En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de noviembre del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"D. D. M. S.A. c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. Nº 316 Año 2011)** venidos del Juzgado de Ejecución (Expte. N° 369/2011), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿ Es justa la sentencia de fs. 347/351? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 373.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por el D. D. M. S.A. y condenó al PODER EJECUTIVO PROVINCIAL a cesar de inmediato su decisión de reducir la pauta publicitaria al D. D. M., y a que las futuras contrataciones, sean adjudicadas a éste con un criterio compatible con las razones que expuso y respetando un equilibrio razonable con aquellos medios gráficos de características análogas. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios a los letrados que intervinieron por la parte actora y al perito contador R. C.

Para así decidir el señor juez, expuso que la controversia estaba centrada en determinar si hubo suspensión abrupta de pauta publicitaria a partir del 22 de diciembre del año 2010 por parte del demandado al diario actor.

Da respuesta afirmativa a la cuestión al valorar el informe pericial agregado a fs. 327/331 y 340/341, del que se desprende que "E. D. de M." "*recibió*

durante el año 2010, 312 órdenes de publicidad sobre 5 órdenes que recibió después del 22 de diciembre de 2010 y hasta el 14/07/2011, cuatro en el mes de abril de 2011 y una en el mes de julio del mismo año (fs. 329/330, punto b y c), siendo que en el mes de abril del año 2010 recibió 18 órdenes de publicidad y en julio del mismo año recibió 26 órdenes (punto d); que comparando dichos datos con los restantes medios y por dicho período (fs. 340 punto c), es claro que existió una considerable reducción de la pauta publicitaria a partir del 22 de diciembre de 2010". Agregó allí que de la prueba documental aportada por la demandada, reservada en la caja de seguridad del juzgado, surgen 5 publicaciones de fechas 27/12/2010, 28/12/10 y 31/12/2010 (OPP N° 396470, 396476, 396491, 397115, 397129) pero que las mismas obedecen a órdenes de compra de publicidad de fecha anterior al 22/12/2010.

Luego de ello, el magistrado de la primera instancia se ocupa de dar respuesta a las cuestiones alegadas por la accionada respecto a la ausencia de demostración por parte de la amparista de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, a la discrecionalidad del Estado para otorgar la pauta publicitaria porque se trata de una potestad no reglada, concluyendo en que se configuraron los requisitos impuestos por el art. 3 de la Ley V N° 84, en tanto la decisión de la autoridad pública que disminuyó la pauta publicitaria a la actora con arbitrariedad, lesionó indirectamente los derechos constitucionales previstos en los arts. 14, 16, 17, 32, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y en los arts. 1,7,13,18 inc. 4 e inc. 10, 19, 61, 62 de la Constitución Provincial.

La sentencia fue apelada y se fundaron los agravios a fs. 358/363. La amparista presentó memorial ante esta Alzada, el que se agregó a fs.369/370.

2.

Los agravios de la demandada.

La queja de la Provincia del Chubut refiere que le causa agravio la condena al cese de reducir la pauta publicitaria a "E. D. de M." circunstancia que dice nunca aconteció, basándose en un análisis parcial de las constancias de autos y partiendo de premisas erradas cuales son : a) que la amparista no ha logrado probar la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que requiere la Ley V-84; b) que el juez confunde lo discrecional con lo arbitrario y que omite considerar que la potestad para la distribución de la pauta oficial no se encuentra reglada, por lo que el ejercicio discrecional - más allá que nunca existió discriminación o violación a la libertad de prensa- no puede determinar ningún efecto negativo o calificativo repudiable; c) que omitió considerar que el informe pericial da cuenta de la existencia de órdenes de publicidad para el período 7/4/11 al 14/07/11 y que fue la propia amparista la que las rechazó con excusas carentes de sentido; d) que el juez omitió considerar que la cantidad de órdenes de publicidad emitidas en el período bajo análisis resulta similar a otros medios con similar penetración en la sociedad y e) que no está acreditada la relación causal entre el supuesto acto gubernamental que restringe la pauta publicitaria y la supuesta represalia de su mandante.

Dice luego, que también se agravia porque el juez no ha considerado que el Poder Judicial no puede intervenir en el ejercicio de una atribución discrecional del poder administrador, constituyendo una violación fragante del sistema de división de poderes en tanto en el expediente no se ha acreditado la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el uso de la referida facultad.

El tercer agravio expuesto, refiere a la consideración del juez que el amparo fue la vía idónea para resolver la cuestión, desde que la actora no acreditó en modo alguno que las vías ordinarias de reclamación administrativa no resultaban adecuadas y que tampoco lo es para peticionar el cese de

políticas discriminatorias, de las cuales no aportó prueba y que no existe violación alguna de derechos y garantía constitucionales.

El cuarto agravio se sostiene en que el juez sobre la base de premisas erróneas, culmina invirtiendo la carga de la prueba, poniendo en cabeza de su parte la prueba de hechos que incumbían a la actora, omitiendo considerar que las variables que se manejan en publicidad no generan la obligación de pautar permanentemente en los medios y que en el caso particular la disminución se debió a una reestructuración general del presupuesto oficial destinado a la publicidad.

Concluye señalando que el fallo debe revocarse toda vez que E. D. D. M. S.A. no ha logrado demostrar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ni que el amparo sea la vía idónea para el resguardo de los derechos supuestamente conculcados y menos que exista conducta discriminatoria o violatoria de la libertad de prensa por parte del Estado Provincial.

3.

Tratamiento de los agravios

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el

error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

Por su lado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 265 del CPCCCh, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga (cfr. autos "G. V. de F., ." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

Sin perjuicio de lo anterior, no puedo soslayar que la exposición de los agravios ha sido confusa y desordenada, por lo que he de tratarlos en distinto orden al propuesto por la parte.

3.1.

<u>El amparo como vía idónea</u>

Cuestiona el apelante en esta instancia y reiterando los conceptos vertidos al contestar la demanda, que el amparo no resulta la vía idónea para resolver la cuestión, desde que la actora no acreditó en modo alguno que las vías ordinarias de reclamación administrativa no resultaban adecuadas y que tampoco lo es para peticionar el cese de políticas discriminatorias, de las cuales no aportó prueba y que no existe violación alguna de derechos y garantía constitucionales.

El cotejo con la existencia de otra vía judicial más idónea, hace que se pueda llegar a considerar que la acción de amparo tenga carácter subsidiario, pero debe repararse que el requisito de "idoneidad" de esa otra vía debe confrontarse con la celeridad del medio elegido y esa calidad o aptitud de otro remedio potencialmente más apto para considerar y tutelar el derecho

de que se trate, no tiene que ser demostrada por el interesado, sino resuelta por el juez como un deber de la función jurisdiccional (cfr. Gozaíni Osvaldo "Amparo", Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 2004, pág. 316).

La Ley V N° 84 en su art. 7 establece que recibida la demanda el juez examinará su admisibilidad preliminar bajo los requisitos previstos en los artículos precedentes, entre los que se encuentran el art. 3ro. que prevé que el amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo y luego en su art. 5to., alude a que dicho medio judicial más idóneo deberá permitir "...obtener el mismo efecto en igual o menor lapso.

La admisibilidad formal fue decretada por el juez de grado a fs. 52/52 vta, y la demandada, a pesar de su planteo al contestar la demanda, consintió tal resolución, susceptible de apelación en los términos del art. 11 de la Ley V N° 84 .*"...en general todo cuestionamiento relativo a las condiciones de admisibilidad del amparo..., en principio resultan inaudibles por extemporáneo si son esgrimidos recién al fundar el recurso deducido en contra del fallo definitivo dictado en el caso de que se trate. Ello así, desde que a tenor de la norma reglamentaria del proceso de amparo en nuestra provincia, se encuentra prevista una vía recursiva específica para atacar el pronunciamiento relativo a la previa admisión formal (art. 11 de la ley 4572). No ejercida oportunamente tal vía de impugnación provoca como consecuencia que tales aspectos formales de admisión, que a su tiempo se declararon cumplidos, se ubiquen en el estante de los planteos precluidos"*(CANE Sala "B" . SDL Nº 21/09).

Por lo que en este punto, el recurso debe desestimarse.

3.2.

La queja recursiva aparece más bien como un diferente criterio de valoración. Los esfuerzos interpretativos del recurrente por procurar subsumir los hechos y la prueba no cumple en general, con los requisitos de procedencia formal establecidos en el art. 268 el CPCC. La manda procesal

requiere un desarrollo argumental y específico y la impugnación de todos y cada uno de los fundamentos que sustentan la decisión judicial, demostrando acabadamente en qué consiste el error interpretativo del tribunal, remarcando la infracción técnico jurídica de modo de ubicar la cuestión justiciable dentro del marco del derecho.

El juez de grado ha tenido por acreditado la existencia de la supresión y reducción sustancial de la pauta publicitaria, valiéndose de la prueba pericial contable agregada a fs. 321/331 y 340/341, argumentando que incumbía a la demandada demostrar que el cese, objetivamente justificado para el período 22 de diciembre de 2011 al 7 de abril de 2001 y merma significativa posterior, respondía a pautas razonables y objetivas y que, al no haber motivos suficientes que la justifiquen, configuran un trato discriminatorio, al tratarse distinto a sujetos que se encuentran en una misma o similar condición, sin existir una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato (art. 1 y 7 Const. Prov).
Frente a la identificación de la conducta arbitraria e ilegítima objetivamente comprobada, no hay crítica concreta ni razonada que ponga en evidencia el yerro del señor juez. A lo que debo agregar, que lo expuesto por la parte es una mera reiteración de los argumentos sostenidos al contestar demanda.

El punto tiene directa relación con la siguiente premisa que, a criterio del apelante, no ha sido considerada.
El Dr. Mures se hace cargo del argumento defensivo respecto de las facultades discrecionales del Estado para pautar la publicidad oficial y que se trata de una actividad no reglada, pero le fija un límite a la actuación del Estado al imponerle la carga de probar la existencia de motivos objetivos suficientes que justifiquen la interrupción de la contratación con el medio periodístico. Esto es, frente a la facultad del estado de dar publicidad, le

incumbía a éste acreditar las causas que justifican la conducta reprochada como arbitraria e ilegítima. La crítica entonces, debía abordar concretamente el razonamiento del magistrado y para ello no resulta suficiente reiterar los mismos argumentos expuestos al contestar la demanda, insistiendo en un análisis propio de la cuestión desatendiendo que debía puntualizar cual era el error al juzgar sobre el punto.

Tampoco es válido señalar la omisión de considerar la existencia de órdenes de publicidad para el período 7/4/11 al 14/7/11. Las mismas fueron específicamente valoradas por el magistrado, esto es surge de la sentencia que tuvo por acreditado la contratación de pauta oficial en el período anterior al 22 de diciembre de 2010, la supresión desde esa fecha y hasta el 7 de abril de 2011 (ya notificada la acción de amparo) cuando se requirió vía mail 5 órdenes (cuatro durante abril y una en el mes de julio).

Por lo que vengo exponiendo y toda vez que el apelante procura el examen de la sentencia en los puntos expuestos, basándose en argumentaciones vertidas con anterioridad a la producción de ese acto, las que fueron oportunamente consideradas por el juez de grado y sin evidenciar, de manera apropiada que el fallo cuestionado es erróneo o contrario a derecho, para lo cual se debe indicar circunstanciadamente sus deficiencias, he de proponer la deserción en este tramo del recurso. (art. 269 CPCC)

3.3.

Abordaré aquí las quejas, en las que con una mínima suficiencia técnica, permiten ingresar a su tratamiento, adelantando que, a mi criterio, deben ser desestimadas.

Alegó la quejosa que el juez omitió considerar que la cantidad de órdenes de publicidad emitidas en el período bajo análisis resulta similar a otros medios con similar penetración en la sociedad.

Adolece este agravio de sustento fáctico. El señor juez ponderó al tiempo de valorar la conducta del Estado la disminución de la pauta oficial comparándola con otros medios que resultan del informe contable.

Sin perjuicio de ello, huelga señalar que el estado provincial no aportó elementos de los que se puedan inferir pautas objetivas, claras y disponibles para un eficaz control comparativo como el que pretende. La supuesta reestructuración para la contratación de la publicidad oficial, no ha sido probada, tampoco individualizó criterios de selección que permitan justificarla en la instancia judicial (ej. cantidad de población a la que va dirigida, tiraje, distribución, costos, precio del ejemplar, etc.). A falta de tales parámetros, se erige en prueba objetiva el informe pericial contable de fs. fs. 321/331 y 340/341.

Del mismo se puede afirmar sin hesitación, la reducción de publicidad oficial en el diario de la actora. Se desconoce, si los medios "N. D. L. C.", "O. D. V.", "E. I. D. I." o "E. Y. D." participan de las mismas características de "E. D. D. M.", pero siendo que la buena fe se presume y, asumiendo que el Poder Ejecutivo Provincial, cuenta con los datos que le permitan aseverar que se trata de medios con similar penetración en la sociedad, se analizará el referido cuadro.

Durante el año 2010 el diario local recibió 312 órdenes de publicidad. Los medios antes expuestos recibieron en igual período "N. D. L. C." 9 órdenes, "O. D. V." 12 órdenes, "E. I. D. I."12 órdenes y "E. Y. D." 6 órdenes. La diferencia de pauta oficial entre E. D. D. M. y los medios individualizados no resiste el menor análisis objetivo.

Luego y advirtiendo una disminución general en la contratación de publicidad oficial para el período auditado (22/12/2010 al 31/08/2011), los

números son los que siguen: “E. D. D. M.” 5 órdenes, “N. D. L. C.” 7 órdenes, “O. D. V.” 5 órdenes, “E. I. D. I.” 7 órdenes y “E. Y. D.” 3 órdenes. Debo inferir que a ello refiere la demandada, cuando señala que el diario local “ha recibido similar pauta a otros medios con similar penetración en la sociedad”.

Claro está que la pauta oficial para E. D. D. M. significó durante el año 2010 un promedio de 26 órdenes mensuales, disminuyendo para el período auditado a 0,50 órdenes mensuales. Para los medios “N. D. L. C.” 0,70 a 0,88 órdenes mensuales, “O. D. V.” 1 a 0,63 órdenes mensuales, “E. I. D. I.” 1 a 0,63 órdenes mensuales y “E. Y. D.” 0,50 a 0,38 órdenes mensuales.

Sólo para reforzar que el argumento recursivo no se ajusta a la realidad añado en la comparación a periódicos que recibieron publicidad en números más próximos a E. D. D. M., como D. D. O. con una pauta de 227 órdenes durante el año 2010 (18,92 órdenes mensuales) que se redujo en el período auditado a 73 (9,13 órdenes mensuales) y al D. C. con una pauta de 382 órdenes en el año 2010 (31,84 órdenes mensuales) que en el período auditado disminuyó a 164 (20,54 órdenes mensuales).

Con lo expuesto queda acreditado que la reestructuración en la pauta publicitaria, fueran cuales fueran las motivaciones, ha tenido una mayor y notoria incidencia en la contratación de la pauta oficial con E. D. D. M., esto es no se evidencia un trato equitativo con el resto de los medios gráficos de la Provincia.

La ausencia de criterios objetivos para la distribución de la publicidad oficial y en el caso, la decisión abrupta de restringir la que se venía pautando con E. D. D. M., no puede sostenerse en las facultades discrecionales de la Administración, cuando ésta ha dado razones que no han tenido correlato probatorio en sede judicial, tornando la conducta estatal en un acto arbitrario e ilegítimo. Ello no puede, en modo alguno, validarse en desmedro de los derechos constitucionales afectados y de los

que ha dado cuenta el señor juez, sin refutación de la demandada, tal como he sostenido al iniciar mi voto. *"Si bien no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables, y los criterios no serían ilegítimos cuando la necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría y para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios sustancialmente relacionados con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio"* (CSJN "Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo 5-sep-2007 Base MJ-JU-M-14589-AR).

3.4

Acreditada la existencia de la eliminación y luego disminución sustancial de la publicidad oficial, como acto ilegítimo y arbitrario del Poder Ejecutivo y en el marco de su argumento recursivo, queda vacío de contenido el agravio que alega una indebida intromisión a las facultades discrecionales del Estado y con ello la fragante violación a la división de poderes.

Es que la falta de motivación, en tanto expresión de las razones y fines para justificar la decisión estatal, tornó a la misma en arbitraria y ese es el límite para el ejercicio de las facultades discrecionales. *"La necesidad de motivación en el acto administrativo parece agudizarse en presencia de la actividad discrecional de la administración, ya que constituye la argumentación o justificación que se tuvo en miras para su dictado. La falta de motivación del acto impide el adecuado ejercicio del derecho de defensa del afectado por el mismo, como también el posible análisis de la responsabilidad que le pueda caber a los funcionarios públicos por aquéllos."*(Schafrik, Fabiana Haydee "Nociones acerca de los actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad discrecional de la

Administración. Sus límites y control judicial desde la perspectiva constitucional" . MJ-DOC-1093-AR).

Los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, están sometidos a un examen o control de razonabilidad que debe verificar si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad estatal, el ejercicio de la misma se tradujo o no en un acto viciado de arbitrariedad. La revisión jurisdiccional implica una garantía para preservar los intereses fundamentales de la comunidad, procurando que la administración ejercite un gobierno protector de las garantías, derechos y deberes reconocidos en el orden jurídico y que deben permanecer inalterables. *"Los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales no escapan al control judicial, admitir lo contrario importaría aceptar la indefensión del destinatario de la actividad administrativa, que vería cercenado de este modo su derecho de acudir a la justicia para la satisfacción de su pretensión, condenando al ostracismo cualquier aspiración de realización de justicia. El ámbito de libertad otorgado por el sistema jurídico-legal a la administración (al igual que el otorgado al órgano legislativo y al judicial), siempre se resuelve dentro de las pautas dadas por el mismo ordenamiento jurídico, sino han sido resueltas directamente por las normas."*(Schafrik, Fabiana Haydee, art. citado).

Por estos argumentos, cabe desestimar, el agravio.

3.5

Para dar respuesta al planteo ya insinuado en la contestación de la demanda, fundado en la falta de acreditación de la relación causal entre el supuesto acto gubernamental que restringe la pauta publicitaria y la supuesta represalia de su mandante, diré que el replanteo en esta instancia no es relevante y no hace a la cuestión de fondo. Señaló la CSJN en fallo posterior al que cita(320:1191) *"Existe una supresión temporaria y una reducción sustancial sin causa justificada y, además, evidencia sobre el ejercicio*

irrazonable de facultades discrecionales. Para tener por acreditado este hecho 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."(voto de la mayoría)..." *De este modo, es irrelevante que el ánimo con que haya actuado la provincia en orden a la eventual discriminación de la actora en razón de sus ideas o posiciones críticas respecto de las autoridades locales y, por tanto, su demostración*. (Voto Fayt)(CSJN "Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo 5-sep-2007 Base MJ-JU-M-14589-AR).

3.6

Por lo expuesto propongo al Acuerdo desestimar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 347/351 con imposición de las costas al vencido (art. 17 Ley V N° 84. A los letrados que intervinieron por la Provincia del Chubut no se le regulan honorarios conforme lo dispuesto por el art. 2do de la norma arancelaria y no haber insinuado en autos, estar incursos en las excepciones que la norma prevé. Los honorarios de los letrados T. R. y D. G. L. y a mérito de su intervención se determinan en el 30% de los fijados en la instancia anterior (art. 5 y 13 ley XII N° 4).

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por la Dra. de Villafañe.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

Y en orden al análisis de esta primera cuestión, adelanto que mi voto será en sentido coincidente con el de la Sra. Jueza preopinante, y daré razones de ello.

No puedo soslayar que el apelante incurre en reiteraciones en su escrito de expresión de agravios, como así también en expresiones ya formuladas oportunamente en su conteste de fs. 129/139.

Procurando desbrozar las quejas y ordenarlas, me expediré por una cuestión de método en el mismo sentido que lo ha hecho mi colega de Cámara.

En esa línea metodológica, comenzaré señalando que el quejoso cuestiona que: a) no se encuentran reunidos los requisitos de la ley V, n° 84; b) que la acción interpuesta no es la vía más idónea, ya que ni siquiera ha formulado reclamo administrativo previo.

Tal como lo señala la Dra. de Villafañe, nada obstaba a que la accionada impugnara la admisibilidad formal decretada en la instancia anterior, permitiendo en cambio, con su consentimiento, que el proceso progresara hasta el estado en que hoy se encuentra.

Tales aseveraciones, constituyen un *venire contra factum* del Estado Provincial demandado, y consecuentemente no puede ser tratado en esta Instancia.

Ello así, pues “la doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión. Se trata de un impedimento de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar". Lo obstativo se

apoya en la ilicitud material -se infringe el principio de buena fe- de la conducta ulterior en contradicción con la que le precede. Y se trata de un supuesto de ilicitud material que reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, considerado éste inescindiblemente..." (MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Rubén S., "Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia", LA LEY 10/08/2004, 1 - DJ 2004-2, 1241).

Por otra parte, como bien señala la Sra. Jueza de primer voto, siendo que el ordenamiento autoriza la impugnación del auto que habilita la vía (arg. art. 11, ley V – N° 84), el hecho de haberlo consentido dio lugar a que operara la preclusión, impidiendo que se tornen eficaces aquellos actos que se pretenden ejecutar fuera del período asignado en el proceso.

Por tal razón, sostengo, en la misma línea de ideas que mi colega de Cámara, que esta porción del agravio no puede prosperar.

2.

De los elementos de prueba traídos a este proceso, el más relevante, a mi juicio, por contener pautas objetivas susceptibles de valoración, es el trabajo pericial de fs. 321/331 y 340/341, debiendo adelantar que el sentenciante de la otra instancia ha dado cuenta de él.

Si bien volveré más tarde sobre su tratamiento, no puedo soslayar, para continuar con el derrotero del voto anterior, hacer referencia al mismo en este acápite.

El recurrente señala al respecto que dicho informe dio cuenta de la existencia de órdenes de publicidad, sin que se hubiese verificado supresión abrupta alguna.

En este aspecto, el decisorio recurrido da suficientes razones de lo que, a su juicio, contesta el interrogante planteado en la controversia: ¿hubo suspensión abrupta de la pauta publicitaria a partir del 22.12.2010?.

En ese sentido, tras un análisis de la prueba pericial y de la documental traída por la actora, contesta afirmativamente.

También señaló el apelante que el sentenciante omitió considerar que la cuestión de la pauta publicitaria estatal no se encuentra reglada, por lo que su discrecionalidad no puede determinar efecto negativo alguno.

Pese tal aserto, cabe señalar que en el apartado c) del decisorio se hace expresa mención a ella y argumenta en tal sentido, sin que la expresión de agravios contenga fundamentos que permitan colegir que se trata de una crítica razonada y concreta en la especie en tratamiento.

Es que la queja ha de ser siempre una crítica clara, seria, precisa, razonada y concreta, mediante la cual se refute cada motivación de la sentencia usada por el juez *a quo* para sentenciar como lo hizo (tanto en lo relativo a la consideración de los hechos litigiosos como de la normativa legal aplicable a ellos) y con la expresión de la solución final que se pretende obtener del tribunal *ad quem*.

Y con esto parece ya claro que se trata del requisito intrínseco de mayor importancia en materia recursiva, pues en él está la vida misma del recurso (cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Sistema Procesal, T° II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 434).

En síntesis, la sentencia de la otra Instancia consideró que la conducta del Poder administrador fue arbitraria, y tal arbitrariedad consistió en disminuir la publicidad drásticamente sin justificación. Tal argumento fue rebatido, sosteniendo que no llegó a demostrar la amparista la arbitrariedad ni la ilegalidad manifiesta. Tal refutación no constituye, a mi juicio, crítica razonada a la afirmación sentencial, limitándose, en todo caso a discrepar con esa porción del fallo

Por otra parte, a la queja referida a que la potestad no se encuentra reglada, por lo que su discrecionalidad no puede determinar efecto negativo alguno, el Sr. juez de la Instancia anterior dedicó los apartados b) y c) de su

pronunciamiento para señalar cuál fue la base normativa de su decisión y argumentar sobre todo lo contrario. A estas afirmaciones, la queja no dedicó un solo párrafo a fin de demostrar el desacierto de sus aseveraciones. No puedo menos que considerar que, también desde este ángulo, el intento de crítica no cumple satisfactoriamente con los recaudos exigidos por el art. 268 de la ley procesal provincial.

Estos dos aspectos del recurso, deben a mi juicio, ser declarados desiertos en orden a la normativa adjetiva citada.

3.

Corresponde a renglón seguido el tratamiento de las quejas relativas: a) la valoración de la prueba documental y pericial y la conducta observada por las partes; b) la indebida intromisión del Poder Judicial en los actos discrecionales del Ejecutivo; c) la relación de causalidad entre el acto gubernamental y la supuesta represalia.

Con relación al primero de los tópicos puestos en discusión por la quejosa, y en lo relativo a la prueba documental traída por la actora, cabe señalar que del intercambio de fs. 36/37 no se advierten sino intimación a que se aclare si la interrupción de la pauta publicitaria se debió a una decisión gubernamental relacionada con la línea editorial del medio. Tal interpelación recibió como respuesta su rechazo, argumentando razones de reestructuración presupuestaria.

El intercambio epistolar electrónico de fs. 295/298, a mi juicio poco aporta a la dilucidación de la cuestión planteada.

Tal como lo adelanté en otro tópico de estas consideraciones, soy de la idea que la pericia contable es la más ilustrativa de las probanzas, las que arrima al juzgador pautas objetivas de ponderación, y respecto de la cual formularé algunas digresiones.

Desde un análisis cuantitativo, atento los resultados de la publicidad que arroja la labor pericial, no me quedan dudas sobre la disminución de la pauta publicitaria respecto de todos los medios de prensa escrita durante el periodo que abarcó el año 2010 (hasta el 22 de diciembre; ver fs. 329) y lo sucedido con iguales periódicos desde el 22.12. 2010 hasta el 31.08.2011.

Pero menos dudas me quedan, que en un análisis comparativo entre ellos, a quien se le redujo abruptamente la pauta publicitaria fue, precisamente a la actora. Veamos.

A partir de un cálculo que reduce la pauta publicitaria a un mes, dividiendo la cantidad de órdenes por 12 (período completo del año 2010), en el caso del año 2010 y por 8 (primeros ocho meses del año 2011), en el caso del año 2011, y escogiendo dos periódicos que también tienen circulación en la Ciudad de Puerto Madryn, como es el caso de los diarios J. y E. C., tenemos que al primero de los nombrados se le redujo la pauta en un 25% aproximadamente, en tanto al segundo, en el 50% aproximadamente.

Curiosamente, e. D. D. M. pasó de tener durante 2010 una pauta de 26 órdenes mensuales a 0,50 órdenes por mes en el transcurso de los meses de enero a agosto de 2011.

Tales parámetros me permiten coincidir con lo expresado por el Sr. juez de la Instancia anterior, en cuanto a que ninguna duda cabe sobre la abrupta disminución de la publicidad.

Y en ese entendimiento, no puedo sino tratar el agravio por el cual considera que en verdad, lo que hubo fue una reestructuración dentro del marco de su discreción y razonabilidad, sino una "distribución distinta", que en modo alguno constituye una actitud discriminatoria.

Desde esa perspectiva, y en orden a la valoración de la prueba tenida a la vista, ninguna duda cabe acerca de la irrazonabilidad de la decisión, entendido ello como la sola decisión del funcionario, y donde la discrecionalidad tiene su límite sustantivo (cfr. CASSAGNE, Juan C, "La

prohibición de arbitrariedad y el control de discrecionalidad administrativa del Poder judicial", LL, 2008-E,1274).

Máxime, cuando, contrariamente a lo expuesto en orden a la carga probatoria, era el Estado demandado quien, a través de su órgano administrador, debía acreditar que el recorte presupuestario -que invocó en el despacho epistolar de fs. 37- se había practicado de modo igualitario para todos los medios de prensa escritos.

Ello, en buen romance, significa que el Estado no está obligado, es cierto, a repartir la torta publicitaria dado que el art. 32, de la Constitución Nacional, sólo impone al Congreso un deber de abstención de citar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no una obligación positiva para promover su desarrollo o acordar su publicidad. Por tal razón, recibir pauta no es un derecho subjetivo de la prensa privada. Sin embargo, cuando el Estado decide repartir, no lo puede hacer de modo irrazonable y desigual (cfr. CATALANO, Mariana, "Alcances de la libertad de prensa a propósito del fallo de la Corte 2Perfil", CSJN, 2011-03-02, La Leyonline).

Es decir, pese a la existencia de laguna en materia de distribución de pauta publicitaria, si hay decisión política de dar a conocer los actos de gobierno, debe fijarse un porcentaje mínimo para todos (fr. CATALANO, Mariana, comentario a fallo citado).

Ese extremo era el que debía probar la actora y, a mi entender, lo logró con éxito a partir del análisis comparativo de la pericial contable de la que he dado cuenta.

Y si el Estado consideraba que la reducción tenía motivos como los que argumentó, debió probar que tal reducción también se había practicado con criterios de igualdad.

Siendo la libertad de prensa una de las que posee mayor entidad en el marco de nuestra Constitución Nacional, al extremo que sin su debido resguardo existiría una democracia desmembrada o puramente nominal

(CSJN, Fallos: 248-291; 315:1492, entre otros) y que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social, ese pluralismo se ve coartado cuando el Estado decide repartir publicidad oficial con un criterio selectivo.

Lo que se reprocha entonces al poder administrador, no es si va a pautar o no, sino que, una vez tomada tal decisión, se omita la explicación del criterio del reparto. Y lo que es peor, se persista en esa omisión.

En tal caso, el comportamiento discrecional pasa a ser arbitrario, y por lo tanto, ilegitimo e inaceptable (cfr. CATALANO, Mariana, artículo citado).

Vinculado con lo expuesto anteriormente, es el caso referirme al agravio sobre la apuntada intromisión del Poder Judicial en el Ejecutivo, en torno a sus actos discrecionales.

He señalado que el acto, lejos de ser discrecional, se tornó en arbitrario e ilegítimo, en orden a la valoración de la prueba pericial que tengo a la vista.

La necesidad de motivar un acto obedece a dos razones:

Permite, por un lado, deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación, el acto de la administración aparece en el mundo jurídico como "un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta" (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos,." op. cit). Para peor, en casos como el presente, en el que ni siquiera se ha acreditado que hubiese una resolución escrita en tal sentido.

Tal aserto, a mi juicio, resulta incompatible con un Estado de Derecho, que es gobierno del derecho y no de los hombres.

Por el otro lado, tiene que ver con la tutela judicial efectivamente, y más precisamente con la garantía de defensa (art. 18, CN), pues si el acto no se encuentra motivado, y no se dan razones de ello por cualquier medio que fuera (tal como sucedió en estos autos), el particular se encuentra impedido de ejercer las facultades propias del debido proceso adjetivo.

Y en esto, nada obsta a que no se hubiera emitido un acto administrativo con las debidas formalidades. Por el contrario, si un acto de esa naturaleza, revestido de tales formas, pero sin la debida motivación, está sujeto a la sanción de nulidad absoluta, con cuanta mayor razón ha de estarlo aquél que ni siquiera merece esa calificación legal.

Por esa razón, entiendo, que desde esta perspectiva, debe desestimarse también el recurso interpuesto.

Finalmente, he de tratar el agravio vinculado con la invocada falta de causalidad adecuada entre el acto gubernamental y la represalia recibida por el medio de prensa afectado.

A esta altura de las consideraciones, soy de la opinión que esta cuestión es secundaria, y a mi modesto entender no hace al fondo del asunto en tratamiento.

Indagar los motivos que impulsaron al poder administrador a disminuir abruptamente la pauta publicitaria no es relevante. Lo cierto es que, sin justificación tal disminución existió.

Lo que, en todo caso, la Constitución protege es la libertad de expresión, prohibiendo que el gobierno pueda asignar sus recursos de acuerdo a un sistema de premios y castigos, con prescindencia de si se trató o no de una represalia.

Es que la libertad de expresión es una garantía constitucional que no sólo se ha de tornar operativa cuando la desigualdad ya se hizo ostensible, sino que debe abarcar un período anterior, esto es, la simple amenaza. Es decir, cuando concurre el peligro de que con su actitud, el gobierno regula el discurso de los medios de comunicación.

Ello, a mi humilde entender, alcanza y sobra para afectar el precepto constitucional.

Por tales razones, esta última parcela del agravio también ha de ser desestimada.

4.

Coincido con la Sra. Jueza de primer voto en señalar que las costas deben ser impuestas al apelante vencido (art. 69, del CPCC).

En el mismo sentido que la Dra. de Villafañe, coincidiré con la regulación de honorarios practicada a los letrados de la parte actora por su actuación en esta Instancia, atento la calidad y mérito de su labor.

Con respecto a los Sres. Letrados de la parte demandada, en orden a lo dispuesto en el art. 2 de la ley arancelaria, no cabe practicarle regulación de honorarios.

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo

De compartir los Sres. Jueces de Cámara, mis argumentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue: **1) CONFIRMAR** la sentencia de fs. 347/351. **2) IMPONER** las costas al apelante vencido (art 17 Ley V N° 84) **3) REGULAR** los honorarios de los letrados T. R. y D. G. L. en el 30% de los fijados en la anterior instancia (art 5 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod) y **SIN REGULAR** honorarios a los Ab. Diego Carmona y Fernando Peralta (art 2. Ley XIII N° 4 y su mod); **4)** De forma

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia de fs. 347/351.

2) IMPONER las costas al apelante vencido (art 17 Ley V N° 84)

3) REGULAR los honorarios de los letrados T. R. y D. G. L. en el 30% de los fijados en la anterior instancia (art 5 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod) y **SIN REGULAR** honorarios a los Ab. Diego Carmona y Fernando Peralta (art 2. Ley XIII N° 4 y su mod);

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /11. SDC. CONSTE.