunicación social no tenía que ser gravada con el Impuesto al Valor Agregado –IVA–. Ello fue así hasta el dictado de la Ley N° 25.063, que gravó las actividades de los medios de prensa y de expresión en general, no alcanzados hasta ese momento por dicho impuesto.

Esta nueva legislación estableció una política conectada con los postulados de la escuela económica que pretendía imponer el entonces Ministro de Economía Dr. Domingo Cavallo, por medio de la cual se unificaron las tasas del IVA. Sin embargo, en los casos que el Estado considerase justificado ayudar a determinado sector, se resolvió otorgar medidas compensatorias. La idea era que los subsidios fueran explícitos y que ciertas actividades, en la realidad, no asumieran la nueva carga impositiva.

En tal sentido, tras la sanción de la Ley N° 25.063, los ingresos de las empresas del sector derivados de las ventas de diarios, revistas y publicaciones periódicas se gravaron con una alícuota del 10.5%⁷, y para los ingresos por venta de publicidad se determinó la alícuota general del 21%. No obstante, bajo las circunstancias descriptas, y de cara a mantener la situación fiscal anterior, el Congreso de la Nación dictó la Ley N° 25.414 y, a través de esa normativa, autorizó al Poder Ejecutivo de la Nación a suscribir los Convenios de Competitividad con los representantes empresariales y sindicales de los distintos sectores de la economía nacional.

De tal manera, dicho plexo legal dispuso que el Poder Ejecutivo estaba facultado para “disminuir tributos y tasas de orden nacional, con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones y atender situaciones económico-sociales extremas. Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos de los saldos a favor a que se refiere el párrafo primero del Artículo 4° de la Ley de Impuesto al Valor Agregado –t.o. 1997–, así como regímenes de regularización y facilidades de pago”.

Asimismo, esa misma ley delegante estableció que el Estado Nacional debía “dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía, exceptuando expresa e integralmente toda derogación, modificación y suspensión de la Ley de Convertibilidad N° 23.928, de los Códigos Civil, de Minería y de Comercio o en materia penal, tributaria [...]”⁸.

⁷ Conforme Ley de IVA, Artículo 28, inc. g), t.o. según Decreto N° 733/2001.

⁸ Artículo 1°, apartado II, punto e) de la Ley N° 25.414.

Así, se dictó el Decreto N° 730/2001, que reconoció los beneficios respecto de cada sujeto que suscribiera los Convenios para Mejorar la Competitividad y la Generación de Empleo. Por medio de estos instrumentos, se establecieron los siguientes beneficios: a) exención del impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresario; b) exención del impuesto a la ganancia mínima presunta; c) cómputo como crédito fiscal de IVA de los montos abonados en concepto de contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino al Sistema Único de la Seguridad Social; y d) determinación de una alícuota diferencial de IVA para determinadas actividades.

De ese modo, las empresas editoras de diarios y revistas suscribieron el Convenio con fecha 24 de mayo de 2001, aprobado por Decreto N° 761/2001. Otras empresas de medios de comunicación hicieron lo propio: las de radiodifusión mediante el Convenio aprobado por Decreto N° 1.436/2001, las de televisión, el aprobado por Decreto N° 1.522/2001, etcétera.

En los considerandos del Decreto N° 761/2001, se expresó: “[...] en los referidos Convenios, celebrados con el objeto de mejorar la competitividad nacional e internacional del sistema productivo argentino, cada una de las partes asumió una serie de compromisos, a fin de crear las condiciones favorables a la inversión y al empleo y contribuir a la paz social. Que, asimismo, el gobierno nacional se comprometió a propiciar políticas activas, tendientes a reactivar la producción y estimular la creación de puestos de trabajo. Que, en esta instancia, corresponde dar por aprobados los Convenios de que se trata, a fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos tenidos en cuenta al momento de su celebración”.

En función de ese bloque normativo, se puso de resalto que los compromisos asumidos por el Estado Nacional debían mantenerse “en la medida que las partes cumplieren cabal y oportunamente con los suyos” –Artículo 5°, Decreto N° 730/2001–.

Así, a la luz de ese acuerdo, y sobre la base de las pautas normativas antes expuestas, se asumieron los siguientes compromisos:

1) El gobierno nacional se obligó a: a) mantener la alícuota del 10.5% de IVA sobre las ventas, elaboración por encargo e importaciones de diarios, revistas y demás publicaciones periodísticas; b) otorgar al pago de las contribuciones patronales el carácter de crédito fiscal en el IVA; y c) eximir del pago del impuesto a la ganancia mínima presunta.

2) Las empresas se comprometieron a: a) realizar los esfuerzos conducentes a preservar los niveles de empleo existentes a la fecha de suscripción del acuerdo hasta el 31 de marzo de 2003, y a incrementar la productividad, la producción y las exportaciones; y b) no aumentar los precios al público vigentes al 30 de abril de 2001 por la venta de diarios, revistas y publicaciones periodísticas.

El Convenio de Competitividad del sector rigió hasta su fecha de terminación, esto es, hasta el día 31 de marzo de 2003.

III. LOS BENEFICIOS PROMOCIONALES *EX POST* DEL ACUERDO DE COMPETITIVIDAD

Transcurridos unos cuantos meses desde su implementación, el Estado Nacional decidió que iba a mantener uno de los beneficios acordados a las empresas periodísticas para cuando finalizaran los Convenios de Competitividad. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 52 del Decreto N° 1.387/2001, se dispuso mantener el beneficio de computar cargas patronales a cuenta de IVA. Así, se estableció el 1 de noviembre de 2001 la prórroga del cómputo de las cargas patronales, de la siguiente forma: “a partir del 1 de abril de 2003, los responsables del Impuesto al Valor Agregado podrán computar como crédito fiscal del gravamen, las contribuciones patronales sobre la nómina salarial devengadas en el período fiscal y efectivamente abonadas al momento de presentación de la declaración jurada del tributo, establecidas en el Artículo 2° o del Decreto N° 814 del 20 de junio de 2001 y sus modificaciones y en el Artículo 4° de la Ley N° 24.700, en el monto que exceda al que corresponda computar de acuerdo con el Artículo 4° del mencionado Decreto N° 814/2001 o, en su caso, las contribuciones patronales que se encuentren vigentes a dicha fecha”.

Esta política de fomento tuvo una conducta dirigida a salvaguardar a ciertos sectores esenciales, como son los medios de comunicación social, nacionales y provinciales. Sin embargo, el citado Artículo 52 tuvo poca vida, ya que el Decreto N° 746/2003 lo derogó a partir del 1 de abril de 2003, con excepción de las empresas periodísticas y del transporte automotor de cargas, dado que el Artículo 2° del Decreto N° 746/2003 eximió de la aplicación de esa derogación a esas empresas, pero sólo hasta el 31 de julio de 2003.

Ciertamente, de ese modo, se reconoció que los medios de comunicación social –nacionales y provinciales– se encontraban en una situación especial y se aludió a que ellos estaban atravesando una “crisis terminal” –así descripta en el propio decreto–, producto de una “marcada baja de la actividad productiva y de un fuerte incremento en la presión tributaria”. A su vez, en los considerandos del citado decreto, el Estado Nacional declaró su voluntad expresa enderezada a “estudiar con mayor profundidad la problemática de los mismos a fin de encontrar una solución alternativa”. Y, respecto de los medios periodísticos, se tuvo en cuenta su caso en particular, al señalarse “que, en el caso puntual de los medios de comunicación, éstos no estaban alcanzados por el Impuesto al Valor Agregado, circunstancia que se modificó con la generalización del tributo para todo el sector a partir de la sanción de la Ley N° 25.063”.

Vencido el plazo que concedía el Decreto N° 746/2003, el Estado no adoptó hasta el día de la fecha medida alguna tendiente a encontrar una solución alternativa a la situación del sector.

IV. PRIMER CONFLICTO JUDICIAL: EL RECLAMO DE AYUDA PÚBLICA PARA EL SECTOR DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LA JUDICIALIZACIÓN DEL FOMENTO

Al no haberse adoptado alguna medida definitiva o transitoria que diere solución a la grave situación que los medios periodísticos decían atravesar, se formularon sucesivos reclamos por parte del sector. Vale simplemente recordar las numerosas solicitadas de parte de todas las asociaciones del sector —Asociación de Editores de Diarios de Buenos Aires “AEDBA”, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas “ADEPA”, Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes “CEMCI”, Asociación de Diarios del Interior de la República Argentina “ADIRA”, Asociación Argentina de Editores de Revistas “AAER”, etcétera—.

Finalmente, en ese año 2003, las Cámaras de todos los medios de prensa promovieron una demanda judicial contra el Estado Nacional⁹. En ese proceso judicial se obtuvo una medida cautelar que ordenó al Estado Nacional no innovar con relación a la vigencia del beneficio previsto en el Decreto N° 746/2003 y, como consecuencia de ello, se permitió computar como crédito fiscal del IVA lo abonado en concepto de aportes patronales. Esa decisión judicial cautelar no fue apelada en su momento por el Estado Nacional, aunque años después presentó un pedido de levantamiento de la medida cautelar. Este planteo de la demandada fue rechazado por el juzgado, al considerar que no se habían modificado las circunstancias de hecho y de derecho del caso, según lo previsto por el Artículo 203 del Código adjetivo. Sin embargo, la Cámara revocó la resolución del juzgado e hizo lugar al pedido de levantamiento de medida cautelar. Contra esta última decisión judicial las entidades dedujeron un recurso extraordinario federal, que fue concedido por gravedad institucional.

Dichas entidades formularon, ante la Corte Suprema de la Nación, un requerimiento a los fines de que se ordenara a la AFIP abstenerse de iniciar cualquier procedimiento tendiente a exigir las deudas a las empresas del sector en atención al carácter suspensivo que se desprendía de la concesión del recurso extraordinario. En virtud de esa petición, el Alto Tribunal nacional dispuso el 17 de junio de 2009 que, en atención a los hechos denunciados por las entidades, se hacía saber a la AFIP que la medida cautelar dispuesta en esa causa continuaba en vigor hasta tanto esa Corte se expidiera sobre el recurso extraordinario planteado y concedido contra la resolución judicial de la Cámara.

Los fundamentos de la pretensión judicial expuesta por las entidades del sector son los siguientes: a) que el sector de los medios de prensa y de información pública resulta esencial por el rol institucional que cumple, y requiere de un tratamiento especial, lo cual así puede inferirse del bloque normativo en cuestión, hasta el dictado del Decreto N° 746/2003; b) que deben preservarse especialmente los bienes o

⁹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, *in re* “AEDBA c/ Estado Nacional s/ medida cautelar autónoma”, Expediente N° 41.368/2003.

patrimonios culturales –provinciales y nacionales– a tenor de lo prescripto por la Ley Nº 25.750, en orden a resguardar su importancia vital para el desarrollo, la innovación tecnológica y científica, la defensa nacional y el acervo cultural –ello, como así también lo requiere por mandato legal: el patrimonio antropológico, histórico, artístico y cultural; las empresas dedicadas a la ciencia, tecnología e investigación avanzada que resultan fundamentales para el desarrollo del país; actividades e industrias de relevante importancia para la defensa nacional; y todo el espectro radioeléctrico y los medios de comunicación–¹⁰; y c) que ese sector ha atravesado por una severa “crisis terminal” que ha puesto en serio riesgo su continuidad empresarial.

El Estado, por su parte, sostiene que ningún sector tiene derecho a un régimen de promoción. Las empresas, por su lado, siguen computando cargas patronales a cuenta de IVA desde el año 2003, en virtud de la medida cautelar conseguida. El recurso extraordinario continúa tramitando ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

V. SEGUNDO CONFLICTO JUDICIAL: LA PRETENSIÓN DEL ESTADO NACIONAL DE DAR POR CAÍDOS LOS BENEFICIOS UTILIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LOS CONVENIOS DE COMPETITIVIDAD –DEL 2001 AL 2003–

Tras la suscripción del Convenio de Competitividad en el año 2001, la crisis económica de nuestro país se agravó considerablemente. La gravedad de la situación de emergencia que vivió en ese momento el país, llevó al Estado a adoptar ciertas decisiones orientadas a revertir dichas circunstancias. Tales medidas evidenciaron una intervención estatal intensa en las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado. En ese contexto, el día 6 de enero de 2002 el Congreso dictó la Ley Nº 25.561, que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria –Artículo 1º–; autorizó –en lo que interesa a esta presentación– al Poder Ejecutivo Nacional a establecer la relación de cambio entre el peso argentino y las divisas extranjeras –Artículo 2º–, a reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales –Artículo 1º, inc. 2º–, a reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el Artículo 2º –Artículo 1º, inc. 4º–; y dispuso la derogación del Artículo 1º de la Ley de Convertibilidad –Artículo 3º–.

En ejercicio de dicha delegación, el Decreto Nº 260/2002 estableció un mercado único y libre de cambios entre la moneda nacional y las divisas extranjeras, en el cual se produjo una sustancial devaluación de la moneda. En este escenario, algunos diarios aumentaron sus precios de tapa, justificando esa acción unilateral por el aumento considerable de los costos y la caída de los ingresos de las empresas editoras de diarios. Varios medios de comunicación y entidades pidieron al Estado Nacional la

¹⁰ Cfr. Artículos 1º y 2º de la Ley Nº 25.750.

readecuación a la nueva realidad económica del Convenio de Competitividad aplicable al sector. Entre sus argumentos, sostenían que la Ley N° 24.414 prohibía al Poder Ejecutivo “toda derogación, modificación y suspensión de la Ley de Convertibilidad N° 23.928” y que, por ende, no era posible prever la posterior situación generada con motivo del dictado de la Ley N° 25.561.

Así las cosas, el 20 de junio de 2002 se dictó el Decreto N° 1.072/2002, cuyo Artículo 1° dispuso: “[...] los beneficios otorgados por el gobierno nacional, en función del Convenio para Mejorar la Competitividad y la Generación de Empleo, a las empresas editoras de diarios, revistas y publicaciones periódicas, resultarán aplicables a los sujetos en él comprendidos, aun cuando se incrementen los precios al público de los mencionados productos, vigentes al 30 de abril de 2001, siempre que el aumento promedio de los mismos no supere al que surja de la aplicación de la variación del índice de precios al consumidor nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, dependiente de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía, entre el mes de enero de 2002 y el mes anterior al que se produzca el referido incremento de precios”.

Sin perjuicio de ello, el Estado Nacional comenzó a dilucidar la situación de aquellos medios que habían aumentado los precios con anterioridad a la autorización dada por el Decreto N° 1.072/2002. Ese período, que habría quedado sin autorización, abarcaba tres meses. Esto originó la emisión de una serie variada de dictámenes de parte de distintos órganos de asesoramiento legal y técnico de la Administración Federal de Ingresos Públicos –AFIP– como, asimismo, de la Dirección Nacional de Impuestos y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía. En síntesis, los dictámenes sostuvieron que: a) el Decreto N° 1.072/2002 carecía de efectos retroactivos; b) el incremento del precio de tapa dispuesto con anterioridad a la vigencia del citado decreto constituía un incumplimiento del Convenio; y c) dicho incumplimiento provocaba la caducidad de los beneficios en forma definitiva.

En tal cuadro de situación, las empresas y entidades del sector promovieron, el día 11 de mayo de 2007, un reclamo administrativo previo en los términos del Artículo 30 de la LNPA, por el cual se requirió que se declare por resolución de ese Ministerio que el incremento de los precios de tapa a los que se vieron obligadas las empresas editoras de diarios –en el período comprendido entre la sanción de la Ley N° 25.561 y el dictado del Decreto N° 1.072/2002– se encuentra justificado en las medidas dispuestas con motivo de la Ley N° 25.561, y que ello no torna procedente la declaración de caducidad de los beneficios previstos en el régimen de competitividad. También solicitaron que se reconozca el derecho de las empresas editoras de diarios y revistas a mantener la ecuación económico-financiera establecida en su momento en el Convenio de Competitividad a través del procedimiento de adecuación o revisión contractual. Las empresas sostuvieron que eran aplicables las teorías del hecho del príncipe, de la imprevisión y el principio conocido como *exceptio non adimpleti contractus*, figuras aplicables a toda relación contractual.

Pues bien, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas dictó el día 3 de febrero de 2010 la Resolución N° 58, por la cual desestimó el reclamo administrativo previo deducido por todas las entidades. En ese acto se reconoció la naturaleza contractual de los Convenios de Competitividad, bajo estos términos: “que, sobre el particular, en primer término, corresponde señalar que los denominados Convenios para mejorar la Competitividad y la Generación de Empleo constituyen un régimen especial, de naturaleza contractual o convencional, creado con el objeto, según se expresa en los considerandos del Decreto N° 730 de fecha 1° de junio de 2001, de mejorar la competitividad nacional e internacional del sistema productivo argentino, crear las condiciones favorables a la inversión y al empleo y contribuir a la paz social, a través de los cuales cada una de las partes asumía una serie de compromisos que caducaban y tendrían finalización el 31 de marzo de 2003 o, en su caso, el 31 de diciembre de 2003, según se haya acordado en el respectivo Convenio, y que sólo se mantendrían en la medida que las partes cumplieran cabal y oportunamente con los propios”.

Seguidamente, la resolución hizo alusión a los aumentos de precio de tapa, y consideró que “se ha operado la caducidad de pleno derecho de los beneficios previstos en los aludidos Convenios”. Dicha caducidad, reconocida ahora por el Ministerio de Economía, significa la caída de todos los beneficios promocionales otorgados en esos casi dos años. Esto significaría la devolución de todas las sumas no abonadas en concepto de IVA –al computar, conforme a los Convenios de Competitividad, los aportes patronales como crédito de IVA– y del impuesto a la ganancia mínima presunta –eximido de pago por esa misma contratación pública–, desde el año 2001 hasta el 31 de marzo de 2003.

Respecto del incumplimiento del gobierno nacional en mantener la competitividad¹¹, se dijo: “[...] que de la simple lectura de todas y cada una de las cláusulas que conforman el Convenio suscripto con el sector resulta que las obligaciones asumidas por el gobierno nacional consistieron en: 1) aplicar la alícuota del 10,5% en el Impuesto al Valor Agregado, sobre las ventas, elaboraciones por encargo e importaciones de diarios, revistas y publicaciones periódicas; 2) otorgar al pago de las contribuciones patronales destinadas al Sistema Único de la Seguridad Social –excepto Obras Sociales– el carácter de crédito fiscal en el Impuesto al Valor Agregado; y 3) eximir del pago del impuesto a la ganancia mínima presunta. Que en ninguna de sus partes del citado Convenio se hace referencia, ni directa ni indirectamente, al mantenimiento de algún tipo de paridad o estabilidad cambiaria. Que, consecuentemente, las propias cláusulas del Convenio constituyen prueba indubitada de la improcedencia de esa argumentación, motivo por el cual se estima que corresponde desechar el agravio vertido por las reclamantes en cuanto a que su incumplimiento fue consecuencia de uno previo por parte del gobierno nacional”.

¹¹ Véase lo dispuesto en el Artículo 1°, inc. e) de la Ley N° 25.414, por el cual, como ya se ha dicho, se produjo la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo en orden a habilitar la suscripción de los Convenios de Competitividad.

En este escenario, las entidades iniciaron una acción judicial de reconocimiento de derechos, por medio de la cual solicitaron, a su vez, el dictado de una medida cautelar tendiente a evitar que el Estado Nacional le reclame esas sumas millonarias, tomadas hace más de ocho años.

El día 16 de abril de 2010, la justicia nacional de primera instancia en lo contencioso administrativo federal decidió otorgar la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Nacional y a la AFIP que no reclamen las sumas de dinero involucradas hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada en la causa¹². La medida cautelar fue apelada por el Estado Nacional, y la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal decidió revocarla por entender, entre otras razones, que los cuestionamientos vertidos por las entidades remiten a cuestiones que son meras discrepancias, y que no se advierte la existencia de la eventual caducidad de los beneficios, dado que la Resolución N° 58/2010 en modo alguno se pronuncia acerca de tal caducidad.

Las entidades presentaron un recurso extraordinario, para que fuera la Corte Suprema quien dirima esta controversia.

VI. LA NECESIDAD DE UNA RELACIÓN DE FOMENTO TRANSPARENTE, PRECISA Y SIN CONDICIONAMIENTOS

La relación de fomento entre el Estado Nacional y los medios de comunicación debe ser necesariamente muy transparente y precisa, procurando evitar la más mínima ambigüedad, dado que la libertad de imprenta, como ha dicho la Corte Suprema de la Nación, “es uno de los pilares del sistema constitucional de gobierno”¹³ y, “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal”¹⁴.

Siendo una actividad tan importante para el funcionamiento de nuestra República, no debieran existir medios indirectos que puedan afectar la libertad de expresión. Los Doctores Fayt, Petracchi y Bossert resaltaron, en el precedente “Emisiones Platenses S.A.”, que “la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas”¹⁵.

¹² Véase Resolución del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 6, *in re* “AEDBA y otros c/ EN –M° de Economía– Resolución N° 58/2010 s/ proceso de conocimiento”, de fecha 16-4-2010.

¹³ Fallos: 252:244.

¹⁴ Fallos: 248:291.

¹⁵ Fallos: 320:1.191, voto en disidencia de los Doctores Fayt, Petracchi y Bossert.

Un ejemplo de ello es la distribución de la publicidad oficial. En el trascendente fallo “Editorial Río Negro S.A.”, de hace ya tres años, la Corte Suprema, si bien entendió que los medios no cuentan con un derecho constitucional a que se les distribuya pauta oficial, sí 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 irrazonable¹⁶.

En ese caso, la Corte sostuvo: “es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura, o bien para colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica”. Y, luego, el tribunal afirmó: “[...] existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos [...] por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones”¹⁷. Es importante destacar que la publicidad oficial no constituye una ayuda pública a los medios de comunicación, sino que es fruto de una relación contractual comercial concertada con el Estado, para informar a los ciudadanos¹⁸. Sin embargo, hemos considerado útil traer a colación su caso para indicar un modo indirecto, de contenido económico, de afectar la libertad de expresión.

La Corte Suprema formuló, en la causa “Río Negro”, un justo y sano reproche a las vías directas e indirectas —adoptadas por el Estado— que llevan a la afectación de la libertad de prensa. En efecto, allí se fijó un claro estándar en la materia al señalarse que “no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta”. Y, respecto de esos últimos, destacó que “los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de las ideas. Esta Corte ha señalado la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que ‘los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etcétera, han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas’ —Fallos: 320:1.191, disidencia de los Jueces Fayt, Petracchi y Bossert—. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su Artículo 13,

¹⁶ Fallos: 330:3.908, de fecha 5-9-2007, LL, 2008-A, p. 191. En igual sentido, véase CNCAF, Sala IV, *in re* “Editorial Perfil S.A. y otro c/ Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros”, LL, 2009-B, p. 17. Ver Sagüés, Néstor P., “Problemas constitucionales por la distribución de la publicidad oficial en los medios de difusión”, JA, 2007-IV-462. Para profundizar sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, ver Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 188 y sigs.

¹⁷ Fallos: 330:3.908, Considerando 11, apartados c) y e).

¹⁸ Cfr. Badeni, Gregorio, “Publicidad oficial y derecho a la información”, LL, 2007-E, p. 590.

inc. 3°, que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Por su parte, Marienhoff advirtió que la libertad de prensa no sólo excluye la censura previa, sino también todos los comportamientos que materialmente impidan, obstruyan o dificulten el ejercicio mismo del derecho de prensa¹⁹.

En nuestra opinión, la tensión generada por el régimen de fomento que se ha descripto en los capítulos precedentes atenta contra la sana relación que debe articularse entre el Estado y los medios de comunicación a los fines de su promoción. Hemos llegado incluso al peor escenario, donde el Estado reclama sumas millonarias que, entiende, los medios le adeudan y éstos, en el marco de varias contiendas judiciales, acusan al gobierno de intentar por estos fines someter a la prensa libre.

En tal cuadro de situación, debemos replantear la técnica de fomento utilizada por el Estado Nacional para ayudar a los medios de comunicación. Se observa, así, que hubo cuatro etapas bien diferenciadas de esta relación. En la primera de ellas, los medios de comunicación se encontraban exentos del pago del IVA. Luego, en una segunda etapa, se gravó la actividad con un IVA diferenciado, aunque, en virtud del Convenio de Competitividad con el sector, las empresas pudieron computar cargas patronales a cuenta de IVA. En tercer lugar, vencido el Convenio, se concedió unilateralmente por decreto el beneficio tributario antes aludido; y, finalmente, una vez terminado el período de esta última ayuda pública, el sector, al carecer de un régimen, logró una medida cautelar que le permite seguir computando cargas patronales a cuenta de IVA, desde el año 2003.

Veamos qué ha ocurrido en cada período. La primera etapa no ha dado problemas porque, además de haber sido el Estado generoso con los medios de comunicación, la ayuda pública era bien precisa y provenía de una ley: la exención de un importante tributo. La segunda técnica utilizada fue de naturaleza contractual, estableciéndose deberes y obligaciones para ambas partes, con un límite temporal. Esta relación ha dado origen al segundo conflicto judicial que se ha mencionado, como consecuencia de la pretensión del Estado Nacional de exigir la devolución de los beneficios utilizados por varias empresas, sosteniendo, 8 años después, que, en virtud de incumplimientos contractuales, los Convenios habían caducado de pleno derecho. En la tercera etapa, la relación vuelve a un cauce unilateral como la primera, pero su fuente pasó a ser un decreto de necesidad y urgencia, y el beneficio se otorgó por escasos meses, siendo una solución transitoria. El cuarto período es crítico y representa la ausencia de un régimen de ayudas públicas al sector, y la judicialización de esta relación de fomento.

¹⁹ Véase Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, 3ª edición, p. 627.

No es el propósito de este trabajo analizar el carácter unilateral o contractual de la relación de fomento. Simplemente indicaremos que la doctrina nacional mayoritaria entiende que la concesión de beneficios promocionales comporta un acto bilateral²⁰, siguiendo lo expuesto por la Corte Suprema de la Nación en el famoso caso “Metal-mecánica”²¹. Para otro sector, además, sería una relación contractual²². En cambio, en el derecho español, la tesis unilateral encuentra gran apoyo, aunque con varios matices, en la medida que para algunos sería un acto unilateral necesitado de aceptación, con condición resolutoria, para otros una donación modal *ob causam futuram*, y hay quienes sostienen que se trata de una resolución administrativa, un acto que conlleva una carga jurídica, o un acto que genera un deber²³.

Por su parte, Garrido Falla entiende que el carácter unilateral no desaparece en aquellos casos en que la subvención tiene por su causa jurídica un cierto comportamiento —activo o pasivo— del subvencionado. Sin embargo, el autor reconoce que, en ciertas ocasiones, la concesión de la subvención se realiza mediante un procedimiento contractual. Por tal motivo, el catedrático mencionado cita a Zwahlen, para quien una concepción unilateral de la subvención responde a un dogmatismo excesivo que no tiene en cuenta la realidad, que, desde luego, se ofrece mucho más compleja y rica de matices²⁴.

²⁰ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, 9ª edición, p. 471; Winkler, Dora, *Régimen de promoción económica industrial*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 42; Fonrouge, Máximo, “Las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito de la promoción industrial: un mero derecho en expectativa”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7/8, 1991, p. 442.

²¹ CSJN, *in re* “Metalmecánica SACI c/ Nación Argentina s/ nulidad de resolución e indemnización”, *Fallos*: 296:672.

²² Cfr. Marienhoff, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo atinente al contrato y cuasicontrato administrativo”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 61, Buenos Aires, 1978, p. 87; Halperín, David, “Temas de promoción industrial y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en AA VV, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, p. 167.

²³ Véase Villar Palasí, José Luis, “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, en *Revista de Administración Pública*, N° 14, Madrid, 1954, p. 65 y sigs.; Nieves Borrego, Julio, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, en *Revista de Administración Pública*, N° 42, Madrid, 1963, p. 28 y sigs.; Fernández Farreres, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 341 y sigs.; Martínez López Muñiz, José Luis, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en AA VV, *Libro homenaje al Profesor José Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, p. 762 y sigs. En nuestro medio, ver De la Riva, Ignacio, “La subvención: ¿acto unilateral o contrato administrativo?”, en *Revista de Derecho Público*, 2007-1, Santa Fe, Rubinzal.-Culzoni, 2007, p. 455 y sigs.

²⁴ Véase Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1987, 8ª edición, p. 257. Ver, asimismo, Sacristán, Estela, “El problema de la fuente en las relaciones de fomento”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Año 15, Lexis Nexis, 2003, p. 99.

Sin perjuicio de las concepciones que brevemente hemos expuesto, el Convenio de Competitividad firmado en el año 2001 entre los editores de diarios y revistas y el Estado Nacional importó un verdadero contrato público, que originó una relación obligacional entre las dos partes. Este vínculo se encuentra, en la actualidad, gravemente cuestionado por ambos. Basta observar la realidad de esta relación para comprender que no es sano que el Estado Nacional otorgue beneficios a la prensa a cambio de ciertas obligaciones recíprocas asumidas en un contrato. La razón es muy sencilla: el cumplimiento de las obligaciones condicionará la ayuda pública y, en el marco de esa relación, puede suceder todo tipo de interpretaciones y reclamos sobre el alcance o cumplimiento efectivo de cada obligación, pudiendo las partes exigir la modificación del contrato, su rescisión, su caducidad, y oponer todas las defensas y acciones vinculadas a la ejecución y responsabilidad contractual. La ayuda pública, en este caso, seguirá los vaivenes propios de la relación contractual, que, además de la complejidad intrínseca del propio contenido de cada caso, tiene el delicado componente del carácter de las partes: por un lado, el Estado Nacional, distribuyendo bienes, y, por el otro, la prensa, recibiendo los. Y en el medio de esa relación se encuentra, muy frágil, la actividad subvencionada, que representa nada menos que un pilar fundamental de nuestro Estado Republicano: la libertad de expresión.

López Muñiz destaca: "[...] el contenido de los derechos y libertades fundamentales y, en concreto, su núcleo esencial puede ser vulnerado por la acción de los poderes públicos, no sólo cuando proceden a su regulación o a intervenir sobre ellos con sentido restrictivo o constrictivo, sino también cuando dirigen su acción a favorecer su más pleno y efectivo ejercicio"²⁵. Por su parte, Fernández Farreres no permaneció ajeno a esta problemática. En su magistral tesis doctoral sobre la subvención, de referencia en el derecho español, consideró incompatibles y contradictorios, por ejemplo, los derechos a la libre producción y creación literaria, científica y técnica, con una subvención condicionada al cumplimiento de determinados requisitos o a la presentación de determinados proyectos que la Administración pueda fiscalizar²⁶.

Estos mismos motivos aconsejan que se evite también toda condición, modo, deber o carga en las ayudas públicas a los medios de comunicación. En tal sentido, la promoción y protección de esta actividad no debe contener elementos condicionados, o requisitos librados a la potestad estatal, que puedan incidir en su efectivo cumplimiento. De esta manera, la técnica que se emplee tiene que carecer de elementos discrecionales y de todo tipo de exigencias y penalidades. Cualquier condicionamiento atentará contra el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales. Tiene que establecerse una relación de fomento que no requiera el control posterior de la actividad del beneficiario ni el

²⁵ Véase Martínez López Muñiz, José Luis, "Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho: educación y sindicatos", en *REDA*, N° 47, 1985, pp. 408/409.

²⁶ Cfr. Fernández Farreres, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 244.

seguimiento de la utilización del beneficio, salvo, claro está, la constatación de que la empresa ejerza dicha actividad. De lo contrario, las ayudas públicas otorgadas a los medios de comunicación pueden condicionar en exceso la libertad de expresión.

En tal entendimiento, la relación entre el Estado y las empresas editores de radios y revistas, derivada del otorgamiento de beneficios promocionales, debe pertenecer únicamente al ámbito de la justicia distributiva, evitándose aquella especie de justicia que trata lo debido por las partes a la comunidad, esto es, la justicia legal, aplicable a los supuestos en que el ordenamiento impone cargas a quienes reciben la promoción.

La ausencia de un modo o un deber en la aplicación de la ventaja dada no excluye a esta técnica del ámbito de las ayudas públicas. La doctrina se ha ocupado de precisar que hay casos en los cuales, sin estar del todo ausente, la afectación de los beneficios económicos conferidos a la realización de una concreta actividad por parte del destinatario aparece un poco desdibujada. Se trata de los mal llamados subsidios que se otorgan a determinadas personas o entidades en razón de la actividad que desempeñan y no para que adopten alguna conducta en particular. Éste es el caso de las ayudas públicas que se asignan a los partidos políticos en función de su caudal electoral, o las que se asignan a las actividades académicas, artísticas, científicas, editoriales, periodísticas, etcétera²⁷.

Siguiendo este razonamiento, resulta necesario indagar acerca de la fuente de las medidas de fomento a la prensa. Al respecto, es importante destacar que nuestra Constitución Nacional atribuye al legislador la potestad de fijar las políticas que habrán de desplegarse en materia promocional, en la denominada cláusula de progreso, de influencia alberdiana²⁸. En efecto, el Artículo 75, inc. 18 faculta al Congreso de la Nación a “proveer lo conducente a la prosperidad del país, [...] promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”. Y el inciso siguiente dispone la facultad de “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional [...] a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento [...] sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales [...] que aseguren [...] la promoción de los valores democráticos

²⁷ Ver De la Riva, Ignacio, *Ayudas Públicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 170.

²⁸ Cfr. De la Riva, Ignacio, “Principios Generales del Derecho y Ayudas Públicas”, conferencia dada en las *Jornadas sobre principios del derecho administrativo. Su aplicación práctica*, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 20 y 21 de agosto 2008, en prensa. Véase también Dalla Vía, Alberto, *Derecho Constitucional Económico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 319.

y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna [...] Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

A su vez, el inc. 23 de dicho artículo establece la tarea de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos [...]”. También es facultad del Congreso fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas²⁹. En tal caso, la aprobación legal de la partida presupuestaria respectiva resulta ineludible para que el Estado pueda, luego, conceder un beneficio promocional determinado³⁰.

Por su parte, respecto a la libertad de prensa, manifestación de la garantía de libertad de expresión, la propia Constitución Nacional sostiene que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”³¹. A su vez, de la cláusula constitucional de libertad de prensa, que establece que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de expresión, puede inferirse *a contrario sensu* que ese cuerpo tiene la potestad, junto a las legislaturas provinciales, de fijar la política en materia de prensa³².

Pero, además, como bien señala De la Riva, “importando la tarea subvencional una típica actividad interventora, es frecuente que su ejercicio pueda incidir negativamente en la esfera de los derechos aludidos. Así, sucede tanto cuando la afectación impuesta al beneficiario de la ayuda comporta un recorte o mengua sustancial de sus derechos, como cuando la naturaleza de la actividad subvencionada la hace particularmente sensible a los efectos distorsionantes propios del poder público en el ámbito privado [...] también se advierte una situación de este tipo en el caso de los auxilios públicos a actividades estrechamente vinculadas con derechos fundamentales que puedan verse fuertemente condicionadas en su ejercicio al crearse una marcada dependencia del apoyo estatal. En todos los casos descritos, que abarcan una franja considerable dentro del espectro de la labor pública subvencional, no puede sino concluirse que el principio de reserva de ley impone la necesidad de contar con un marco legal que regule la materia con vistas a preservar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales comprometidos”³³.

²⁹ Véase Artículo 75, inc. 8° de la Constitución Nacional.

³⁰ Cfr. Arifio Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, Comares, 2004, 3ª edición ampliada, p. 349.

³¹ Artículo 14 de la Constitución Nacional.

³² Artículo 32 de la Constitución Nacional. Cfr. Badeni, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 102.

³³ De la Riva, Ignacio, *Ayudas Públicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 220/222. Ver Cuesta, Rodrigo, “Introducción al estudio de las subvenciones”, en *SJA*, de fecha 24-9-2009.

El principio de reserva de ley se impone en esta materia, tanto por su fundamento constitucional como por su fortaleza y necesidad, en la medida que importará un alto grado de protección a esta actividad estratégica e institucional de las tensiones que se generan con los distintos actores políticos. Por otra parte, una política legislativa efectiva no debiera dar lugar a la utilización por parte del Poder Ejecutivo de la herramienta constitucional del decreto de necesidad y urgencia, salvo situaciones excepcionales que, huelga decir, son las que habilitan esta singular medida. En rigor, la ausencia de una ley derivó en la tercera etapa de esta relación, que dio lugar al dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 746/2003, que permitió el cómputo de cargas patronales a cuenta de IVA. La fragilidad de esta solución era evidente, en la medida que se trató de una salida transitoria que requirió de la voluntad del Poder Ejecutivo, que es justamente lo que se quiere evitar, y, además, importó una exención tributaria, materia que resulta prohibida al Poder Ejecutivo, incluso en el marco del ejercicio de esa facultad excepcional³⁴.

Finalmente, es interesante destacar que, en virtud de los argumentos expuestos y la situación descripta, es necesario elegir una técnica idónea de ayuda pública para los editores de diarios y revistas y para toda actividad de prensa que requiera la intervención estatal favorable. Así, descartamos como técnica de fomento de esta actividad a los medios económicos reales, que consisten en la prestación o dación de cosas del dominio público o privado del Estado, y los medios económico-financieros directos, que importan desembolsos de dinero u otros títulos que lo representen, anticipos, subvenciones, subsidios, primas o premios, etcétera, dado que se debe evitar toda ayuda pública que consista en una prestación determinada del Estado. Este tipo de ayudas depende de la asignación presupuestaria, que, como sabemos, puede reasignarse, máxime en un país que no respeta los principios básicos en materia presupuestaria. Pero, además, todo desembolso económico es susceptible de perder su valor, aún en el corto plazo, producto del desenvolvimiento de la economía –inflación, tipo cambiario, etcétera–, y ello obligará a la prensa a reclamar el ajuste o modificación de la ayuda pública concedida. Por último, toda dación necesitará un procedimiento reglado para su implementación, y no resulta improbable que, aún en ese estrecho ámbito, se produzcan arbitrariedades, como consecuencia de la tensa relación que en democracia se observa entre el poder administrador y los medios de comunicación, que deben informar los actos de la Administración y de todos los poderes del Estado.

No sólo debe evitarse la discrecionalidad fuerte de la Administración en la entrega de las ayudas públicas a los medios de comunicación, sino también los reductos de apreciación discrecional técnica –débil o atenuada– propios en el campo

³⁴ Cfr. Artículo 99, inc. 3° de la Constitución Nacional.

del fomento³⁵. Es más, la tensión es tan fuerte entre la prensa y los gobiernos que también debe evitarse la implementación de un procedimiento reglado, dado que, aún siendo este objetivo transparente y público, podrá ser vulnerado por el poder estatal administrador. Por tal motivo, debe prescindirse de concursos públicos, de órganos gestores y de procedimientos en esta particular y especial relación de promoción y protección. No hay que olvidarse, como sostiene Gelli, que “la influencia de la prensa libre ha sido decisiva en la formación del juicio público y en los eventuales corrimientos de la opinión electoral, razón por la cual suele generar resistencias y presiones gubernamentales”³⁶.

En tal entendimiento, los medios indirectos económico-financieros, como las exenciones fiscales, que pueden extenderse a cualquier gravamen que incida sobre la actividad del beneficiario, son técnicas adecuadas para evitar cualquier injerencia del poder administrador sobre esta particular relación subvencional. Como indica Escola, los medios financieros indirectos “no consisten en desembolsos que la Administración deba llevar a cabo a favor de las personas o entidades fomentadas, sino en la privación de algunos ingresos a que tenía derecho, que aquella acepta soportar, y que deja de percibir sobre la base de exenciones normativamente establecidas”³⁷.

Por cierto, justamente la materia fiscal es uno de los ámbitos donde se genera una gran tensión entre los medios de comunicación y los gobiernos. Se ha destacado incluso que, “muchas veces, la presión fiscal, o el ejercicio malicioso del poder impositivo, fueron los instrumentos empleados para censurar a la prensa independiente”³⁸.

Sin embargo, consideramos que una precisa exención tributaria dispuesta por ley no generará incertidumbre ni podrá ser administrada por el Poder Ejecutivo. Los auxilios indirectos, de esta forma, implicarán la dispensa en forma expresa, total o parcial, de una obligación económica general —el gravamen—, no afectando el gasto público. La exención tributaria, a su vez, no requerirá el control posterior de la actividad del beneficiario ni el seguimiento de la utilización del beneficio, salvo, claro está, la constatación de que la empresa ejerza dicha actividad.

³⁵ Seguimos aquí la clasificación tripartita de los tipos de discrecionalidad propuesta por Cassagne: “a) discrecionalidad fuerte, cuando el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados; b) la débil, en los casos que la discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado; y c) la atenuada, donde el margen de actuación está limitado a supuestos predeterminados por el ordenamiento”, en Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 193/197.

³⁶ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, LL, 2003, p. 89.

³⁷ Escola, Héctor, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 864.

³⁸ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 433.

Por otra parte, la exención tributaria exige siempre el dictado de una ley³⁹, y ello contribuirá a una sana relación de fomento entre el Estado Nacional y los medios de comunicación. Esta técnica de fomento ha sido utilizada en la primera etapa que hemos analizado de la relación subvencional, y no ha generado tensiones. Es, asimismo, la técnica de ayuda pública adoptada en la mayoría de los países democráticos. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica no se aplican impuestos a las ventas a los medios de comunicación. En el continente americano, no se grava la actividad en 22 países. En Brasil, su no gravabilidad tiene rango constitucional, al estar previsto en el Artículo 150 de su Carta Magna. En países como Inglaterra, Suecia, España, Holanda, Portugal, Alemania, Rusia, Italia y Francia, entre otros, la alícuota del impuesto a las ventas para la actividad de prensa está reducida a su mínima expresión —entre 1% a 5%— o directamente eliminada.

No es una coincidencia que en la mayoría de los países se reduzca o elimine el impuesto a las ventas de los diarios y revistas. La exención tributaria en materia de IVA es necesaria porque dicho impuesto, aplicable a los precios de tapa, no puede ser trasladado al comprador, dado que éste es consumidor final. Por tal motivo, o se aumenta el precio de tapa, o el impuesto es absorbido parcialmente por los propios medios para evitar una mayor caída en sus ventas. En una economía recesiva, este impuesto puede generar mucho daño a la prensa.

VII. EL DEBER DEL ESTADO NACIONAL DE SOSTENER LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PRIVADOS

La libertad de expresión es un fuerte cimiento de toda República, toda vez que “[...] no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos [...]” —discurso del Doctor Vélez Sársfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860—⁴⁰.

³⁹ Cfr. Artículos 4º, 17 y 75, incs. 1º y 2º de la Constitución Nacional. Ver Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, 3ª edición, p. 299; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, 9ª edición, p. 167 y sigs.; Lanziano, Washington, *Teoría General de la Exención Tributaria*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 33. En este sentido, se ha señalado: “[...] para que el principio de legalidad quede satisfecho, es necesario que la ley contenga los elementos esenciales para crear de manera cierta la obligación, es decir: a) el hecho imponible, definido de manera cierta; b) los presupuestos de hecho a los que se atribuirá la producción del hecho imponible; c) los sujetos obligados al pago; d) el método o sistema para determinar la base imponible, en sus lineamientos esenciales; e) las alícuotas que se aplicarán para fijar el monto del tributo; f) los casos de exenciones; g) los supuestos de infracciones [...]”, en Luqui, Juan Carlos, *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 38.

⁴⁰ CSJN, *Fallos*: 310:508; 323:417.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expresar, en el conocido precedente “Patitó”, que “toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones, teniendo como meta la paz social. En este sentido, se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines [...]” —González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, N° 158, Buenos Aires, 1897, p. 167—⁴¹.

En una democracia —como destaca Sagüés—, el derecho de prensa es “un derecho sistémico, indispensable para la funcionalidad de ese sistema político. Sin prensa libre y responsable, el ciudadano carecerá de la posibilidad de adoptar decisiones libres y fundadas”⁴².

Por su parte, Fayt, quien ha defendido incansablemente la libertad de prensa en cada uno de sus votos como miembro del más Alto Tribunal, ha señalado que “la prensa sigue siendo condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aún formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la Administración. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes, permitir el control de los órganos del sistema republicano, defender los derechos individuales y hacer posible que cualquier ciudadano participe en la acción de gobierno —*Fallos*: 312:916, disidencia del Juez Fayt—. Al decir de Tocqueville, la acción de la prensa debe ser valorada en consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza. En ciertas naciones que se pretenden libres —agregaba— cada uno de los agentes del poder puede impunemente violar la ley, sin que la Constitución del país dé a los oprimidos el derecho a quejarse ante la justicia. En esos pueblos, la independencia de la prensa no es una garantía más, sino la única garantía que queda de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos —De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Traducción de Luis R. Cuéllar, México, F.C.E., 1957, p. 202 y sigs.—. Las aludidas funciones que le han sido encomendadas por el contribuyente le imponen al Poder Judicial, en su calidad de intérprete de la Constitución Nacional, y a este tribunal en particular, como su último intérprete, el cargo de asegurar el permanente resguardo de un área incoercible de libertad para el cumplimiento de sus fines”⁴³.

⁴¹ CSJN, sentencia del 24 de junio de 2008, *Fallos*: 331:1.530.

⁴² Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1999, 3ª edición, p. 429.

⁴³ CSJN, *Fallos*: 319:3.085, voto del Juez Fayt.

En palabras de la Corte Suprema, en el precedente “Editorial Río Negro” —con cita a casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, “la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Y agregó que, en tal inteligencia, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática” —caso “Lingens c/ Austria”, sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párrafo 42—⁴⁴.

En España, se advierte, sobre el particular, que “el Tribunal Constitucional, tanto al referirse a la libertad de expresión como a la de información, destaca, junto a su configuración como derechos fundamentales o libertades de cada ciudadano desde un punto de vista individual o subjetivo, su vertiente de garantías institucionales desde un punto de vista social u objetivo —vertiente colectiva o de soporte del sistema democrático—. Se aprecia, así, una doble naturaleza o doble dimensión característica de estas libertades, que va a tener unas consecuencias prácticas concretas”⁴⁵.

Como ya se adelantó en este trabajo, la Constitución Nacional afirma que los habitantes de la Nación gozan del derecho, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa⁴⁶, y el Congreso federal no podrá dictar leyes que restrinjan la libertad de expresión⁴⁷.

Es claro que la norma constitucional sobre libertad de prensa protege la libertad de expresión en todas sus formas, toda vez que la libertad de expresión, que es una exteriorización y complemento indispensable de la libertad de pensamiento⁴⁸, no se agota en la prensa, sino que se extiende a todas las técnicas que permitan su libre manifestación, e incluso al derecho al silencio⁴⁹. La defensa de la libertad de expre-

⁴⁴ CSJN, *Fallos*: 330:3.908.

⁴⁵ Menéndez, Pablo, “Libertad de expresión e información, derecho al honor y garantía institucional”, en *Derechos fundamentales y otros estudios. En homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Volumen I, España, El justicia de Aragón, 2008, p. 1096.

⁴⁶ Artículo 14 de la Constitución Nacional.

⁴⁷ Artículo 32 de la Constitución Nacional. Cfr. Badeni, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 102.

⁴⁸ Cfr. Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III, Buenos Aires, Alfa, 1956, p. 594.

⁴⁹ Véase Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 270/271.

sión se sustenta en la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público y sobre las opciones políticas y partidarias que se presentan a los ciudadanos, de forma tal de fortalecer el sistema democrático⁵⁰.

No está de más recordar que el Pacto de San José de Costa Rica —con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— dispone: “[...] toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”⁵¹. Por su parte, el Congreso de la Nación sancionó la Ley de Preservación de Bienes y Patrimonio Culturales N° 25.750, por medio de la cual impuso como política de Estado la especial preservación —entre otros bienes, como el patrimonio antropológico, histórico, artístico y cultural y las empresas dedicadas a la ciencia, tecnología e investigación— de los medios de comunicación⁵².

No puede desconocerse la función educativa y cultural que cumplen los medios de prensa, tanto a través de sus contenidos generales —que son crecientemente utilizados como soporte a los contenidos curriculares del sistema educativo—, como de los materiales especiales que producen, tales como coleccionables, libros, diccionarios, enciclopedias, etcétera.

A su vez, es un hecho sabido que la prensa actúa como instrumento de control de los organismos públicos y de sus hombres, brindando “un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y de las instituciones republicanas”⁵³. En consecuencia, la libertad de prensa reconoce una dimensión institucional y estratégica en función de la que recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales⁵⁴.

La libertad de prensa debe existir si se aspira a seguir viviendo en democracia. La Constitución Nacional, como señala Bidart Campos, da por supuesto que debe haber y que hay prensa. El propio autor se pregunta: ¿y de quién depende que haya prensa? Y se contesta a sí mismo que “es función de la comunidad y de su iniciativa privada hacer surgir en su medio las publicaciones periodísticas. Cuando la Consti-

⁵⁰ Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, LL, 2003, p. 88.

⁵¹ Artículo 13, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

⁵² Dentro de estos medios de comunicación se encuentran los diarios, revistas y demás medios gráficos de la República Argentina. Cfr. Artículo 3° de la Ley N° 25.750.

⁵³ CSJN, *Fallos*: 314:1.517.

⁵⁴ Cfr. Badeni, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 85 y sigs.; Sagües, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 696/697.

tución habla de prensa, está mentando la prensa privada. Y es un sano principio postular la prensa privada. Una sociedad que carece de prensa, o hasta de la pretensión de que la haya, es una sociedad sin vitalidad, indiferente, débil en las opiniones públicas”⁵⁵.

La libertad de prensa requiere pluralidad de opiniones para que realmente sea libertad. En tal entendimiento, ¿qué ocurriría si por diversos motivos varios medios de comunicación dejaren de poder subsistir económicamente? No es difícil advertir que el influjo de la televisión y de internet está perjudicando severamente a muchos medios periodísticos gráficos, sobre todo del interior del país⁵⁶. Por otra parte, una prensa libre, fuerte y especializada, *aggiornada* a estos tiempos, requiere de sustanciales recursos para conformar equipos de investigación, contratar periodistas dedicados, corresponsales en el mundo entero, tecnología de punta, etcétera. En un país acostumbrado a vivir en crisis económicas, no es impensable que la prensa se encuentre también en esa dificultad, a raíz de la caída del mercado en que se desenvuelve.

En tal caso, ¿el Estado no tiene el deber de sostener la prensa libre, que importa, en definitiva, el sostenimiento de la democracia? Creemos firmemente que sí, que existe un deber de promover y proteger la pluralidad de opiniones por distintos medios de prensa libre, en todos los supuestos que se necesite ayuda pública, siguiendo los parámetros propuestos en el capítulo precedente, a los fines de evitar toda injerencia del gobierno en la relación de fomento entablada a esos efectos.

La fuente positiva de la obligación de fomentar la prensa se encuentra, así, en nuestra Constitución Nacional, no sólo en las cláusulas constitucionales que protegen y promocionan la libertad de expresión y de prensa, sino que emana de la propia forma de gobierno representativa y republicana que adoptaron los constituyentes del año 1853⁵⁷. Sin perjuicio de ello, la fuente natural es y será siempre la dignidad del hombre: su libertad de pensar y su derecho fundamental de manifestar sus ideas, de expresarse y de vivir en sociedad. La garantía de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad⁵⁸.

⁵⁵ Véase Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 274.

⁵⁶ Cfr. Badeni, Gregorio, “Los medios gráficos de prensa frente al siglo XXI”, *LL*, Suplemento Derecho Constitucional, 2000-D, p. 1328.

⁵⁷ Artículo 1º de la Constitución Nacional.

⁵⁸ Véase Schmidt-Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Madrid, INAP – Marcial Pons, 2003, p. 18; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Volumen 3/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988.

Mucho se ha escrito sobre el principio de subsidiariedad, como principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado —justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación— y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada —educación, salud, servicios públicos—⁵⁹.

La subsidiariedad estatal puede formularse en los siguientes términos: “[...] no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa”⁶⁰. Este principio postula dos grandes directivas para el Estado, que se complementan entre sí: la positiva, en virtud de la cual el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando éstos se muestren insuficientes para desarrollar plenamente una actividad necesaria para el bien común, y un postulado negativo, que indica que el Estado no debe sustituir a los particulares cuando éstos pueden desarrollar dichas actividades⁶¹.

El principio de subsidiariedad adquiere toda su dimensión en materia de prensa, en la medida que no sólo se aplica plenamente el postulado negativo, por medio del cual el Estado no debe intervenir en aquellas actividades que los individuos pueden realizar por sí mismos, sino que, en rigor, el Estado en este campo no puede sustituir a los particulares, aún en caso de que éstos no puedan desarrollar plenamente la difusión de su expresión. Ello no desdibuja el principio de subsidiariedad. Por el contrario, éste se ve fortalecido en el campo de la libertad de prensa, siendo imprescindible su manda positiva, esto es, el auxilio de esta actividad republicana, prestada bajo el régimen de mercado y sujeta a las reglas de la autonomía de la voluntad, cuando, por las circunstancias que fueren, los particulares no puedan desarrollarla en su totalidad, siendo el Congreso de la Nación —junto con las legislaturas provinciales— quien debe conceder la ayuda pública sin modo ni condición y libre de toda injerencia de la Administración. De esta forma, el fomento a esta importante actividad, pilar de nuestra República, no podrá afectar negativamente ni de manera indirecta la libertad de prensa.

Señala De la Riva que las ayudas públicas configuran la modalidad de intervención estatal menos lesiva, en tanto se limitan a alentar o proteger la iniciativa privada; y, por ello, en términos de subsidiariedad, el Estado les debe dar primacía⁶². Con

⁵⁹ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, 8ª edición, pp. 61/63, con citas de los Doctores Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Massini, y Sagües. Véase Messner, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid. Rialp, 1967, p. 949 y sigs.

⁶⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, Comares, 2004, 3ª edición ampliada, pp. 111/112, con especial referencia a la Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI.

⁶¹ Véase Utz, Arthur, *Ética social*, Barcelona, Herder, 1961, p. 312 y sigs.

⁶² Cfr. De la Riva, Ignacio, “Principios Generales del Derecho y Ayudas Públicas”, conferencia dada en la *Jornadas sobre principios del derecho administrativo. Su aplicación práctica*, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 20 y 21 de agosto 2008, en prensa.

relación a la trascendente actividad de los medios periodísticos, debemos agregar que las ayudas públicas constituyen la única intervención estatal posible, salvo, claro está, la limitaciones generales de policía que tienen todas las actividades industriales.

Sólo fortaleciendo una prensa libre nos seguiremos alejando cada día más de aquella visión aterradora que George Orwell imaginó en el año 1949 de lo que sería un posible futuro en 1984: la instauración de un Ministerio de la Verdad, en cuyo espectacular edificio piramidal se lea un enorme cartel con la consigna: "La guerra es paz, la libertad es esclavitud y la ignorancia es fuerza"⁶³.

⁶³ Cfr. Orwell, George, *Nineteen eighty-four*, Inglaterra, Penguin Books, 1990, pp. 5/6.