

Peripecias del DNU 690 y el *déjà vu* de una judicialización



*Diego de Charras**

I.

El 21 de agosto de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional, mediante un decreto de necesidad y urgencia (DNU N° 690/20), declaró como “servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia” a la telefonía móvil, a la conectividad a Internet y la televisión paga, al tiempo que suspendió “cualquier aumento de precios o modificación de los mismos” hasta el 31 de diciembre de ese año.¹ Este decreto presentó diversas implicancias, algunas a corto plazo y otras a mediano y largo. La de mayor impacto y más cercana en el tiempo tuvo que ver con no aumentar las tarifas. Las empresas habían informado o estaban en proceso de notificación a los clientes de que a partir del 1 de septiembre se iba a aplicar un aumento, por eso el Ejecutivo eligió el DNU en lugar de la vía parlamentaria. No es una vía deseable para la resolución de regulaciones, y menos de la profundidad de la que se está hablando, pero también es cierto que había renuencia de distintos sectores políticos al tratamiento parlamentario de temas que no estuvieran vinculados con la urgencia de la pandemia, que siempre es problemático el tratamiento de aquello que afecta a las grandes empresas mediáticas y que los aumentos indiscriminados de tarifas en este contexto también requerían una decisión fuerte del Estado. El resto de las definiciones del decreto, que tienen que ver con la declaración de servicio público, si bien presentan

* Profesor e investigador en temas de Derecho a la Comunicación (UBA - UNPAZ). Actualmente preside la Red de Carreras de Periodismo y Comunicación Social de Argentina (REDCOM).

¹ El DNU N° 690/20 puede consultarse en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/341372/norma.htm>



una historia diferente para cada uno de los tres servicios, se centran de igual modo en la obligación de una prestación básica universal. Las principales empresas resistieron el cumplimiento de la norma y presentaron sendos recursos judiciales con destino aún incierto.

Si hay algo que la pandemia puso en evidencia fue la desigualdad en el acceso a una cantidad de derechos que se ejercen por vía virtual o a través de un soporte tecnológico. Hoy por hoy, la conectividad a Internet se ha vuelto necesaria para el ejercicio del derecho a la educación, del derecho al trabajo, a la asociación, a la reunión o a la libre expresión. Sin acceso al soporte tecnológico no se accede a la plataforma mínima para el ejercicio del derecho. Buena parte de los países del mundo en los últimos años definió como servicio público la conectividad a Internet: España, Francia, Alemania, Estados Unidos, México, Costa Rica, Colombia, países de los distintos continentes con distintas características sociales, políticas y económicas. Cada uno lo hizo con su estilo: en algunos casos como “servicio esencial”, en otros como “servicio público” o como “derecho humano”, pero una cantidad importante de países ha tomado decisiones en ese sentido.

A diferencia del universo de telefonía móvil, que se caracteriza por ser un mercado oligopólico concentrado en tres empresas –Movistar, Claro y Personal–, el servicio de conectividad en Argentina presenta actores fuertes y actores más pequeños representados por cooperativas y pymes. Es un sector de la economía asimétrico. En este caso, entonces, la definición de “servicio público” tiene que instituir al Estado como un agente que vele por la equidad en la prestación de servicios en calidad y en costos, disponiendo un control de tarifas no solo de las empresas hacia los usuarios, sino también de las empresas mayoristas a las minoristas.

En términos de conectividad, nuestro país ocupa uno de los primeros lugares a nivel regional en penetración de Internet, pero si bien la media nacional de acceso a conexión fija es de 67,62 cada 100 hogares, 17 de las 24 provincias del país están por debajo de esa cifra: 12 presentan entre 40 y 67 accesos y otras cuatro están por debajo de 40 accesos cada 100 hogares. A esto se suma la diferencia en las velocidades de conexión. Solo la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

presentan el 64,11% de los accesos con más de 20 Mbps, mientras que en las otras 22 provincias solo el 32,50% de los accesos cuentan con esa velocidad y el 32,52% tiene solo entre 1 y 6 Mb.²

II.

El sistema infocomunicacional argentino ha estado caracterizado históricamente, entre otras cuestiones, por la concentración de la propiedad, la centralización geográfica de la producción de contenidos y un diseño de políticas públicas que no consiguió –incluso durante las reformas de los gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner entre 2008 y 2015– resolver asimetrías regionales o provinciales en el diseño de redes, tanto de radiodifusión como de telecomunicaciones y conectividad a Internet.

Ya durante el menemismo, en 1997, se promulgó esta política de promoción del acceso a la red por parte del Estado nacional se complementó con la declaración de Internet como un servicio amparado en el derecho a la libertad de expresión. Así, en 2005 se promulgó la Ley N° 26032 que establece además que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

Las telecomunicaciones y la radiodifusión en nuestro país se encontraron reguladas durante muchísimos años por leyes oriundas de las dictaduras militares. En el primer caso se trata del Decreto-Ley N° 19798 de 1972, Ley Nacional de Telecomunicaciones, sancionada durante el gobierno de facto de Agustín Lanusse. Luego modificada, apenas iniciado el gobierno de Carlos Saúl Menem, por el pliego licitatorio de privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel), Decreto N° 62/90 y, finalmente, durante el gobierno de Fernando de la Rúa, nuevamente actualizada mediante el Decreto N° 764/00 de Desregulación de los Servicios y la nueva reglamentación del sector de las telecomunicaciones en Argentina. La telefonía móvil tenía su propio Reglamento General para Prestación de los Servicios de Comunicaciones Móviles (RGPCM) (Res. N° 490/97). Por su parte la radiodifusión se reguló hasta 2009 por el Decreto-Ley N° 22285/80 de la última dictadura cívico militar.

La sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en 2009 y de la Ley Argentina Digital en 2014 no solo actualizaron las normativas en cuestiones tecnológicas, sino que incorporaron también una perspectiva de derechos. Estas regulaciones se complementaron con una serie de planes y programas de inclusión digital entre 2010 y 2015, entre los que podemos mencionar el desarrollo de la Televisión Digital Abierta (TDA), el Plan Conectar Igualdad (dirigido a escuelas públicas) y el Plan Argentina Conectada, de extensión de la banda ancha.

En lo que hace a telecomunicaciones, la Ley Argentina Digital N° 27078/14 se consideró complementaria de la N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. De hecho, su artículo 2 explicita que “se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen

2 Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) (2020). *Indicadores de mercado*. Documento PDF. https://indicadores.enacom.gob.ar/files/informes/2020/4T/03_-_Acceso_a_Internet_Fija_-_2020.pdf

distorsiones en el otro”. Es decir, reconoce la convergencia tecnológica y su afectación a los operadores, pero mantiene jurídicamente escindidos los diferentes servicios (audiovisuales y de telecomunicaciones) y con autoridades distintas. Así, planteará la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y la Comunicación (AFTIC) como ente regulatorio de los servicios de telecomunicaciones y/o TIC. De tal modo, el acceso a las licencias o las obligaciones de los licenciatarios se remiten a criterios diferentes. Los servicios de comunicación audiovisual se rigen por el paradigma de la Convención de Diversidad Cultural de UNESCO, mientras que la regulación de las telecomunicaciones está alcanzada en gran parte por el marco de liberalización que impone la Organización Mundial del Comercio (OMC).³

En cuanto al acceso a Internet, la mencionada ley en su artículo 56 garantiza “a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación”. Y en el artículo 57 establece que los prestadores de Servicios de TIC no podrán

- a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.
- b) Fijar el precio de acceso a Internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos.
- c) Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier hardware o software para acceder a Internet, siempre que los mismos no dañen o perjudiquen la red.

Sin embargo, es posible registrar paulatinamente un incremento de medidas técnicas o de condiciones de uso que en la práctica resultan violatorias de la neutralidad de red e imponen barreras para la circulación de determinados contenidos por sobre otros.

Una novedad de la norma refería a la definición de servicio público en el artículo 15: “Se reconoce el carácter de servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciatarios de Servicios de TIC”. En otras palabras, solo se restringía la definición a algo como el servicio mayorista entre prestadores. La telefonía móvil y los servicios de conectividad no entraban en la categoría.

Otra novedad que incorporaba la Ley Argentina Digital refería a la autorización a las licenciatarias de Servicio Básico Telefónico (Telefónica de Argentina S.A. y Telecom S.A.) a brindar servicios au-

³ En los primeros, los Estados se reservan el derecho de proteger a sus industrias culturales nacionales. El Estado argentino aprobó en 1998 la Ley N° 25000 donde ratifica el Anexo IV del Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC diciendo expresamente respecto de la lista de compromisos adoptados: “La República Argentina considera fuera del alcance de esta lista [...] a la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión” como resultado de la aplicación de la cláusula de excepción cultural del GATT-GATS.

diovisuales. Hasta ese momento se encontraban excluidas por el pliego licitatorio que las obligaba a mantener el único objeto de ser prestadoras del servicio telefónico y la propia Ley N° 26522 que en los artículos 24 y 25 explicitaba que nadie con participación mayor al 10% de las acciones de una persona jurídica prestadora de servicios públicos podía ser licenciataria audiovisual. La Ley N° 27078 cambia esa definición y dispone que “Los licenciatarios de los servicios previstos en esta ley podrán brindar servicios de comunicación audiovisual, con excepción de aquellos brindados a través de vínculo satelital”. Esta disposición no cambió el escenario del ecosistema mediático puesto que las prestadoras telefónicas poseían redes de cobre que requerían una gran inversión en renovación para prestar servicios audiovisuales. En 2015, el cambio de gobierno obturaría nuevamente la posibilidad, a pesar las recurrentes referencias a la convergencia de sus funcionarios y sus mensajes publicitarios.

Las políticas públicas del gobierno de Mauricio Macri (2015-2019) significaron una regresión en materia de derecho a la comunicación. Por vía de decretos presidenciales se introdujeron regulaciones que favorecieron aún más la concentración –con el hito de la fusión de Telecom y Cablevisión en 2018– y la subsunción de los organismos de aplicación al Poder Ejecutivo alterando la institucionalidad y la participación de diversos actores políticos en la toma de decisiones del sector, entre otras.

De hecho, el 29 de diciembre, a poco de asumido el nuevo gobierno, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267/15 se desarmó la legislación vigente de servicios audiovisuales y telecomunicaciones en cuestiones centrales. Una de ellas refería a la posibilidad de que las empresas de telecomunicaciones brindaran servicios audiovisuales lineales y, con ello, un claro freno a cualquier proceso convergente. Otra, la derogación del citado artículo 15 de la Ley N° 27078 que definía el servicio público.

Ahora bien, el decreto de necesidad y urgencia también resolvió, lisa y llanamente, la disolución de los órganos de aplicación de la Ley N° 27078 como la AFTIC y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización. Creó un nuevo órgano, sin ningún tipo de exigencia al Poder Ejecutivo Nacional para la designación, integración y remoción de sus integrantes, lo cual significa la eliminación de garantías básicas que aseguren la autonomía o independencia de esas autoridades en la aplicación de la regulación sobre servicios audiovisuales.

El decreto dispuso la creación del nuevo organismo, al cual denominó Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), bajo la órbita del Poder Ejecutivo. De acuerdo con el artículo 24 del DNU N° 267, el ENACOM está compuesto por un presidente y tres directores, todos ellos nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional, y tres directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de las Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, que serán seleccionados por esta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno a la mayoría o primera minoría, uno a la segunda minoría y uno a la tercera minoría parlamentarias.

Por otro lado, el DNU excluyó a los cables de la calidad de servicios audiovisuales y los sometió a la condición de empresa de telecomunicaciones –como servicio de TIC–, por lo que anuló las reglas que

imponía la Ley N° 26522 en referencia a límites de concentración, obligación de emitir una señal propia, obligación de pasar las señales locales de TV ni de respetar el orden de la grilla de señales.

El 30 de diciembre de 2016 se sancionó el Decreto N° 1340 con nuevas disposiciones para el mercado de las telecomunicaciones. Establece las normas básicas “para alcanzar un mayor grado de convergencia de redes y servicios en condiciones de competencia, promover el despliegue de redes de próxima generación y la penetración del acceso a internet de banda ancha en todo el territorio nacional”. La normativa establecía que, a partir del 1 de enero de 2018, las empresas de telefonía fija y móvil (Telefónica, Telecom y Claro) estarían en condiciones legales para prestar televisión por suscripción, pero solo en ciudades con más de 80.000 habitantes: Buenos Aires, Córdoba y Rosario. En paralelo, las compañías audiovisuales podrían ingresar al mercado de telefonía fija y móvil. El decreto prohibía a las empresas telefónicas brindar televisión satelital. Asimismo, el decreto atribuyó amplias facultades a la autoridad de aplicación para la asignación a demanda de espectro radioeléctrico (y la atribución dinámica de bandas), el llamado a concurso para la atribución de nuevas bandas para la prestación de servicios móviles y el establecimiento de tarifas asimétricas de interconexión y precios de referencia. También habilitaba a la compañía de servicios de televisión satelital, DirecTV, a brindar acceso a Internet.

En diciembre de 2017 se comunicó la previsible fusión de Telecom Argentina S.A. (propiedad del fondo de inversiones Fintech del mexicano David Martínez) con Cablevisión Holding S.A. (propiedad en un 60% del Grupo Clarín y el 40 restante del propio Martínez). El impacto en el mercado de la fusión implicó que los grupos Clarín y Fintech reúnan al menos el 55% de las conexiones a Internet por banda ancha fija (95% en algunas zonas del norte del país), el 40% del mercado de telefonía fija, el 33% de telefonía móvil y el 39% de televisión paga (alrededor del 60% si solo se contabiliza la TV de cable). La decisión resultó de enorme gravedad.

El cambio de gobierno a fines de 2019, con la asunción de Alberto Fernández, permitió anticipar un cambio de orientación en la regulación general de medios y telecomunicaciones, aunque con destino incierto. A poco de asumir las nuevas autoridades, la llegada de la pandemia del COVID-19 junto con el aislamiento social obligatorio obligó a considerar la esencialidad de los servicios TIC y su universalización con mayor protagonismo en la agenda pública. En primer lugar, a través del Decreto N° 311/2020 el Poder Ejecutivo encuadró a la telefonía fija y móvil, a Internet y la televisión de pago como servicios esenciales, suspendiendo la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y quedaban obligadas, en caso de falta de pago, a mantener un servicio reducido. Luego, en abril de 2020, ENACOM actualizó los parámetros para la disposición de fondos en localidades de hasta 30.000 habitantes, adecuó reglamentaciones para entregar tablets y tarjetas prepagas durante la emergencia y lanzó el Programa de Conectividad para Barrios Populares (Resolución N° 477/20), entre otras iniciativas.

III.

En agosto de 2020 el Poder Ejecutivo dictó el mencionado DNU N° 690. Toma en consideración que “el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos digitales que posee toda

persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión” 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”.

Al poco tiempo, el Grupo Clarín a través de su compañía Telecom Argentina S.A. peticionó judicialmente que se dispusiera la suspensión cautelar de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto, fundando su planteo en la consideración de que vulneraban los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75, inciso 22, 76 y 99, inciso 3 de la Constitución Nacional y lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El 28 de enero de 2021, el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Walter Lara Correa rechazó la medida cautelar solicitada por Telecom Argentina S.A. contra el Poder Ejecutivo Nacional y ENACOM. Sostuvo que la demandante,

más allá de sus manifestaciones, no estimó cuál es la incidencia económica concreta que el congelamiento de precios, los aumentos fijados o el valor del Servicio Básico Obligatorio producen en su economía, de manera tal de acreditar que la denegación de la medida cautelar le causaría un gravamen que difícilmente podría revertirse en el supuesto de que la sentencia final de la causa admitiese su pretensión.

Luego agregó:

no ha explicado concretamente de qué manera afectarían el estado de sus finanzas. En este sentido, corresponde recordar que el fin de las medidas cautelares es evitar que durante el tiempo en que tramita el proceso principal, su objeto pueda verse frustrado, por ello es relevante que quien pretende su dictado, acredite el peligro de la pérdida del derecho que intenta proteger [...] la actora pretende tutelar un interés económico y sin embargo, no se han aclarado los efectos concretos que podría acarrear el hecho de afrontar dichos costos, en relación al giro normal en sus actividades.

Así, el magistrado consideró que la viabilidad de una medida cautelar exige la presencia de verosimilitud del derecho vulnerado y el peligro en la demora y, dado que no se verificaban ambas, correspondía rechazar la medida solicitada.⁴

Contra el fallo de primera instancia, Telecom Argentina S.A. interpuso el recurso de apelación de fecha 2 de febrero de 2021 y el Estado Nacional contestó el pertinente traslado el 17 de marzo de 2021.

⁴ El Fallo puede consultarse en <http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvw-fa-llos-comp-uest-o21100001pdf&name=21100001.pdf>

La Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia esta vez por mayoría a favor de Telecom. Dispuso la cautelar solicitada.

Telecom (Clarín) en su apelación sostiene que

las medidas dispuestas a través del DNU apuntado, resultan nulas e inconstitucionales en tanto: a) no se verifican los presupuestos de necesidad y urgencia exigidos en la Constitución Nacional para su dictado (art. 99 inc. 3º), instrumentando el DNU modificaciones legislativas de carácter permanente; b) no se dan los presupuestos legales para la calificación como “servicio público” de una actividad privada libre que se realiza en condiciones de competencia, siendo ilegítimo que el organismo de aplicación sea quien fije el marco regulatorio del mismo (art. 42 de la Constitución Nacional); c) se genera una violación del derecho de propiedad privada de Telecom S.A., al modificar unilateralmente las condiciones de prestación de sus servicios, desconociendo los derechos adquiridos y la libertad de precios vigente, configurándose una confiscación violatoria del artículo 17 de la Constitución Nacional; d) resultan irrazonables y desproporcionadas las medidas cuestionadas, en orden a lograr la finalidad supuestamente buscada; e) se incurre en un vicio evidente de desviación de poder, por cuanto se persigue una finalidad distinta de la declarada, buscando afectar el derecho de libertad de expresión en su faz individual y colectiva; f) se viola el derecho de propiedad de su parte, al congelar los precios de los servicios de TIC; g) se pasan por alto las exigencias del artículo 76 de la Constitución Nacional para la delegación de facultades legislativas; y h) se consagra una grave situación de inseguridad jurídica contraria a la Constitución Nacional.

Y le apunta al Estado Nacional diciendo que

los fundamentos esgrimidos por el PEN para la afectación de los derechos de su parte, son espurios, aparentes, contradictorios y de pretendida corrección política, e intentan camuflar la deliberada desviación de poder: declara como fin asegurar el acceso a los servicios de TIC, en particular para garantizar la educación pública y evitar la deserción escolar, pero adopta medidas encaminadas a controlar y dirigir una industria que se desarrolla eficientemente en condiciones de competencia; *nada tiene que ver la supuesta falta de conectividad de determinados sectores de la población*, con apropiarse ilegítimamente de las actividades comerciales de su parte.

Agrega que, “por otra parte, no existe urgencia en declarar como servicio público a los servicios TIC (incluyendo la telefonía móvil), que están entre los que mejor, más ampliamente y con mayor igualdad funcionan en nuestro país, en un régimen de plena competencia” (sic). Y enfatiza que

la declaración de servicio público que el dispositivo ha llevado a cabo es la vía instrumental para imponer sobre los servicios Tics (incluyendo, claro está, la televisión por cable como medio de comunicación social) un completo, total y absoluto control estatal sobre los mismos.

Agrega: es por ello que “la medida dictada, afecta el derecho de libertad de expresión tanto en su faz individual como colectiva”. Insiste en que “la finalidad no es otra que la de imponer ese control absoluto del gobierno federal, y la confiscación operada mediante la declaración de servicio público, es el medio instrumental írrito del que se ha valido para concretarla” (sic). Hace hincapié, además, en que “la máxima intervención estatal en la economía que comporta la declaración de servicio público (publicatio), conlleva –por ello– el máximo grado de intromisión gubernamental de entre todos los que serían posibles” (sic).

Asimismo, sostiene que

el fallo es también errado en lo relacionado con la acreditación del requisito del peligro en la demora, poniendo en cabeza de su parte un deber que no tiene, como es el de acreditar hechos que, por ser de público y notorio conocimiento (verbigracia; la inflación), no necesitan de ser probados.

Como veremos, es en cabeza del peticionario de la medida cautelar donde reside la obligación de probar el agravio.

Apunta que

tampoco hay que ser un especialista para entender qué si tal traslación a los precios de las variaciones sufridas en los costos relativos de los diferentes insumos que participan en la formación del precio, es impedida por una medida de gobierno como la que aquí se impugna, y esa medida no prevé ninguna *compensación, subsidio o cualquier tipo de ayuda estatal*, habrá un impacto negativo en la economía de la empresa, pues los ingresos se mantendrán nominalmente fijos mientras que sus costos se siguen incrementando.

En otras palabras, se impugna la capacidad de intervención estatal con grandes signos de pregunta, pero luego se solicitan compensaciones, subsidios o cualquier otro tipo de ayuda estatal.

Al contestar el traslado de la apelación, el ENACOM destaca que es tarea del gobierno nacional implementar políticas públicas para eliminar la existencia de inequidades, resolviendo la urgente necesidad en materia de conectividad y acceso a los servicios de TIC para las franjas sociales más postergadas. Afirma que, para la adopción de disposiciones específicas, ha tenido que ponderar una multiplicidad de circunstancias fácticas, normativas y técnicas, procurando tutelar los derechos de los usuarios y consumidores de los servicios TIC, como así también los intereses de las prestatarias, garantizando los niveles de inversión y competencia que requiere el sector comunicacional.

Por su parte, la Jefatura de Gabinete de Ministros, respecto de la vulneración de la libertad de expresión invocada por Telecom en su apelación, señala que los efectos del Decreto N° 690/2020 exceden sus intereses y que aquel tiene por objeto posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, siendo libres los contenidos de todos los medios de comunicación con plena libertad de expresión, de opinión y de imprenta.

Finalmente, la Sala 2 de la Cámara Contencioso Federal sostiene:

Así pues, llevado a cabo un estudio preliminar de los planteos efectuados, y con la provisionalidad que es propia de toda valoración llevada a cabo en el marco precautorio, se advierte que se encuentra configurado el requisito de la verosimilitud del derecho invocado en un grado suficiente para admitir la cautela, habida cuenta que los dispositivos en cuestión dan lugar a una alteración sustancial del régimen jurídico de los servicios prestados por Telecom (v.gr., de servicios en libre competencia a servicios públicos), importando ello una total sujeción de su prestación a *criterios regulatorios elaborados por la Administración*, con total modificación de las condiciones bajo las cuales fueron originalmente regulados, autorizados y habilitados, *sujetando su gestión a un régimen exorbitante*—propio del derecho administrativo—, que implica reconocer las más amplias prerrogativas al Estado Nacional para incidir en la actividad, disponiendo, entre otros aspectos, del propio patrimonio del prestador para organizar modalidades o condiciones bajo las cuales se llevarán a cabo las prestaciones, así como de la tarifa que aquél habrá de percibir, todo ello, como se dijo, en sustitución y eliminando el régimen de libertad de competencia y, por consiguiente, de fijación del precio de los respectivos servicios.

Enfatiza que

se ha dispuesto de las instalaciones, tecnología, inversiones así como de los costos operativos en que incurre la accionante a los fines de implementar y sostener la prestación de sus servicios en competencia, por un lado, para su aplicación a la satisfacción compulsiva de *un servicio calificado como “universal”*, bajo condiciones fijadas *unilateralmente por la autoridad de aplicación, sin fundamento jurídico alguno* que en principio justifique tal apropiación y afectación de los bienes privados. Y, por el otro, fijando un régimen de ajuste de precios —en un caso— y tarifario —relativo al servicio “universal”— en forma también *unilateral*, y que en principio se desentiende del costo real de organización, instalación, prestación y mantenimiento del mismo, así como de la posibilidad de obtención de una “rentabilidad razonable”.⁵

La Cámara se permite indicarle al Estado que si tiene una preocupación por los usuarios y usuarias lo resuelva de otro modo:

5 La sentencia de la Cámara puede consultarse en <https://abogados.com.ar/archivos/2021-06-10-072431-fallo-dnu-tics-telecom.pdf>

se hace un deber poner de manifiesto que el propio Estado Nacional cuenta con los medios y también con la posibilidad jurídica y técnica de implementar sistemas de prestación básica y universal a los fines de la consecución de los objetivos propuestos, sea disponiendo de los recursos actuales (entre los cuales, a título de ejemplo y, por cierto, sin excluir otros medios no enunciados, se encuentran el Fondo Fiduciario del Servicio Universal aportado por los prestadores de los servicios TIC'S cuyo reglamento fue aprobado por Resolución ENACOM N° 721/20; el sistema ARSAT (ley 26.062 y sus disponibilidades tecnológicas); programas de acceso a conectividad llevados a cabo por el Ministerio de Educación, la Secretaría de Innovación y el ENACOM), o implementando nuevos emprendimientos, claro está, sin afectar el contenido esencial de derechos provenientes de la actividad lícita de terceros. Pues ciertamente, de lo que se trata es de ampliar el espectro de prerrogativas, brindando el acceso a la información y consiguiente posibilidad de inclusión, a la mayor cantidad de personas y bajo postulados de equidad social.

Para la Cámara la situación provocada por la pandemia no configura un argumento razonable:

es de toda evidencia que lo concerniente a la situación sanitaria y consiguientes medidas adoptadas para el resguardo de la salud de la población y superación del flagelo a que nuestra sociedad se encuentra sometida, no reconocen un adecuado y razonable correlato en cuanto a la necesidad y urgencia propias de tal situación, con la calificación de los servicios TIC como públicos, con la consiguiente alteración sustancial del régimen jurídico y económico de las prestaciones involucradas.

Se torna reiterativo el uso del adjetivo unilateral. Omite que se trata regulación y no de correulación, que la autoridad de aplicación encarna, justamente, una autoridad y que el Parlamento legitima normas que se aprueban por mayoría, no multilateralmente:

según ha quedado debidamente expuesto en los pasajes que anteceden, la calificación de las prestaciones como servicios públicos, implica el consiguiente sometimiento de las retribuciones que ha de recibir el prestador, a un régimen tarifario, en el cual los precios son fijados *unilateralmente por la autoridad de aplicación*, modalidad que se replica en orden a la *imposición de la prestación del servicio 'universal'*, también retribuido por la tarifa determinada por acto estatal.

Finalmente, “por las razones apuntadas, este Tribunal considera ajustado a derecho admitir el recurso y otorgar la medida cautelar peticionada por la actora”. Es decir, con el voto mayoritario de Luis María Márquez y José Luis López Castiñeira, se admite lo peticionado por el Grupo Clarín contradiciendo lo resuelto en primera instancia.

Merece destacarse el voto en disidencia de la jueza María Claudia Caputi, que explicitó:

no hallo elementos para formarme en esta oportunidad un grado suficiente de convicción sobre las exactas implicancias de las medidas impugnadas, donde se alcancen a sopesar elementos de juicio objetivos en torno de la repercusión negativa de la misma, en su genuina extensión. No se me escapa, ciertamente, que una ponderación preliminar de la cuestión, propia del instituto cautelar, no es compatible con exigencias rigurosas, precisiones detallistas, o aclaraciones sobreabundantes para verificar el daño irreparable en la demora. Como fuese, aún bajo los parámetros clásicos en la materia, la modulación de estos factores que estimo aplicables, conduce a la conclusión negativa que adelanté. Bajo tales condiciones, y de cara a la provisionalidad de cualquier temperamento que se asuma sobre la protección cautelar, observo que si bien la versación y comprensión sobre las regulaciones sectoriales y su tratamiento jurídico autorizarían a aventurar conclusiones o pareceres preliminares sobre los efectos de la política estatal resistida, el contexto del caso me persuade que será una vez que se diluciden mejor tales extremos cuando se configure la oportunidad idónea para establecer las soluciones jurisdiccionales que correspondieran. En definitiva, es por las razones que se han indicado que concluyo, entonces, que el decisorio de la anterior instancia, más allá de las críticas expresadas en el recurso, debe ser mantenido.

Por su parte, en términos similares a los ya vistos, Telefónica de Argentina y Telefónica Móviles Argentina presentaron sendos recursos para plantear la inconstitucionalidad del DNU. Se solicita que se declare la nulidad (absoluta e insanable), inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los artículos 1 a 6 del DNU N° 690 y de las Resoluciones ENACOM N° 1466/20, 203/21 y 204/21.⁶

Ante esta presentación, el PEN expone que los efectos del Decreto N° 690/20 exceden el interés de la empresa impugnante, 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 TIC, uno de los derechos que posee toda persona para ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión, al acceso a la Justicia, a trabajar, a la educación, salud, alimentación, entre otros. Por esto, argumenta el Ejecutivo, la medida cautelar afectaría a la igualdad de acceso a estos servicios indispensables, especialmente en el contexto mundial actual.

Además, pone de relieve el grado de relevancia superlativa que les corresponde a los servicios TIC en el desenvolvimiento de las relaciones sociales. Luego, y en relación con la asequibilidad democrática de los beneficios del desarrollo tecnológico por el conjunto social, refiere que es tarea del Gobierno nacional implementar políticas públicas con el fin de eliminar la existencia de inequidades, resolviendo la urgente necesidad en materia de conectividad y acceso a los servicios TIC por las franjas sociales más postergadas.

Expresa que el deber de garantizar que el acceso a Internet se dé en forma continua (cada vez que la necesidad aparezca), regular (conforme a reglas preestablecidas), uniforme (en condiciones igualitarias

⁶ La sentencia puede consultarse en https://drive.google.com/file/d/13_rXciCgGuAJRO5mmZPpX9fHfclF-LuZ/view?usp=sharing

para los usuarios), general (con alcance a todos los habitantes) y obligatoria (exigible por los usuarios), y agrega que el ordenamiento internacional avala plenamente al instituto del servicio público como herramienta eficaz para garantizar los derechos esenciales de las personas. En ese orden, recuerda que el servicio público ha sido delineado, en el marco de los ordenamientos internacionales de derechos humanos, como una técnica de cohesión e igualdad social debida por los Estados nacionales.

La jueza del Juzgado Contencioso Administrativo Federal 5, María Alejandra Biotti, destacó que las TIC representan no solo 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. Por eso, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU exhortó “a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países”.

En otras palabras, se replica un fallo equivalente al de primera instancia de Telecom. Es dable suponer que la apelación de Telefónica obtenga en Cámara un fallo favorable como lo obtuvo el Grupo Clarín y la apelación estatal nos lleve a la necesidad de una sentencia del máximo tribunal. Nos coloca en una especie de *déjà vu* de lo que fue la judicialización de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.⁷

IV.

Nos propusimos en estas líneas describir un proceso regulatorio que se formula como un dispositivo de ampliación de derechos y que se encuentra en diversos trámites judiciales aún en curso. La definición de las telecomunicaciones e Internet como servicio público se apoya en una profusión de estándares internacionales y marca un proceso que más tarde o más temprano terminará imponiéndose por peso epocal. No fue extraño para nadie cuando en 2011 la ONU, en la voz de su Relator de Libertad de Expresión, Frank La Rue, planteó que el acceso a Internet era un derecho humano. Lo mismo cuando la declaración conjunta de los relatores de ONU, América, África y Europa del mismo año lo ratificaba sosteniendo que “los estados están obligados, positivamente, a facilitar el acceso universal a Internet [...] estableciendo regulaciones para crear un acceso inclusivo y más amplio”. Como decíamos al inicio, la pandemia puso de manifiesto que los Estados nacionales no pueden desentenderse del derecho a la conectividad y eso puede tomar distintas formas. El gobierno argentino avanzó en un formato bastante coherente con la malherida legislación vigente. Durante los años en que estuvo al frente del gobierno nacional, el macrismo desguazó por decreto la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, mientras las fuerzas sociales que la habían propulsado y defendido buscaban la forma de sostener una pequeña emisora con 3000% de aumento de electricidad.

⁷ Hay también otras cuatro cautelares que dejan sin efecto el decreto (TV Cable Color S.A.; Asociación Argentina de Televisión por Cable; Video Color Campo Grande SRL y en conjunto DirecTV y Telecentro). Por trascendencia, nos centramos en las presentaciones de Telecom y Telefónica.

Si la vía judicial impide al gobierno alcanzar el objetivo de declarar Internet como servicio público, muy probablemente seguiremos en un sistema de telecomunicaciones heredado del menemismo, donde las empresas aumentan las tarifas a su antojo, no rinden cuentas por la calidad del servicio y nadie se ocupa de los derechos de los usuarios y usuarias. Cada vez que el Estado argentino se propone regular lo que fuere, las empresas (en particular las de medios) inician un escándalo simulando ser víctimas de las arbitrariedades propias de la unilateralidad del ataque estatal, cuando no de una tiranía. En este caso puntual, nadie dijo que el Estado asumiría la prestación de los servicios ni que impediría la competencia ni ninguna otra cosa similar. No obstante, los términos de su alegato hablan permanentemente de confiscación, de eliminación de la competencia, de fijaciones arbitrarias de tarifas, pero en ningún momento se presentan números efectivos que den cuenta de un daño económico. La retórica altisonante oculta la falta de pruebas. Se presenta a la definición de servicio público o a la regulación como una especie de locura de políticos trasnochados cuando tiene más de un siglo de historia y, lejos de destruir el capitalismo, permitió establecer ciertas reglas de juego para velar por los derechos de usuarios y usuarias en mercados generalmente oligopólicos o con asimetrías muy pronunciadas entre megaempresas y pequeños proveedores. De hecho, la telefonía fija básica es un servicio público y no implicó jamás pérdidas para las empresas incumbentes.

La referencia a la inexistencia de necesidad o urgencia es un argumento interesante. Pero jamás existió en boca de las empresas cuando Mauricio Macri por otro DNU (267/15) beneficiaba al Grupo Clarín, otorgándole las modificaciones legales que la CSJN le había denegado. Tanto aquel DNU como este luego obtuvo legitimación parlamentaria en los términos de la Ley N° 26122 de tramitación de decretos. Una ley sin duda cuestionable (admite la ratificación de un decreto solo por una Cámara) pero que habría que cuestionar también cuando beneficia a las empresas y eso nunca sucedió. Lo grave es que el fallo de Cámara se hace eco de los argumentos empresariales planteando prácticamente que el Estado debería abstenerse de sus pretensiones regulatorias y luego increíblemente le indica cómo deberían plantearse las políticas públicas de telecomunicaciones sin molestar a las empresas.

En síntesis, estamos ante un problema grave de la democracia si no podemos superar el falaz argumento de que hay empresas radicadas en nuestro país que no pueden ser reguladas por el Estado para no afectar sus derechos adquiridos mientras el resto de la ciudadanía recibe (cuando los recibe) servicios deficientes y a precios exorbitantes y ve vulnerado su derecho humano a la comunicación.