

Comentario a fallo Distribución de competencias en la nulidad del DNU 690/20

*Por Mg. Marta Maule**

Fecha de publicación: 30/11/2023

Resumen

Análisis del fallo recaído en el Expte. Nro. 4206/2021 caratulado “TELECOM ARGENTINA SA C/ EN-ENACOM Y OTRO s/PROCESO DE CONOCIMIENTO”. Si bien se trata de un fallo de primera instancia, que por resultarle adverso el Estado Nacional se encuentra compelido a cuestionar para ser revisado en superiores instancias, se trata del primer fallo sobre el fondo de la cuestión, es decir sobre la legalidad de los servicios de TIC como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

Palabras clave: Servicios TIC, servicios públicos, nulidad, DNU 690/20.

. * Abogada (UNC). Docente de Derecho Público Provincial y Municipal en UNDAV y titular del curso de posgrado Plataformas Digitales y Sociedad Interconectada de la misma institución. Coordinadora del Módulo de Políticas TIC en el Observatorio de Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Avellaneda. Diversos estudios de posgrado, entre ellos: Magíster en Administración y Políticas Públicas; Máster en Economía de las Telecomunicaciones; Especialista en Abogacía del Estado; Diplomada en Gobierno Abierto y Gobierno Electrónico; Posgraduada en Economía y Finanzas para Abogados y en Gobernabilidad y Gerencia Política.

Cita sugerida: Maule, M. (2023). *Comentario a fallo: Distribución de competencias en la nulidad del DNU 690/20*. En Observatorio de Políticas Públicas: Módulo Políticas TIC de la Universidad Nacional de Avellaneda. Disponible en: <https://modulopoliticastic.com.ar/comentario-a-fallo-distribucion-de-competencias-en-la-nulidad-del-dnu-690-20/>

Introducción

Desde la privatización de ENTEL en los años 90, el sector de las telecomunicaciones y TIC ha sido botín de disputas entre quienes tienen válidos intereses comerciales en su explotación, quienes tienen convicciones en materia de regulación y desarrollo más cercanas al mercado y quienes las tienen más cercanas a su función social. En el centro de la disputa permanecen los ciudadanos y ciudadanas que, como usuarios TIC, tienen demandas insatisfechas de acceso y calidad de servicio. En esta arena compleja se despliega la acción pública en políticas de conectividad y sus múltiples actores no llegan a comprender la necesaria participación público privada que demanda su armónico desarrollo.

El consenso no es fácil, aunar intereses disímiles nunca lo fue, pero es una tarea que los poderes públicos del Estado se encuentran compelidos a realizar y los actores privados obligados a cooperar. El debate, la puesta en común y las negociaciones son costosas, llevan tiempo, concesiones, ganancias y pérdidas, pero no por ello puede omitirse, al menos no en un Estado constitucional y social de Derecho como el nuestro. Este espíritu es la base del sistema normativo de las TIC en nuestro país que rige desde 2014 y que ha sufrido varias modificaciones mediante decretos y resoluciones porque ambos sectores se niegan a aceptar las reglas dispuestas por ley formal del Congreso.

En este raid de imposiciones políticas, iniciadas en 2015 con el primer DNU¹ que modificó la Ley 27.078, llegamos en el año 2020 al dictado del DNU 690² que, entre otras cuestiones, declaró a los servicios de TIC como servicios públicos en competencia. En este punto, y para no sobreabundar en cuestiones de contexto y análisis normativo sectorial les recomiendo la lectura de dos artículos que he publicado en la Revista Argentina de Regulación y Derecho de las Telecomunicaciones³, en su número 1 y 2, respectivamente, y que secuencialmente brindan un análisis sobre con-

¹ DNU 267/2015, 04/01/2016 BO.

² DNU 690/20, 22/08/2020 BO.

³ <https://ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=668>

texto y normativa sectorial y sobre el escenario de judicialización y las medidas cautelares, que hasta este fallo, mantenían en *stand by* definiciones macrosectoriales.

En esta oportunidad me resulta sumamente necesario efectuar un análisis del reciente fallo recaído en el Expte. Nro. 4206/2021 caratulado “TELECOM ARGENTINA SA C/ EN-ENACOM Y OTRO s/PROCESO DE CONOCIMIENTO”. Si bien se trata de un fallo de primera instancia, que por resultarle adverso el Estado Nacional se encuentra compelido a cuestionar para ser revisado en superiores instancias⁴, se trata del primer fallo que se expide sobre el fondo de la cuestión, es decir sobre si existen o no existen en nuestro país los servicios de TIC como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

En otras palabras, asistimos al primer pronunciamiento por parte de quienes tienen por misión interpretar el derecho y determinar su validez cuando es cuestionado en un caso concreto, y no solo es relevante el contenido explícito del fallo y su definición, sino que el *timing* y la interpretación de lo que deja implícito el fallo puede resultar aún más notable que la interminable (re)definición abstracta de los límites entre lo público y lo privado dentro de un sector estratégico para el desarrollo. Adelanto brevemente que mi comentario se orienta a develar lo que puede entenderse como una clara delimitación de las competencias públicas al momento de tomar decisiones relevantes y de impacto en el mediano y largo plazo en el Ecosistema TIC de nuestro país.

En este aspecto, considero que el pronunciamiento de este fallo configura un gran paso para la institucionalidad, transparencia y gestión de un sector preponderante para el desarrollo de nuestro país. Recordemos que ello recién en el año 2014 se cristalizó mediante el procedimiento que exige nuestra Constitución Nacional para la formación de las leyes y que, aun así, mantiene resabios noventosos del diseño de privatizaciones que no conocían los límites democráticos del ejercicio del poder público que nuestros constituyentes explicitaron recién con la reforma del año 1994.

⁴ Con fecha 29/11/23 el Estado Nacional y el ENACOM presentaron formal recurso de apelación contra la sentencia dictada el 17/11/23.

Les propongo a continuación un breve recorrido por los autos del fallo y algunas precisiones del expediente judicial, luego una mención al trabajo del Ministerio Público Fiscal que mediante su dictamen sintetizó doctrina de la Corte referida al ejercicio de potestades legisferantes por parte del Poder Ejecutivo, seguiré con un análisis sobre los argumentos principales del fallo en lo que respecta a la *publicatio*, el control de razonabilidad del dictado del DNU y la legitimidad de la delegación legislativa en cabeza del ENACOM. Finalmente, cerraré con lo que considero implícito en la lectura del fallo y mis reflexiones finales.

Autos: hechos y precisiones del expediente judicial (7/4/21 al 17/11/23)

El fallo de primera instancia que motiva el presente escrito fue dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8 habiendo recaído sobre el Expte. Nro. 4206/2021 caratulado “TELECOM ARGENTINA SA C/ EN-ENACOM Y OTROS/PROCESO DE CONOCIMIENTO”, promovido el **7 de abril de 2021**. En junio de 2021 la fiscalía se expide respecto a la competencia en tanto entendió que la cuestión habría de resolverse conforme a principios y normas del Derecho Público.

El 7 de septiembre del mismo año se dispuso la conexidad con la medida cautelar autónoma del Expte. 12.881/2020⁵, por medio de la cual, en segunda instancia, la demandante obtuvo la suspensión de los efectos del DNU 690/20 a partir del 30 de abril de 2021. Al respecto, si bien como veremos en el próximo apartado, el fallo reviste autonomía argumentativa respecto a los puntos sobre los que basa su decisión de declarar la nulidad del DNU, remite argumentalmente a algunos considerandos del fallo de otorgamiento cautelar.

Para comienzos de octubre se corre traslado a las co-demandadas por 60 días, esto es al Estado Nacional y el ENACOM. Pasada la feria judicial, el **4 de febrero de 2022** se contesta la demanda y para el 25 de marzo se abre la causa a prueba por 40 días. En este ínterin se diligencian varias pruebas de carácter documental e informativo y se designan a los profesionales a cargo para las 3 pruebas periciales requeridas: económica, técnica y contable. Finalizando el mes de agosto de 2022 y

⁵ El 17/09/2020 en la causa “TELECOM ARGENTINA SA C/ EN- ENACOM Y OTRO S/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”, la demandante solicitó el dictado de medida cautelar contra el Estado Nacional y el ENACOM, a fin de suspender los artículos 1,2, 3, 4, 5 y 6 del DNU N° 690/20, en tanto consideró que resultarían nulos de nulidad absoluta por violar los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 22 33, 42, 75 inciso 22, 76 y 99 inciso 3 de la CN y lo establecido en el art. 30 de la Conv. IDH.

habiendo ya aceptado todos los peritos el cargo comienzan a correr los 20 días iniciales para dictaminar. El dictamen pericial económico se presentó el 11 de octubre y el dictamen pericial técnico el 15 de noviembre de 2021. El perito contador solicitó reiteradas prórrogas para emitir su dictamen que fue incorporado el **14 de abril de 2023**.

Va de suyo que el contenido de los dictámenes, sus aclaraciones, impugnaciones y las correspondientes contestaciones no ameritan que se tengan en consideración para analizar el fallo (en tanto pareciera haber cumplido más un rol de dilación del proceso que la de acercar al juez conocimientos técnico científicos para comprender la complejidad de los hechos que hacen a la solución del conflicto). Posteriormente, el 10 de agosto de 2023 se clausura el periodo de prueba y se pasa a alegatos, los que son presentados el 14 de septiembre, emitido el dictamen fiscal el 17 de octubre y finalmente recaída la **sentencia el 17 de noviembre de 2023**.

En una apreciación sumamente personal, considero que los informes presentados por el regulador, quien cuenta con el equipo y conocimiento técnico, jurídico, económico y contable especializado, dan muestra de las capacidades estatales para motivar debidamente las acciones públicas en esta materia. Lamentablemente esta labor llega tarde, esta labor debiera ser previa al dictado de una norma de la magnitud del instrumento jurídico cuestionado y no *a posteriori* para legitimar vía judicial una decisión política intempestiva tomada en una mesa chica a expensas del poder legislativo y del órgano con capacidad suficiente para generar informes y proyección de impacto.

Dictamen del Ministerio Público Fiscal⁶

El Ministerio Público, al momento de dictaminar sobre los planteos de inconstitucionalidad de la actora, consideró que debían rechazarse las inconstitucionalidades pretendidas. Va de suyo que, aunque en el fallo no se hace referencia al dictamen fiscal, nobleza obliga no se resolvió sobre las pretensiones de inconstitucionalidad respecto a la vulneración de derechos individuales, sino más bien se acogió una decisión - que estuvo en todo momento al alcance de todos los magistrados intervi-

⁶ Dictamen Número 5363/2023, Ministerio Público Fiscal, Fiscalía en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 7.

nientes- referida a la nulidad del decreto como acto susceptible de crear un servicio público y que no cumplió con los requisitos constitucionales para el ejercicio excepcional de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Es provechoso recordar que, considerando el rol del Ministerio Público Fiscal en los fueros no represivos como en este fallo, mediante su dictamen el fiscal tutela los intereses generales sobre el o los puntos de conflicto que se traen a discusión y que refieren a cuestiones tratadas en nuestra Constitución Nacional y leyes federales, en tanto estos casos demandan que una parte del Estado actúe en favor de los intereses de la sociedad. Esto es importante tenerlo en cuenta al momento de interpretar finalmente el fallo, puesto que se trata de escenarios muy distintos si la interpretación no versa sobre la vulneración de derechos individuales sino sobre la invalidez de la herramienta jurídica.

La riqueza del dictamen en estos autos deviene de la claridad y sencillez con la cual el fiscal presenta la evolución jurisprudencial de la CSJN “respecto a los requisitos constitucionales de la facultad normativa de excepción que se otorga al Poder Ejecutivo Nacional”. Destaca que el control de constitucionalidad lo realiza el Congreso cuando examina la procedencia del DNU y también el Poder Judicial ante un caso y agravio concreto, propio de nuestro control difuso de constitucionalidad.

El dictamen señala la legitimidad que estas prácticas tenían antes de la reforma constitucional del año 1994, contexto en el que parte de la doctrina comprendía que se encontraba dentro de las facultades implícitas del ejecutivo y que sirvieron para contener, resolver y normar coyunturas propias de situaciones de crisis económicas y sociales. Se resalta a su vez que la preocupación por entonces radicaba más en la falta de controles eficaces para evitar el abuso en el ejercicio de potestades legislativas por parte del ejecutivo que en la constitucionalidad de su competencia; situación que los convencionales constituyentes plasmaron en el art. 99 inc. 3º al reconocer su práctica⁷ y a la vez establecer controles sustantivos y de procedimientos como limitantes al abuso.

⁷ Ya lo había hecho la CSJN en el fallo Peralta de 1990, al convalidar jurisprudencialmente los DNU y considerando la convalidación tácita del Poder Legislativo en tanto, pudiendo hacerlo, no dictaban una ley contraria a lo dispuesto por el ejecutivo.

El fiscal cita jurisprudencia de la Corte y su evolución en cuanto al análisis no solo de los temas vedados sin excepción, sino también sobre el presupuesto fáctico que las habilita, esto es la verificación de la necesidad y la urgencia en su dictado. Al respecto, considerando la postura de la CSJN en el fallo “Verrochi” el dictamen sostiene que “la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”, pautas que se profundizan en fallos posteriores y que culminan en la afirmación que el dictado de DNU “pone en juego dos de los principios que orientaron la labor de la reforma constitucional de 1994: la atenuación del presidencialismo y el fortalecimiento del papel del Congreso”.

Respecto a lo que en el dictamen se expuso en concreto sobre la necesidad y urgencia verificada en el dictado del DNU 690/20 y el análisis sobre las consideraciones que tuvo en cuenta parte del Poder Legislativo al momento de convalidar el DNU mediante Resolución del Senado N° 95/2020 no profundizaré; puesto que considero que replica lógicas de la arena política y de los consensos en los poderes del Estado más que una cuestión de análisis jurídico del caso concreto⁸.

Consideraciones y argumentos relevantes del fallo

La lectura del fallo muestra dos etapas muy distintas que quizá reflejan el estado del proceso a ese momento: una primera parte de los vistos del auto que resulta caótica, con imprecisiones conceptuales y hasta un uso inadecuado de las siglas TIC. Quizá influenciado por los escritos presentados que no se destacan por su brillantez, precisión o claridad. Por ejemplo, se ha llegado a ligar directamente el acceso a servicios de TIC con el ejercicio de derechos de libertad de prensa, que sin lugar a dudas en un largo derrotero argumental y narrativo es posible y necesario, pero que no ha sido el caso de las argumentaciones inconexas, caprichosas y poco desarrolladas que abundan en los escritos -incluidos los periciales- que preceden a la sentencia⁹.

⁸ Con esto no sostengo que sea equivocado, sino que no es la estrategia argumental que sigue el fallo y carece de sentido profundizar en este aspecto.

⁹ Personalmente considero que no se requiere de gran capacidad argumentativa cuando las formalidades se cumplen para robustecer la posición propia dentro de la arena política. Por lo que creo que, si bien las habilidades políticas no son incompatibles con las jurídicas, es costoso mantener ambas para diversificar la estrategia, sobre todo cuando las inercias propias del proceso contencioso admi-

Por su parte, una vez iniciada la sección de los considerandos del fallo es ostensible el cambio del tenor argumental y hasta sintáctico de lo que resta del acto, daría la impresión que fue redactado en un tiempo distinto y hasta por distinta persona. Dejada de lado esta metaobservación con poca relevancia jurídica me gustaría plantear los dos escenarios de análisis que observo en este fallo: un escenario de argumentación transversal referido al ejercicio del poder público y un escenario de argumentación precisa que desmenuza problemáticas relevantes del Derecho Público y en particular del DNU cuestionado.

En lo transversal, observo una clarificación de regla, que en materia legislativa surge del mandato constitucional y refiere a la expresa prohibición al Poder Ejecutivo de emitir disposiciones legislativas. Recordar que se trata de un mecanismo de excepción no es un dato menor, y reposicionar la interpretación restrictiva era necesario hace mucho tiempo en un sector que se privatizó y modeló por decretos y que, en consecuencia, fue gestionado mayormente al margen de la legalidad formal que demanda nuestra Constitución en la formación y sanción de las leyes como fuente de derechos legales y de las limitaciones a los derechos constitucionales.

Es en esta tesitura que el fallo atinadamente sostiene que “la declaración de una actividad económica como servicio público, implica someterla a un régimen especial de sujeción jurídica, que exige el dictado de una **ley formal emitida por el Congreso**” (considerando V, párrafo 5º). Para luego doctrinariamente recurrir a Balbin al sostener que la restricción y reconocimiento de derechos es un acto propio del legislador y en ello consiste el acto de creación de un servicio público. Finalmente afirma que esta sola definición resulta suficiente para declarar la nulidad de los artículos 1º y 3º del DNU 690/20 (publicación de los Servicios TIC en general y la del servicio de telefonía móvil en particular).

No obstante, aun habiendo encontrado una solución políticamente correcta y neutral, muy apegada a la interpretación tradicional de nuestro Derecho Administrativo, el fallo ofrece tres argumentos más que resultan sumamente relevantes para sepultar al DNU y a la vez clarificar reglas de juego que se encuentran fijadas desde la

nistrativo permiten ganar tiempo valioso para la negociación por fuera del proceso judicial. Este tipo de prácticas lamentablemente desprestigian el rol de uno de los poderes del Estado, como es el judicial, también el rol de quienes somos profesionales del derecho y, a la vez, perjudican a la sociedad al fomentar escaladas de disputas de poder planteando juegos de un solo ganador.

redacción original de la Ley 27.078. Estos tres argumentos refieren a los requisitos constitucionales para que el presidente ejerza válidamente potestades legislativas en el sector, la razonabilidad de las medidas que se adoptan y la legalidad de la delegación en cabeza del ENACOM.

Retomando el arco argumental del fallo, luego de referirse a la *publicatio* analiza los requisitos de necesidad y urgencia para que el Poder Ejecutivo resulte habilitado a ejercer facultades legislativas que constitucionalmente detenta nuestro Congreso. El fallo contextualiza el dictado de la norma y destaca que no existía necesidad en tanto el Congreso se encontraba sesionando en forma virtual y ya había sancionado diversas leyes conforme el trámite ordinario para la sanción de las leyes. Aquí el fallo está diciendo que el Poder Ejecutivo recurrió a ejercer facultades legislativas porque quiso y no porque el Congreso se encontraba imposibilitado de hacerlo. A su vez refiere también al requisito de urgencia, que como se menciona en el dictamen fiscal, se trata de un requisito que es alternativo – no acumulativo- y se vincula con un requerimiento temporal que deviene incompatible con el trámite constitucional de las leyes y habilita el ejercicio excepcional de esta competencia.

Hasta aquí el fallo atacó la validez de la *publicatio* declarada mediante un DNU y la falta del cumplimiento de los requisitos constitucionales para que el presidente de la Nación ejerza potestades legislativas. Seguidamente, el fallo recurre al principio de razonabilidad que demanda el artículo 28 de nuestra CN y lo vincula directamente con la toma de decisiones de carácter permanente que el DNU introdujo como modificaciones directas al cuerpo de la Ley 27.078, esto es la fijación de precios por parte del regulador y la obligatoriedad en cabeza del sector privado de establecer una prestación básica de carácter universal.

Por su parte, el principio de razonabilidad es una guía para analizar la restricción de derechos vinculada a la toma de decisiones públicas discrecionales, y demanda, en términos generales, que el fin de la norma y las medidas que dispone sean concordantes. Por ejemplo, restringir la libre circulación de las personas por un tiempo determinado parece razonable para proteger a las personas y evitar la propagación de un virus agresivo, con una elevada tasa de contagios, muchas veces letal, del cual no se tenía información ni vacunas ni cura.

En este orden de ideas el fallo en cuestión plantea que la decisión de modificar el régimen de libertad de precios y de establecer una obligación de prestación en cabeza de los licenciarios de servicios TIC resultan irrazonables para alcanzar el fin de protección y acceso a estos servicios y a las redes de telecomunicaciones y, a su vez, asegurar el derecho a la educación, todo ello en el marco de la pandemia del COVID-19.

Este análisis nos permite ingresar sin inconvenientes en el ámbito del principio general de la proporcionalidad y sus tres subprincipios: de idoneidad o mandato de adecuación técnica; de necesidad o mandato de medio alternativo menos gravoso y de proporcionalidad en sentido estricto. En términos de dogmática del derecho, podríamos analizar el caso y una vez verificados secuencialmente estos subprincipios considerar cumplido el principio general de proporcionalidad, *contrario sensu*, de no sortear algún subprincipio el caso ingresaría en una situación de no proporción (Clerico, 2009).

Así, en el derrotero argumental ofrecido por este fallo, podemos inferir que las medidas a largo plazo adoptadas por el DNU 690/20 ha sorteado someramente el primer subprincipio, puesto que en términos generales no se ha acreditado que no resulte adecuado, técnicamente, para obtener los fines que se propuso. En este aspecto, la pobreza probatoria en cuanto al impacto proyectado de la medida respecto de quien alegaba ser pasible de un daño irreparable que vulneraba sus derechos constitucionales y la estrechez motivacional de la medida de quien la propuso como solución a determinados problemas sociales sin un análisis de factibilidad previo, serio y responsable; sumado a los cuestionables dictámenes periciales que no clarificaron los hechos sobre bases científicas, vuelve imposible determinar en instancia judicial la idoneidad de la medida¹⁰.

En consecuencia, podemos comprender que el DNU 690/20 no ha superado el análisis como medio alternativo menos gravoso, es decir el subprincipio de necesidad. En este sentido el fallo reitera algunas ideas de política pública que interpreta

¹⁰ Al respecto los invito a ver lo actuado en el expediente y analizar personalmente los informes periciales presentados seguidos del del análisis certero que realiza la codemandada ENACOM respecto de la prueba pericial presentada.

el poder judicial y que ya fueron vertidas por la Cámara en oportunidad de otorgar la medida cautelar autónoma, en términos de que

El Estado Nacional cuenta con los medios y con la posibilidad jurídica y técnica de implementar sistemas de prestación básica y universal, a los fines de consecución de los objetivos propuestos; disponiendo de medios existentes como el Fondo Fiduciario del Servicio Universal aportado por los prestadores de servicios Tic; el sistema ARSAT; programas de acceso a conectividad llevados a cabo por el Ministerio de Educación; Secretaría de Innovación y el ENACOM; o implementando nuevos emprendimientos (considerando VII, párrafo 4).

En último lugar quiero hacer mención a un argumento, sobre el que no era necesario que se expresara el fallo, pero que afortunadamente ha mencionado y es el que refiere a una aparente delegación en blanco en favor de ENACOM que violaría el principio de legalidad y los requisitos constitucionales para su procedencia.

Al respecto hay dos cuestiones bien distintas que el fallo subsume dentro de la misma problemática, por un lado, el art. 6º del DNU 690/20 que designa como autoridad de aplicación de la norma al ENACOM y le encomienda dictar las normas complementarias necesarias para el cumplimiento del decreto y, por otro, el art. 2º que según el fallo delega en ENACOM la facultad de regular precios, el servicio universal y la reglamentación de la prestación básica universal. En este aspecto, por una cuestión de técnica legislativa, paso a transcribir este último artículo, cuestión que me permitirá explicar mejor lo que a mi entender el fallo confunde

ARTÍCULO 2º - Sustitúyese el artículo 48 de la Ley N° 27.078, por el siguiente:

“Artículo 48: Regla. Los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación. 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.

La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.”

Respecto al análisis que realiza el fallo sobre la vulneración a las disposiciones constitucionales en materia de delegación legislativa, considero que aplica sin muchas objeciones al art. 6º del DNU 690/20. Existe un motivo de disputa de poder puertas adentro de la gestión de gobierno y esto se debe a que, tras la modificación a la Ley 27.078 mediante el DNU 267/15, se volvió a duplicar la institucionalidad vinculada a la regulación y control de las telecomunicaciones y TIC que había solucionado la ley del Congreso, dando lugar a una doble instancia dentro de la Administración Pública Nacional que se mantiene hasta nuestros días y que superpone dinámicas y tomas de decisiones entre el sector centralizado (JGM) y el descentralizado (ENACOM).

Se trata de un tema complejo que amerita un análisis de diseño institucional y normativo vinculado a las disposiciones legales desde la creación de la Autoridad Federal de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y el mapa de actores públicos actuales y que excede por lejos el comentario a este fallo. Al respecto, considero que el PEN al momento de dictar el DNU debió tomar la decisión de explicitar que sería el ENACOM quien aplicaría la norma en general, pues de otro modo, el dictado de las resoluciones necesarias para su implementación habría recaído en la repartición de gobierno centralizada y por su intermedio decantar finalmente en ENACOM quien detenta competencias legítimas otorgadas por el Congreso de la Nación.

Esto me da pie a la observación que el fallo hace respecto del art. 2º del DNU 690/20, y en este caso el DNU viene a sustituir un artículo dentro de una norma compleja¹¹, la que, aún con sus actualizaciones y modificaciones a la fecha, constituye todo un sistema normativo y sentó los principios regulatorios del Ecosistema TIC para Argentina (Maule, 2021). De este modo, el DNU realiza una modificación

¹¹ En este caso no hago referencia a la complejidad dada por la temática TIC, sino en los términos a los que refieren Alchourrón y Bulygin, cuando hacen referencia a las normas generales como aquellas que vienen a resolver una cierta pluralidad de casos y que por principio de economía deben ser lo más generales posibles con el menor número posible de enunciados para que la base del sistema de normas sea lo más completa posible. En otras palabras, a mayor cantidad de normas, mayor cantidad de enunciados, mayor será la base del sistema normativo y mayor la posibilidad de perder completitud, coherencia e independencia.

directa en uno de los artículos originales de la norma, esto no ha sido la primera vez que acontece, de hecho, esta misma técnica de modificación legislativa vía Poder Ejecutivo Nacional fue realizada mediante el DNU 267/15. Vale aclarar que el DNU no está normando de manera autónoma el sistema de regulación de precios o la reglamentación de la prestación básica, sino que lo hace volviendo a modificar el artículo 48 de la Ley 27.078, ley que establece todo un sistema normativo para el sector TIC de nuestro país del que AFTIC –hoy ENACOM como su sucesor establecido por el DNU 267/15- es autoridad de aplicación y cuenta con las competencias otorgadas por el Congreso de la Nación.

Es por ello que al artículo 2º del DNU 690/20 no le caben los argumentos de ilegitimidad en cuanto a delegación legislativa, no obstante, adolece de estar atada a una *publicatio* inválida y no resultar razonable por falta de proporcionalidad en la necesidad de la medida propuesta.

Corolario

La relevancia del fallo radica en lo que no ha dicho explícitamente pero que puede inferirse sin mayor hesitación y que hecha luz en el derrotero de años que ha llevado adaptarse a las reglas sectoriales que definió el Congreso de la Nación al momento del dictado de la Ley Argentina Digital. En este sentido, “la sanción de una nueva ley sectorial, a nivel macro y simbólico, significó el desplazamiento de la ley anterior, un Decreto-Ley de 1972, conocida como nuestra Ley de Telecomunicaciones 19.798 y, a su vez, significó el reordenamiento y actualización de la normativa producida en el sector durante esos cuarenta y dos años, jerarquizando finalmente la regulación sectorial con una norma emanada del Congreso” (Maule, 2021).

La sanción de la ley en 2014 vino a cristalizar el protagonismo del Estado como planificador en el sector de las telecomunicaciones, y entre sus disposiciones se declaró de interés público el desarrollo de las TIC, las telecomunicaciones y sus recursos asociados, y se indicó que su objeto es el de posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes del país a los servicios de TIC. En este aspecto es importante destacar que, en todo el cuerpo de la ley, el sector privado resulta fundamental para el desarrollo del Ecosistema TIC y que las normas dictadas mantuvieron la regla de la libre competencia sin desconocer las distorsiones propias de un sector estratégico

pero concentrado en pocos licenciatarios. Va de suyo que, en su redacción original, la ley sectorial estableció principios y reglas indisponibles, esto es así por cuanto la ley es de orden público y entre ellas definió claras herramientas de intervención en miras a procurar el equilibrio de mercado y el menor perjuicio posible para los usuarios TIC en este contexto.

En este orden de ideas, es dable sostener que se mantiene la potestad del Estado, mediante la autoridad de aplicación de la ley creada por el Congreso de la Nación, no solo de intervenir en precios¹², sino también, por ejemplo, la de establecer obligaciones específicas impuestas al prestador con poder significativo de mercado; la de declarar la caducidad o extinción de licencias; la de intervención directa en materia de acceso e interconexión entre otras tantas que se desprenden del cuerpo de la ley.

El fallo viene finalmente a poner un coto a las tradiciones en la toma de decisiones formuladas en la época de la privatización de ENTEL y que no parecían hacerse eco de la reforma constitucional de 1994 y posterior sanción de un marco normativo por parte del Poder Legislativo. Sin lugar a dudas llevó demasiados años arribar a una ley de la democracia, la que llegó en 2014, pero que en poco tiempo retornó a la tradición del ejercicio discrecional del poder público a fuerza de DNU, Decretos y Resoluciones orientadas a acomodar el marco regulatorio por fuera de las normas indisponibles de la ley sectorial. Eso vino a hacer también el DNU 690/20, no fue el único, pero si fue el que ameritó la intervención judicial dados los intereses afectados y que, a buena hora, viene a indicar los requisitos constitucionales que deben

¹² Esta herramienta, en términos de **potestad** de establecer precios por parte del regulador actualmente no se encuentra vigente ya que fue derogada por el DNU 267/15, pero con la virtual derogación de un DNU 690/20 se elimina –afortunadamente- la **obligación** de intervenir en precios por parte del regulador. Hablo de derogación dado que la norma, por efecto del fallo, ya no resulta aplicable al operador argentino que tiene alrededor de 30 millones de clientes (según su propia presentación en su perfil oficial de *LinkedIn*).

Refreshamos así la parte vigente de la norma “**ARTÍCULO 48. — Regla. Los licenciatarios de Servicios de TIC fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, cubrir los costos de la explotación y tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación**” y encontramos que el Estado, por medio del ENACOM, aún cuenta con herramientas para intervenir en precios, potestad cuyo ejercicio requerirá de un esfuerzo técnico jurídico para fundamentar la falta de justicia o irrazonabilidad, o bien que la relación entre costos, prestación eficiente y margen de ganancia no resulta razonable, herramientas que existían al momento del dictado del DNU 690/20 y que no hacen más que ratificar su falta de necesidad en el marco de una análisis de proporcionalidad. Que la necesidad de conectividad sea obvia y acuciante no habilita al Estado a tomar medidas discrecionales, sin suficiente fundamento técnico-legal y sorteando el mecanismo habilitado porque le resulta más sencillo imponer el poder que la legalidad.

respetar quienes ejercen el poder público para tomar decisiones de mediano y largo plazo que modifiquen de manera permanente la ley junto a la necesaria proporcionalidad que deben guardar estas medidas cuando entran en conflictos con derechos constitucionales¹³.

Reflexiones finales

Para cerrar este escrito, destaco que el dictamen fiscal indica que no observa desviación de poder, irrazonabilidad o mala fe que habilite a tachar de inconstitucional el DNU 690/20, y recuerda que nuestra Corte ha señalado que los derechos declarados por la CN no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio. Por su parte, el fallo tampoco sostuvo que la afectación de los servicios TIC –o parte de ellos- como servicio público afectara alguno de los derechos constitucionales pretendidos por la actora, sino que con claridad sostuvo que esa afectación debe realizarse por vía del Congreso de la Nación que es quien tiene la competencia constitucional de someter esta actividad económica a un régimen especial de sujeción jurídica.

En este punto, la teoría de los derechos adquiridos, como reflejo de la inmutabilidad del régimen jurídico y de los marcos regulatorios, debe dejar de considerarse como un argumento válido para pretensiones jurídicas, incluso para la solicitud de medidas cautelares. Podrá cuestionarse la competencia del actor público, la validez de la herramienta jurídica más no un blindaje de derechos adquiridos en épocas de crisis sociales y políticas perdurable en el tiempo como si se trataran de derechos absolutos que escapan a la evolución misma de la sociedad y sus necesidades

En el marco de una democracia constitucional moderna como la que vivimos deberíamos naturalizar los desacuerdos sociales y políticos respecto a los derechos. Necesariamente una sociedad plural y democrática va a tener desacuerdos de derechos, la convivencia refiere a la posibilidad de llegar a acuerdos y consensos aun manteniendo nuestras ideas, valores y creencias. Aún en casos en los que las mayorías pudieran imponerse y vulnerar de buena fe derechos de las minorías, en una

¹³ Es importante recordar que no solo los prestadores del servicio de TIC son titulares de derechos constitucionales que pueden verse afectados, también los son los usuarios de servicios TIC, quienes en principio cuentan con herramientas de carácter colectivo para hacer valer sus derechos, situación que también debe replantearse a la luz del rol pasivo de estas asociaciones en esta temática.

sana sociedad estos tendrían la posibilidad de resolver el caso concreto en instancia judicial.

En simultáneo me gusta recordar que el abuso del derecho es un instituto con un desarrollo de larga data en todo el mundo, es un instituto que forma parte de nuestro andamiaje jurídico con especial consideración en escenarios de posición dominante y afectación de derechos de incidencia colectiva y que no debe tolerarse por parte de ningún actor, ya sea que provenga del sector público o del privado. Debemos exigir y demandar de quienes toman decisiones de carácter legislativo, aún en caso de excepción o por tratarse de materia delegada, que arbitren todos los medios, capacidades y recursos para garantizar la cooperación de todos los actores en miras al mayor desarrollo de un sector estratégico para el crecimiento.

Referencias

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1975). *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea, 2º edición, 3º reimpresión 2021.

Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba, 1 ed., reimpresión 2016.

Maraniello, P. (2005). El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. *A una década de la reforma constitucional*. Capítulo escrito para el libro colectivo dirigido por Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, 2005.

Maule, M. (2021) Ley 27.078 y DNU 690/20: Reflexiones sobre la regulación sectorial. *Revista Argentina de Regulación y Derecho de las Telecomunicaciones*, Número 1, 25/03/2021. IJ Editores.

Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores.