

## **“Judicialización del DNU 690/2020”**

Informe elaborado por el equipo técnico de la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización. (Actualizado 21-10-21).

El 22 de agosto de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia 690/2020 que reformó la Ley Argentina Digital 27.078 básicamente en cuatro aspectos:

-La declaración de Servicios Públicos esenciales y estratégicos en competencia a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC (art. 1 del DNU que incorpora como artículo 15 de la Ley 27.078)

-La facultad de regular precios otorgada a la Autoridad de Aplicación (ENACOM) “...*Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta.*” (art. 2 del DNU que sustituye el artículo 48 de la Ley 27.078)

-El art. 3 del DNU, que agrega como segundo párrafo del artículo 54 de la Ley N° 27.078 la categorización de la telefonía móvil en todas sus modalidades como servicio público y la facultad de regular los precios de estos servicios por la autoridad de aplicación

-Finalmente, suspendió en el marco de la emergencia sanitaria, cualquier aumento de precios o modificación de los mismos, desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico, los correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil, y a los servicios de televisión satelital por suscripción.

El decreto bajo análisis se encuentra fundamentado en que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) representan no sólo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen además un punto de referencia y un pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social.

Asimismo, hace foco en que la convergencia de tecnologías constituye parte de la naturaleza misma del desarrollo del sector, por lo cual es un deber indelegable del Estado Nacional garantizar el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones utilizadas en la prestación de los servicios de TIC así como el carácter de servicio público esencial y estratégico de las tecnologías de la información y las comunicaciones en competencia, estableciendo no sólo las pautas para el tendido y desarrollo de la infraestructura en términos de redes de telecomunicaciones a lo largo y ancho de todo el territorio nacional sino también, las condiciones de explotación de aquella, de modo tal que se garantice la función social y el carácter fundamental como parte del derecho humano a la comunicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

En el mismo sentido, resalta que en el derecho comparado más moderno se reconoce como un derecho humano el acceso a las TIC. En consecuencia, considera que el derecho humano al acceso a las TIC y a la comunicación por cualquiera de sus plataformas requiere de la fijación de reglas por parte del Estado para garantizar el acceso equitativo, justo y a precios razonables. En este marco, entiende la necesidad de recuperar los instrumentos normativos que permitan garantizar para la totalidad de los y las habitantes de la Nación el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), estableciendo además planes accesibles e inclusivos que garanticen una prestación básica universal obligatoria.

El 24 de agosto de 2020 la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo declaró la validez del Decreto, de acuerdo al procedimiento que establece la ley 26.122, y fue aprobado en la sesión especial remota del 3 septiembre de 2020 el Senado de la Nación que convalidó en su totalidad al Decreto de Necesidad y Urgencia 690/2020.

Luego de la publicación del DNU 690/20, algunas empresas de telecomunicaciones criticaron la medida y comenzó un conflicto con el Estado nacional, donde ENACOM ha mantenido su postura de resguardar el acceso a todos los ciudadanos a la conectividad en el marco de la pandemia que transformó y digitalizó la vida de todos, y las empresas sostienen la decisión de limitar la intervención del Estado para lo cuál han recurrido a la justicia.

De este modo Telecom, Grupo Clarín, Telecentro, Telefónica, Catrie Televisora Color, y la Asociación Argentina de Televisión por Cable han solicitado a la justicia la inconstitucionalidad del DNU y a la vez el dictado de una medida cautelar solicitando la

suspensión de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto de necesidad y urgencia N° 690/2020 y las Resoluciones 1466/20 (regula tope de aumento de precios) y 1467/20 (reglamenta la Prestación Básica Universal).

Sin entrar en el detalle de cada una de las causas que se encuentran en trámite en la Justicia –**ninguna de ellas ha resuelto el fondo de la cuestión** (sobre la constitucionalidad o no del mentado decreto), analizaremos en líneas generales las posturas contrapuestas en torno a los artículos modificados de la ley 27078.

Las actoras han solicitado se decrete la inconstitucionalidad del DNU 690/2020, fundando su petición en la nulidad absoluta, por considerar que el decreto vulnera los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75 inciso 22, 76 y 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, así como lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En líneas generales los argumentos de las empresas actoras, han sido los siguientes:

- El PEN al declarar servicio público a los servicios de acceso a internet, de televisión por cable y a la telefonía móvil a través del DNU 690/20 transforma sus precios, que eran fijados de un modo completamente libre y en competencia, a precios regulados (tarifas); procediendo a confiscar su derecho de propiedad, declarándose ilegítimamente titular de una actividad que integra la esfera privada y se ejercía bajo un régimen de libre competencia de mercado. De esta manera se transforma en una actividad pública y sujetándolo a su control.

-El DNU 690/2020, destruye la mínima seguridad jurídica necesaria para brindar un horizonte de previsibilidad a servicios que exigen de permanentes y millonarias inversiones para funcionar. La regulación de precios y el desapoderamiento ilegítimo del servicio producto de la declaración de servicio público, afectan las inversiones ya efectuadas por los prestadores que se vuelven imposibles de recuperar y se ahuyentan las necesarias inversiones futuras. Ante esta situación las empresas litigantes alegan que no podrán afrontar las inversiones necesarias para la prestación de sus servicios y verán comprometida la posibilidad de cancelar préstamos vigentes y obtener nuevos para sostener la infraestructura o expandirla. En sus argumentos sobre las inversiones que deben hacer, especifican que se encuentran obligadas por contrato a cumplir exigentes cronogramas de despliegue a los que

se someten en el marco de los procesos de asignación de espectro, y que su incumplimiento puede determinar sanciones económicas y la pérdida de ese recurso.

- La calificación como servicio público de los servicios TIC dispuesta por el decreto impugnado resulta inconstitucional por ausencia de ley y violación a lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que establece que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios de “jurisdicción nacional”, toda vez que -a su entender- no puede existir una actividad de naturaleza económica designada como servicio público, sin previa calificación legal y su correspondiente marco regulatorio establecido por la legislación. Asimismo, que la calificación como “servicios públicos” implica la reversión sustancial de los conceptos de libre competencia y sus naturales implicancias, para sujetar las prestaciones y sus condiciones a un sistema de total regulación (tal como el que es propio y natural del servicio público.

El Poder Ejecutivo Nacional en todas las causas se presentó resaltando, en primer lugar, la coyuntura de la pandemia en la cual se dictó el decreto 690/2020 y que debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión. Así, la situación de emergencia sanitaria y la consecuente disminución de la circulación de personas para mitigar los contagios configuran una situación de urgencia que impuso la necesidad de otorgar una inmediata protección de estos derechos.

En efecto, los argumentos que justifican el dictado del DNU, señalan que en el contexto de la pandemia, cobra mayor relevancia aún el acceso a las TIC y a las redes de telecomunicaciones tanto para las empresas como para los y las habitantes, y que la ONU ha expresado en diversos documentos la relevancia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para el desarrollo de una sociedad más igualitaria y la importancia de que a todas las personas les sea garantizado su acceso a las mismas.

En la contestación de traslado de la causa “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. Y OTRO C/ EN S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO (Expte. N° CAF 014328/2020) en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5” el letrado del Estado Nacional (Jefatura de Gabinete, Dirección De Asuntos Jurídicos) contesta demanda y señala:

*“Los efectos del Decreto 690/20, exceden el interés de la parte actora, por cuanto se trata de una decisión de política pública con el fin de proteger el derecho de acceso a la telefonía móvil y a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, “TIC”), siendo este uno de los derechos que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión, al acceso a la Justicia, a trabajar, a la educación, salud, alimentación, entre otros, como así también a constituir al desarrollo de una sociedad más justa e igualitaria con el objeto de que a todas las personas les sea garantizado su acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones; razón por la cual, en caso de que se ordenara la medida cautelar peticionada, se configuraría una afectación a la igualdad de acceso a los servicios que resultan indispensables para la vida de los habitantes, especialmente en el contexto mundial actual.” “En caso de admitirse la cautelar solicitada, se dejaría sin efecto una de las medidas fundamentales para morigerar el efecto económico de la pandemia, permitiendo a los usuarios poder seguir accediendo a los servicios vinculados a las TIC, los cuales son cada vez más esenciales en la vida cotidiana de la población”*

*“En su art. 47, inciso d) la misma Ley 27.078 otorga a la Autoridad de Aplicación la facultad de poder establecer “...obligaciones y condiciones específicas para aquellos licenciatarios, con poder significativo de mercado y cualquier otro que considere justificadamente necesario; dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible y podrán consistir en: vi. Control de precios y tarifas, tales como su fijación, su orientación en función de los costos o la determinación de otro tipo de mecanismo de compensación”*

*“Asimismo, debe entenderse que la calificación del servicio como público no determina por sí que la actividad pase a ser estatal; por el contrario, puede decirse que se trata de una actividad privada que, por efecto del Decreto, estará sujeta a un mayor rigor en cuanto a la regulación estatal en la prestación del servicio. No se evidencia del articulado del Decreto que se encuentre en riesgo la propiedad privada...”*

*“Asimismo, cabe aclarar que las prestadoras fijarán sus precios, y que estos deben ser justos y razonables y que deben cubrir los costos de explotación. Las empresas no perderán ingresos. Los usuarios deberán tener buenos servicios, y las empresas,*

*naturalmente, sus ganancias. A ello, se suma el incremento en la demanda de servicios, que se traduce en una mayor ganancia para éstos”.*

Los capítulos sobre la mentada judicialización del DNU, han sido resueltos de diferentes maneras, favorables o no, y sólo en lo que respecta a la medida cautelar. Hasta ahora hay cinco cautelares que dejan sin efecto el decreto: la que obtuvo la cableoperadora TV Cable Color S.A., la de la Asociación Argentina de Televisión por Cable -que nuclea a 500 empresas-, la de Telecom, la de Video Color Campo Grande SRL y la que obtuvieron en conjunto DirecTV y Telecentro. Y ha sido rechazado el pedido de Telefónica y Grupo Clarín.

La Resolución de Cámara en la causa Telecom que suspende la aplicación del DNU se funda principalmente en el hecho que con esta norma se modifica la definición del servicio de forma permanente y no en la necesidad imperiosa de la conectividad en pandemia. Así, la resolución de Cámara no considera los efectos de la cautelar dispuesta sobre los usuarios de los servicios sino que protege los efectos que la aplicación del DNU puede tener sobre la empresa hasta que se resuelva la cuestión de fondo.

Las medidas cautelares otorgadas a las empresas mencionadas suspendieron la aplicación del DNU y con ello permitieron sucesivos aumentos en los precios de los servicios TIC por parte de estos proveedores. Hasta el momento las empresas amparadas por medidas judiciales han aumentado un promedio de 30% sus precios, mientras que ENACOM autorizó aumentos para todo el año del orden del 20%.

Lo cierto es que el Decreto 690/20, que declara esenciales los servicios de Internet, TV paga y telefonía móvil ratifica una política de Estado que entiende a la comunicación como un derecho humano básico y la conectividad como servicio esencial. La redacción del art. 48 de la Ley Argentina Digital plasmada en el decreto 690/20 dispone que el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) deberá regular los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de los servicios TIC en competencia, así como también de aquellos prestados en función del servicio universal, además de los que el ENACOM determine por razones de interés público. Y determina a la vez que los precios deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación.

Las falencias de cobertura, acceso y calidad de servicio, aumentan notablemente las desigualdades a lo largo y ancho de todo el país. Dichas condiciones profundizan las desigualdades económicas, pero principalmente la desigualdad de desarrollo integral local y regional. Estas brechas afectan principalmente zonas rurales y zonas urbanas de bajos recursos. Los efectos de la situación condicionan notablemente el ejercicio de otros derechos como los derechos a la Educación y a la Salud. El acceso a la conectividad comprende tanto la dimensión del despliegue de infraestructura como el acceso a servicios de calidad que sean asequibles para la ciudadanía. Por ello, la Prestación Básica Universal (PBU), que también es objetada por las empresas en sus presentaciones judiciales, constituye un cambio cualitativo en el acceso a las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones.

Además la Cámara Argentina de Internet (CABASE), emitió un comunicado el 24 de agosto de 2020 diciendo que *“La declaración de los servicios de conectividad a Internet como servicio público esencial y estratégico en competencia pone en riesgo de subsistencia a más de 1.200 pequeños y medianos actores del ecosistema de internet, que son PyMEs y cooperativas de capitales nacionales que prestan servicios principalmente en la gran mayoría de pequeñas y medianas localidades del interior del país”*.

La tensión entre las necesidades de usuarias y usuarios y las ganancias de las empresas que brindan el servicio debe encontrar un punto de equilibrio que facilite el acceso a la conectividad a todos los habitantes. Y el acceso deberá ser también en servicios de calidad y accesible para toda la sociedad.

La judicialización de este DNU pone en pausa parte de la política pública en el sector de las comunicaciones a la espera de una definición judicial, que se espera como uno de los temas importantes que deberá resolver la Corte.