



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 8

4206/2021

TELECOM ARGENTINA SA c/ EN-ENACOM Y OTRO s
/PROCESO DE CONOCIMIENTO

Buenos Aires, de noviembre de 2023.- CG

Y VISTOS: los autos del epígrafe; de los que
RESULTA:

1º) El 7/4/2021, Telecom Argentina SA, se presenta por apoderado y promueve demanda contra el Poder Ejecutivo Nacional y ENACOM, a fin de que se declare la nulidad del DNU 690/2020 y la nulidad de las Resoluciones ENACOM 1466 y 1467 ambas de 2020; así como la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 26.122. Efectúa reserva de reclamar daños y perjuicios irrogados por el DNU que congeló precios hasta el 31/12/2020, sin prever compensación económica ni indemnización alguna.

Explica que hasta el dictado del DNU, su mandante era Licenciataria de Servicios TICS, pudiendo fijar libremente los precios.

Considera que declarar como servicio público los Tics, implica establecer sobre los medios de comunicación la jurisdicción federal, lo que no puede efectuar el Presidente ni el Congreso. La declaración de servicio público impone un absoluto control estatal, afectando el derecho de libertad de expresión, vulnerando el principio de razonabilidad que consagra el art. 28 de la C.N.

Explica que la actividad principal de Telecom, es el servicio de telefonía básica, telefonía móvil, acceso a internet y TV por cable; y que en las licitaciones se le garantizó la fijación de los precios.

Advierte que el DNU impugnado delega en el ENACOM la competencia para fijar los precios y para establecer una prestación básica universal obligatoria y declara servicio público a la telefonía móvil. Considera inválida la delegación por no establecer plazo de vigencia ni bases de la delegación. Al suspender aumentos de precios desde el 31/7 al 31/12/2020, sin disponer compensaciones viola el derecho de propiedad.

Considera que no existen circunstancias excepcionales que autoricen el dictado de un DNU. No existe urgencia para declarar servicio público a los Servicios Tics y a la Telefonía móvil (arts. 1 y 3, del DNU 690/2020), sometiendo a su mandante al control absoluto del PEN, afectando el derecho a la libertad de expresión, pudiendo el ENACOM disponer el apagón de las redes.



Explica que la declaración de servicio público requiere un marco regulatorio dispuesto por ley (conf. art. 42 de la C.N.).

Con la declaración de servicio público de los servicios Tics, se suprimió la condición de libre competencia en que se prestaban, estableciendo las reglas el ENACOM, lo que violenta los arts. 14 y 32 de la CN, que prohíbe el establecimiento de jurisdicción federal en materia de libertad de prensa. Asimismo viola el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Enumera los servicios de telecomunicaciones que brinda: telefonía móvil, TV por cable, acceso a Internet y Telefonía fija; servicios que presta en competencia a nivel nacional con distintas empresas. Aclara que el servicio de telefonía fija es el único calificado como servicio público por dec. 62/90. Los servicios móviles nunca estuvieron sujetos a regulación, implementándose el régimen de precios por dec. 1461/93. Agrega que la ley 27.078 -Argentina digital- mantuvo a la telefonía fija como servicio público, mientras que la telefonía móvil, internet y otros servicios, se mantuvieron como servicios de “interés público”.

Agrega que por Resol. 37/14 se aprobó el Reglamento General del Servicio de comunicaciones móviles avanzados, conocido como 4G, manteniendo el esquema de libertad de precios y competencia. También la TV por cable se brinda en un régimen de libertad de precios; al igual que el servicio de internet regido por el dec. 554/97 y la ley 27.075.

En ese marco de libertad de precios, Telecom efectuó importantes inversiones que detalla, considerando el marco normativo que le aseguraba libertad de precios.

Funda la inconstitucionalidad del DNU 690/2020.

Aduce que el art. 99, inc. 3 de la CN, prohíbe al PEN emitir disposiciones de carácter legislativo, sin considerar en el caso, las circunstancias excepcionales que la Corte Suprema exige para su dictado. Cita jurisprudencia.

Señala que el DNU altera el régimen de funcionamiento del sistema en forma permanente, aún para después de la emergencia sanitaria.

Refiera a distintas Resoluciones dictadas por el ENACOM, anteriores al DNU 690/2020, dictadas para posibilitar el acceso de todos los habitantes a los servicios Tics. El Ministerio de Educación dictó la Resol. 166/2020 para facilitar el acceso a contenidos educativos.

Por lo cual, en el contexto de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541, se adoptaron medidas idóneas y razonables para asegurar el acceso a los servicios Tics, en condiciones sociales y geográficas; las que no fueron mencionadas en el DNU 690/2020.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 8

Solo el congelamiento tarifario dispuesto en el art. 4, se vincula con la emergencia sanitaria. Las medidas establecidas en los arts. 1 a 3 instrumentan modificaciones legislativas de carácter permanente, que modifican las condiciones de prestación del servicio.

Agrega que la aprobación del DNU por ambas Cámaras Legislativas, no excluye el control judicial posterior; conforme la jurisprudencia de la C.S. que cita.

También considera inconstitucional la ley 26.122, en cuanto dispone el mantenimiento de los DNU, en tanto ambas Cámaras no hayan dispuesto su rechazo.

Señala que el DNU viola lo dispuesto por el art. 42 de la CN, que exige que la declaración de servicio público sea por ley del Congreso, que establezca el marco regulatorio. La norma solo le da amplias facultades al ENACOM para establecerlo sin fijar las bases ni fijar los derechos y obligaciones de los prestadores ni de los consumidores; efectúa una ilegítima delegación de facultades legislativas en cabeza de ENACOM, y no establece plazo para su ejercicio.

Considera asimismo, que el DNU es inconstitucional por vulnerar el principio de razonabilidad que consagra el art. 28 de la CN por la discordancia entre el fin de la norma y los medios empleados. Las medidas que adopta el DNU no se adecuan al fin declarado. También viola el principio de subsidiariedad por el que solo ante la ausencia de competencia, debe intervenir el Estado para proteger a los usuarios. Los servicios Tics se prestan en libre competencia, ejerciendo el Estado facultades específicas para conectar los lugares donde la competencia no llega.

La conveniencia de competencia en la prestación de los servicios Tics, fue reconocida por el Estado al sancionar la ley 27.078, que estableció la libertad de precios.

Se refiere al servicio universal, al Fondo Fiduciario creado al efecto, al que aportan los prestadores y se mantuvo vigente luego del dictado del dec. 267/2015.

El DNU incurre en una desviación de poder frente al fin declarado de garantizar la educación pública y la conectividad de los habitantes en el contexto de pandemia.

El DNU viola el derecho de propiedad que incluye los derechos emergentes de los contratos, de conformidad a los arts. 14 y 17 de la CN y 965 del C.C. y Com.; que impide que las leyes alteren las obligaciones nacidas de los contratos. Agrega que la declaración de los servicios Tics como servicio público implicó un sustancial perjuicio económico que se reflejó en el valor de las acciones; puesto que de actividad comercial privada pasó a servicio público de titularidad del Estado Nacional, el régimen jurídico pasó a público, el



régimen tarifario del Estado reemplaza el régimen de libertad de precios, y los bienes afectados quedan fuera de la garantía que representaban para los acreedores.

Describe las inversiones que efectuó Telecom para que le asignaran el servicio de comunicaciones móviles avanzadas y la instalación del 4G, esto en función de la expectativa del retorno del capital invertido que el DNU pone en riesgo.

El DNU delega en ENACOM el establecimiento de una prestación básica universal obligatoria para los servicios Tics y para la telefonía móvil fijando los precios el ENACOM por Resolución 1467; y dispone que la prestación es a cargo de las licenciatarias.

Explica que la calificación de servicio público de los servicios Tic vulnera el art. 32 de la CN que prohíbe establecer jurisdicción federal sobre el derecho de prensa.

Aprovechando la situación de emergencia derivada de la pandemia, el PEN intenta asumir el control de acceso a internet.

La ley 26032 estableció que la búsqueda y difusión de información por medio de internet queda comprendida en la garantía constitucional de libertad de expresión.

Explica que el real motivo para declarar servicio público a internet, es cercenar el acceso a información efectuando apagones de la red.

También considera inconstitucional el congelamiento de precios que dispone el art. 4° hasta el 31/12/2020, pues viola el derecho de propiedad y el derecho adquirido a fijar libremente las tarifas de los Tics y de la telefonía móvil y viola la libertad contractual.

Aclara que Telecom cumplió con el Acuerdo suscripto con ENACOM el 21/5/2020.

Refiere a las Resoluciones ENACOM 1466 y 1467 del 2020, que considera nulas por irrazonables, emitidas con vicios de incompetencia y desviación de poder; imponen cargas a su mandante sin contraprestación. Además, determinan que cualquier modificación posterior de precios, debe ser aprobada previamente por ENACOM; y además le exigen nuevas prestaciones; son normas de carácter general que incluyen a sectores NO vulnerables.

La Resol. 1467 aprueba prestaciones básicas desde el 1/1/2021.

Reseña las inversiones que efectuó desde 2018, tomando préstamos financieros en dólares, por lo cual las disposiciones del DNU y de las Resoluciones citadas, comprometen la posibilidad de hacer frente a las obligaciones financieras, que al momento de la demanda la deuda llegaba a 2.000 millones de dólares.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 8

Ofrece prueba, funda en derecho y formula reserva de caso federal.

2º) El 17/8/2021, previo dictamen fiscal se declara la competencia del Tribunal.

Por Resolución del 7/9/2021, se dispuso la conexidad de la medida cautelar autónoma expte. 12.881/2020, con este proceso.

3º) El 1/2/2022, contesta demanda por apoderado el Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros pidiendo se rechace la demanda, con costas.

Efectúa en primer término, una negativa general y particularizada de los fundamentos esbozados por la actora.

Señala luego, que no se verifica la existencia de caso o causa judicial, en los términos exigidos por la C.N., el C.P. Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema, ya que se trata de una acción declarativa de inconstitucionalidad, por lo que se debe cumplir con los requisitos del art. 322 del C.P. Civil. Especialmente la actora no demuestra un daño patrimonial de la empresa, ni ha demostrado la afectación a la obtención de créditos; a pesar de los efectos de la pandemia, la empresa tuvo un crecimiento considerable.

Aduce que la Corte Suprema considera que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y de los reglamentos. Cita jurisprudencia.

La regulación de los Tics, no constituye un régimen inmutable y muchos países han variado el régimen jurídico de las concesiones, para garantizar el acceso universal y la razonabilidad de los precios.

El DNU se dictó en el marco de la emergencia sanitaria, producto de la pandemia y el congelamiento de precios que dispuso ya no está vigente.

Considera que los servicios Tics son servicio público esencial y estratégico del siglo XXI; debiendo satisfacer las notas típicas de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad, obligatoriedad, universalidad y accesibilidad. Considera que en el contexto de pandemia el Estado debe asegurar que el servicio se preste obligatoriamente a todos los habitantes.

Enumera los DNU 13/15 y 267/15 que modificaron los Tics.

Analiza el espectro radioeléctrico, su división en bandas de frecuencia que se adjudican para su uso; surgiendo su carácter de bien público del art. 7 de la ley 26.522. El art. 26, de la ley 27078 reconoce al espectro radioeléctrico como recurso intangible, finito y de dominio público, administrado por el Estado Nacional. Es un recurso fundamental para la telefonía móvil.

En cuanto a Internet, comenzó a regularse por la Resol. CNC 1083/95 y se lo ubicó dentro de los servicios de telecomunicaciones. Para



ser proveedor de internet se requiere licencia de Servicio de Tecnología de la Información y Comunicación otorgada por ENACOM y registrar el servicio (conf. Resol. 697/17).

En cuanto a la TV por cable, explica que el sector privado se constituyó en oligopolio y requiere la Licencia única Argentina Digital (art. 10, ley 27.078).

El DNU 267/15 sustituyó y derogó artículos de la ley 27.078 y 26522; eliminando medidas antimonopólicas y dispuso la creación del ENACOM.

Enumera luego los DNU dictados en razón de la pandemia, y el DNU 690/20 amplió las medidas dispuestas en la emergencia sanitaria vinculadas a los servicios Tic, modificó el art. 15 de la ley 27.078 y declaró servicio público esencial y estratégico en competencia a los servicios Tic y el acceso a las redes de telecomunicaciones, reinstalándose el art. 15 de la ley 27.078.

Sostiene que el objetivo es que el servicio sea accesible obligatoriamente para toda la población en condiciones de igualdad, de manera uniforme; ello conforme al art. 42 de la C.N.

Considera que la jurisprudencia de la C.S. relativa al servicio de electricidad es aplicable a los servicios Tic por estar en juego el derecho humano a la comunicación.

Reseña los DNU dictados en razón de la emergencia en materia sanitaria a raíz de la pandemia; adquiriendo gran importancia el acceso a los Tics; gran parte de la población se encontraba privada del acceso a esos servicios.

Ello justifica la necesidad y urgencia para el dictado del dec. 690/20. Además cumple con los requisitos formales que la C.N. exige en el art. 99, inc. 3, y no regula sobre las cuatro materias prohibidas que la norma detalla. Tampoco limita ni restringe la libertad de expresión regulando contenidos, su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes a los Tic, garantizando el acceso a la conectividad; buscó proteger la libertad de expresión en su faz colectiva y cumple al calificar a los servicios Tic como servicio público, con el principio de razonabilidad, que impide la comparación con otras medidas posibles. Considera que los costos de la medida es proporcional a los fines que procura alcanzar -beneficios para la sociedad en su conjunto-; también favorece la competencia en el mercado de los Tic, permite a empresas de menor participación competir con Telecom, que busca monopolizar los servicios.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 8

Agrega que la Corte Suprema el 2/7/2019, ratificó la regulación federal de los servicios Tic. El ENACOM fue creado por DNU 267/2015 como organismo descentralizado, y como autoridad de aplicación de las leyes 26522 y 27.078.

Sostiene que la delegación de facultades regulatorias en aspectos administrativos y técnicos en el ENACOM no genera per se un agravio; la actora debería probar la irrazonabilidad de las normas dictadas por ENACOM.

Se refiere luego, a la Resol. 1466/20, en la que no se configura desviación de poder (conf. inc. f), art. 7 de la LNPA) y autoriza en el art. 2do., una clausula de revisión de precios, siendo que conforme a sus estados financieros la actora no acredita un perjuicio actual ni futuro.

La Resol. 1467/20 priorizó la tutela de los sectores más vulnerables y no viola el principio de razonabilidad, la reglamentación sobre el PBU, garantiza niveles de inversión y desarrollo de competencia considerando para establecerlo la situación de emergencia y los beneficiarios del PBU que son los sectores vulnerables.

Se refiere luego a la constitucionalidad de la ley 26.122.

Se opone a los medios de prueba ofrecidos por la actora; ofrece prueba y formula reserva de caso federal.

4º) El 4/2/2022, contesta demanda por apoderados ENACOM.

Efectúa una negativa particularizada de los hechos de la demanda.

Considera que todos los servicios de comunicaciones son servicio público, lo que no implica que pertenezcan originariamente al Estado, ni que deban referir a él, son actividades que se reglamentan para satisfacer determinadas necesidades colectivas. Reseña distintas doctrinas sobre el servicio público y el fundamento.

Agrega que los servicios de tecnología de la información y las comunicaciones son servicios públicos esenciales y estratégicos en el siglo XXI.

Explica que las disposiciones del DNU 690/20 se amparan en la emergencia sanitaria provocada por la pandemia y la importancia que adquirieron los servicios Tic, especialmente para la educación virtual y el acceso a internet.

Añade que en esa época el funcionamiento del Congreso distaba de la normalidad. Se refiere a la legitimidad del trámite que establece la ley 26.122.

En cuanto a la delegación que establece el DNU, ENACOM ya era autoridad de aplicación, conforme a la ley 27.078.



Considera razonable la utilización de la figura de servicio público para reglamentar los servicios Tic, que no exigen que sean prestados en forma monopólica, aclara que el DNU no desplaza a los prestadores privados.

Además se entabla una adecuación razonable entre las medidas dispuestas: declaración de servicio público de los servicios Tic y el establecimiento de la Prestación Básica Universal Obligatoria; y la finalidad perseguida: garantía de accesibilidad y asequibilidad de los servicios Tic a toda la población. Tampoco involucra decisiones de tono discriminatorio y las medidas se compatibilizan con el art. 2 de la ley 27.078.

El DNU no produce alteración ilegítima de los derechos de la empresa, ni la revocación de la licencia. La actora no acredita la pérdida de valor de las acciones y el DNU no afecta los ingresos de las licenciatarias. Aclara que la ley 27.078 no previó un régimen de libertad de precios (conf. arts. 18, 48 y 59 inc. g).

Añade que la ley 27078 define el objeto y finalidad del PBUO, delega en el ENACOM la adopción de disposiciones necesarias para su puesta en práctica. Aclara que el Fondo Fiduciario no satisface cabalmente los objetivos del PBUO. Agrega que conforme a la ley 27.078 se excluye cualquier tipo de regulación de contenidos por lo que el DNU no tiene incidencia en los contenidos.

Considera legítimo el congelamiento transitorio de precios dispuesto por el DNU hasta el 31/12/2020, pues fue dictado en el marco del dec. 260/20.

Se refiere luego a la legitimidad de la Resol. ENACOM 1466 y 1467.

La primera prevé la posibilidad de autorizar un incremento superior para tutelar los derechos de los usuarios y de las licenciatarias; teniendo en cuenta la situación de emergencia sanitaria.

La Resol. 1467 reglamenta la PBUO, procura la accesibilidad de los servicios Tic a la población vulnerable.

Agrega que por Resol. ENACOM 203 y 204/21 se autorizaron incrementos de precios y un nuevo incremento por Resol. 862/21 que integra la cotización del dólar, el índice de inflación y el promedio salarial.

Se opone a la prueba ofrecida por la actora. Ofrece prueba y formula reserva de caso federal.

5º) El 25/3/2022 se abrió la causa a prueba, la que se proveyó el 12/4/2022. Producida la prueba, el 10/8/2023 se pusieron los autos en los términos del art. 482 del C.P.Civil; las tres partes alegaron.

El 18/10 ppdo. se agrega el dictamen fiscal; y pasan los autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO:





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 8

I. Conviene recordar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones y pruebas, sino tan sólo pronunciarse acerca de aquéllas que estimen conducentes para sustentar sus conclusiones (C.S. “Fallos”: 301:970; 310:2278; Cámara del Fuero, Sala V, 11/7/2007 “Borges, J.F.M. c/Consejo de la Magistratura”; Sala III, 11/10/07 “Sayago, Horacio Adrián y otro c/E.N.”; entre otros).

II. El objeto principal de la demanda ordinaria interpuesta por Telecom Argentina SA, es la declaración de nulidad del DNU 690/2020 (BO el 22/8/2020); por vulnerar los arts. 14, 17, 18, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75.22, 76 y 99.3, de la C.N. y los arts. 13 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo solicita se decrete la nulidad de las Resoluciones ENACOM 1466 y 1467 ambas de 2020.

III. Previo a analizar la constitucionalidad del DNU impugnado, es menester destacar que pese al largo tiempo transcurrido, el DNU no ha sido ratificado por ambas Cámaras del Congreso. En efecto, sólo fue aprobado por Resolución 95/2020 del H. Senado de la Nación. Aún de haber sido aprobado por ambas Cámaras, ello no excluye el control judicial sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que establece el art. 99, inc. 3 de la C.N. y demás previsiones constitucionales (conf. C.S. “Fallos”: 333:633).

Asimismo, cabe poner de resalto, que por Resolución firme del 30/4/2021, la Sala II de la Excma. Cámara -por mayoría-, revocó la resolución dictada por el juez de feria, el 28 de enero de 2021 y otorgó la medida cautelar solicitada por la actora, disponiendo la suspensión de los efectos de los arts. 1 a 6 del DNU 690/2020 y de las Resoluciones ENACOM 1466/2020, 1467/2020 y 204/2021; y su consiguiente inaplicabilidad en relación a la empresa actora. (ver expte. conexo 12.881/2020).

IV. Control de constitucionalidad del DNU 690/2020.

En la exposición de motivos del DNU 690/2020, se considera la situación de emergencia sanitaria que se está atravesando en el marco de la pandemia de COVID-19 y la consecuente disminución de la circulación de personas para mitigar los contagios; como una situación de urgencia que impone la necesidad de otorgar una inmediata protección a la población, asegurando el acceso a los servicios Tic y a las redes de telecomunicaciones. También refiere que en el actual contexto sanitario, los servicios Tic se han transformado en una herramienta insustituible para hacer efectivo el derecho a la educación, que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño.

Concluye, que la situación de urgencia y necesidad hace imposible seguir el trámite normal para la sanción de las leyes.



Sin embargo, y tal como lo puso de resalto la Excma. Cámara en la Resolución referida en el Considerando precedente, pese a la situación de emergencia sanitaria tenida en cuenta para su dictado; introdujo modificaciones de **carácter permanente** a la ley 27.078 de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, declarando a los servicios TIC, como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia (art. 1). Asimismo, en el art. 2 dispuso que los precios de los servicios TIC, los prestados en función del Servicio Universal y los servicios que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público; **serán regulados por ésta.**

En el art. 3, se declara **servicio público al servicio de telefonía móvil** en todas sus modalidades, disponiendo que los precios de estos servicios, serán regulados por la autoridad de aplicación. En el mismo artículo se ordena que la autoridad de aplicación establecerá la prestación básica obligatoria, que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

El art. 6, designa como autoridad de aplicación al ENACOM.

En cambio, en el art. 4, se establece la suspensión de aumentos de precios desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020; es decir se trata de una norma con plazo determinado, con una innegable relación con el contexto de emergencia sanitaria suscitado por el Covid-19, y la finalidad del DNU.

V. Las medidas dispuestas en el DNU, que como ya se detalló en el Considerando anterior, tienen carácter permanente (arts. 1 a 3 y 6), serán analizadas teniendo en cuenta en primer lugar, que el art. 99, inc. 3 de la C.N. establece una prohibición expresa al Poder Ejecutivo de emitir disposiciones legislativas.

La Constitución admite su dictado, bajo la condición sustantiva de que concurran circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes. Dichos requisitos se exigen al momento de su dictado y con posterioridad a ello.

Asimismo, veda su dictado en cuatro materias, a ninguna de las cuales se refiere el DNU aquí impugnado; lo que no significa que otros actos legislativos sólo puedan ser dictados por el Congreso de la Nación, quedando excluida la posibilidad de utilización del art. 99 inc. 3, por ejemplo, para la aprobación del presupuesto, la creación de universidades nacionales, la declaración de utilidad pública para disponer la expropiación de la propiedad. Disponer que una actividad económica se declare como servicio público, también requiere del dictado de una **ley formal** emitida por el Congreso; quedando vedado al Poder Ejecutivo la utilización de un DNU a ese fin.

La Resolución de la Sala II de la Excma. Cámara, del 30/4/2021, señaló que los servicios Tic prestados por la licenciataria actora, fueron





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 8

organizados, regulados y habilitados por el propio Estado Nacional bajo la forma y condiciones de libre competencia. Consideró que frente a ello, su calificación como **servicio público** 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, cuyos criterios regulatorios son elaborados por la Administración, sujetando su gestión a un régimen exorbitante, que implica reconocer amplias prerrogativas al Estado Nacional para incidir en la actividad y fijar un régimen de ajuste de precios y tarifas para el servicio universal (ver especialmente Considerando 9).

Al disponer que la actividad prestada sea sustraída del sector privado, se limitan derechos fundamentales, que solo puede ser dispuesta mediante la sanción de una ley; ya que tiene una naturaleza expropiatoria de derechos adquiridos protegidos por la garantía del art. 17 de la C.N.; es 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**; técnica conocida como publicatio.

Lo dicho resulta suficiente para declarar la nulidad del art. 1º y del art. 3, del DNU 690/2020, en cuanto constituye en servicio público esencial y estratégico en competencia a los servicios Tic; y como servicio público al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades y dispone que los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación.

En igual sentido, Carlos Balbín enseña, que el acto de creación de un servicio público es potestad del legislador en tanto implica la restricción y reconocimiento de derechos. Al igual que es el legislativo, el poder competente para establecer los marcos regulatorios.

Es ineludible, el dictado de una ley formal por el Congreso, para publicar una actividad privada que se presta en condiciones de libre competencia, sometiéndola a un marco regulatorio de servicio público.

Ello resulta también del art. 17 de la C.N. ya que la publicación de actividades privadas importa una limitación al derecho de propiedad; y en consonancia el art. 42 de la C.N. dispone que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos; considerando la Corte Suprema que es la emanada del Congreso de la Nación (conf. C.S. “Fallos”: 321:1074; 326:4718; 330:3098; 342:1061, entre otros).

VI. Requisitos de necesidad y urgencia.

Mas allá de lo resuelto en el Considerando anterior, en relación a que la constitución de una actividad económica como servicio público -en el caso servicios Tic y telefonía móvil- sólo puede ser dispuesta por ley formal dictada por el Congreso; tampoco en el caso se acredita el presupuesto de



necesidad que haga imposible cumplir con el trámite ordinario para la sanción de las leyes; pues al momento de la sanción del DNU 690/20, las dos Cámaras se encontraban sesionando en forma virtual y se habían sancionado diversas leyes.

En cuanto a la urgencia que el art. 99 inc. 3, exige y que como ya se dijo estaría dada por la “emergencia sanitaria”, con anterioridad al DNU 690/20, se habían implementado diversas medidas, como la utilización de fondos del Servicio Universal, financiado por las licenciatrias, el ENACOM dictó diversas Resoluciones, así como el Ministerio de Educación, ARSAT, la Secretaría de Innovación; persiguiendo los mismos fines del DNU aquí impugnado.

VII. El principio de Razonabilidad (art. 28 de la C.N.).

Las demás disposiciones de carácter permanente que el DNU dispone, relativas a la fijación de los precios por la autoridad de aplicación, así como la prestación básica universal obligatoria que establece, cuya reglamentación delega en la Autoridad de aplicación; no superan el test de razonabilidad, que exige la ponderación entre el fin que la norma busca y las medidas que dispone.

En efecto, tal como se señaló en el Considerando IV, fue la situación de emergencia sanitaria, en el marco de la pandemia del COVID-19, la que justificó otorgar medidas de protección y acceso a los servicios Tic y asegurar el derecho a la educación.

Sin embargo, tal como ya se puso de resalto, no se estableció que su duración sería hasta la finalización de la pandemia, sino que las medidas se establecieron con carácter permanente. Ello afecta el principio de razonabilidad al establecer una discordancia entre el fin de la norma y los medios empleados.

Además, y tal como lo decidió la Sala II (ver especialmente Considerando 10), 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.

Es decir, frente a la existencia de medidas alternativas ya implementadas, el aumento de los costos para las licenciatrias que deriva de la implementación del PBU, conjuntamente con el congelamiento de precios que el DNU dispone; resultan medidas gravosas para las licenciatrias y potencialmente dañinas para los usuarios, que a contrario del fin que la norma busca, se traduciría en menor inversión y menor calidad del servicio; vulnerando derechos constitucionalmente protegidos.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 8

No deben olvidarse las facultades del Estado Nacional para intervenir frente a prácticas abusivas, establecer políticas con el Fondo Fiduciario para el Servicio Universal, financiar a usuarios vulnerables, promover políticas de conectividad; por lo cual resultan irrazonables las medidas implementadas por el DNU 690/2020, que alteran y modifican el régimen jurídico de los servicios Tic de un modo permanente.

Cabe remitir en este punto, al Considerando 10, de la Resolución del 30/4/2021 de la Sala II de la Cámara del Fuero y la jurisprudencia del Alto Tribunal citada.

VIII. Delegación en el ENACOM.

El art. 6 del DNU 690/20, designa como Autoridad de Aplicación de ese decreto al ENACOM, y le ordena dictar las normas complementarias necesarias para su cumplimiento. A su vez en el art. 2, delega en el ENACOM la facultad de regular los precios de los servicios Tic, el Servicio Universal y los de aquellos que determine por razones de interés público. Asimismo, delega en el ENACOM la reglamentación del PBUO, que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

Tal delegación vulnera lo normado por el art. 76 de la C.N., pues no determina el marco dentro del cual el ENACOM deberá regular los servicios públicos que se crean. Es decir, la norma omite fijar las bases de la delegación, así como el plazo para su ejercicio; como exige el art. 76 de la C.N.; que el igual que el art. 99 inc.3, al que ya me referí, comienza con una prohibición de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

Esta delegación en blanco en el ENACOM, viola el principio de legalidad.

IX. Lo dicho en los Considerandos precedentes, y los fundamentos de la Resolución firme del 30/4/2021, dictada por la Sala II de la Excma. Cámara, que comparto; resultan suficientes para declarar la nulidad del DNU 690/2020 y de las Resoluciones ENACOM 1466 y 1467 ambas del 2020, dictadas en su consecuencia (v. especialmente Considerando 9 de ese fallo). Asimismo, lo decidido torna innecesario, expedirme acerca de la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 26.122.

Por todo lo expuesto y oído el Señor Fiscal:

FALLO:

1) Admitiendo la demanda de conformidad a los Considerandos precedentes.

En consecuencia, se declara la nulidad del DNU 690/2020 y de las Resoluciones ENACOM 1466-20 y 1467-2020.

2) Costas a la vencida.



3) Firme y consentida se efectuarán las regulaciones de honorarios correspondientes.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

