

SESIONES DE PRÓRROGA

2014

Supl. (4) al Orden del Día N° 1626

SUMARIO: **Observaciones** formuladas al dictamen de la Comisión de Comunicaciones e Informática, contenido en el Orden del Día N° 1.626. **Garrido** (128-D. O.-2014.)

Buenos Aires, 15 de diciembre de 2014.

Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, doctor Julián Andrés Domínguez.

S/D.

Me dirijo a usted a fin de formular observaciones al Orden del Día N° 1.626, que contiene el dictamen de la Comisión de Comunicaciones e Informática sobre la Ley Argentina Digital.

El proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo nacional a este Congreso regulando los servicios de tecnología de la información y telecomunicaciones tiene la intención de realizar modificaciones normativas a la Ley de Telecomunicaciones 19.798 sancionada en el año 1972 y reglamentada por el decreto 764/00. Dicho texto, luego de transcurridos cuarenta años se tornó anacrónico y desactualizado respecto de los avances tecnológicos emergidos principalmente en la última década. Por lo tanto, la necesidad de regular los nuevos actores del mercado de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, junto con las de sus recursos asociados, resulta imprescindible.

Sin embargo, el proyecto del Poder Ejecutivo, lejos de favorecer a una discusión profunda y necesaria, fue tratado de manera apresurada, permitiendo en el Senado la incorporación de modificaciones que si bien, en algunos casos, resultan positivas, terminaron constituyendo parches para un proyecto que tiene como fin último beneficiar a las grandes corporaciones. Por su parte, en la Cámara de Diputados la discusión fue casi nula, ya que sólo fue girado a la Comisión de Comunicaciones e Informática, cuando como mínimo debería haberse llamado a un plenario con las comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia, en tanto que se crean nuevos tributos y se regula un mercado que afecta a millones de usuarios finales.

Organizaciones especializadas en la temática, como es el caso de la Fundación Vía Libre, efectuaron sus observaciones al proyecto, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el Congreso en el apuro del oficialismo por sancionar la ley a libro cerrado, y nuevamente transformar a la Cámara de Diputados en una mera instancia burocrática cada vez más irrelevante.

En este caso particular, la tendencia ha llegado a extremos insólitos, ya que el proyecto entró a la Cámara por la mañana, fue conocido por los diputados al mediodía y por la tarde ya contaba con dictamen de comisión sin una sola modificación al texto proveniente del Senado. Un procedimiento absolutamente incompatible con el cometido deliberativo de esta cámara y con la extrema complejidad e importancia del proyecto bajo análisis.

Esta velocidad y la consecuente falta de seriedad en el análisis revelan que esta cámara no ha cumplido con su papel institucional.

A continuación enunciaré las principales observaciones al articulado del proyecto, que en general, ya fueron advertidas tanto por la Fundación Vía Libre como por otras organizaciones:

Procedimiento legislativo: El proyecto de ley crea en su artículo 49 una tasa que deberán abonar los licenciatarios de servicios de TIC del 0,5 % de los ingresos por ellos devengados. Teniendo en cuenta que los tributos se componen por impuestos, tasas y contribuciones especiales, no quedan dudas de que la cámara de origen debió ser la de Diputados de acuerdo al artículo 52 de la Constitución Nacional. En este sentido, Gelli sostiene que la excepción a la regla de ingreso de los proyectos de ley en el Congreso “constituye una aplicación del más antiguo y clásico principio de representatividad democrática en virtud del cual el pueblo no puede ser obligado a pagar los tributos [...] sin que por medio de sus representantes presten consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones. En esta dirección, el artículo 52 concuerda con el tipo de representación que diseña el artículo 45 de la Constitución Nacional, en el sentido de que los diputados representan a la Nación como un todo y se eligen en proporción al número de habitantes por jurisdicción,

al establecer la Ley Suprema un criterio igualitario de representación”.

La predominancia del Ejecutivo en la composición del Senado y las consecuentes razones de conveniencia no deben imperar sobre un principio democrático esencial que se remonta a la Carta Magna de 1215 y que en nuestro medio fue incorporada incluso en los antecedentes de la Constitución Nacional de 1819 y 1826.

Autoridad de aplicación: Si bien los cambios realizados por el Senado al proyecto original han sido un avance al crear una autoridad de aplicación con composición plural, se han mantenido las facultades discrecionales y excesivas que se le otorgan. Tal como menciona la Fundación Vía Libre “es posible para la autoridad de aplicación dictar políticas diametralmente opuestas, privatizadoras o estatistas, de fijación de precios para todos los servicios o de libertad absoluta para que cada operador los fije como mejor le parezca, de crear monopolios privados o estatales. Todo ello sin apartarse un centímetro del estricto marco de la ley. [...] Corresponde en este caso que el legislativo marque los lineamientos generales de una política de telecomunicaciones; que establezca las condiciones mínimas esperables de los servicios que regula; que determine la política general respecto de la asignación de las frecuencias del espectro radioeléctrico; que establezca protecciones específicas para los derechos fundamentales de los usuarios, así como sus derechos particulares como consumidores; que cree un organismo de control independiente, autárquico, profesional, que se ocupe de las cuestiones que hacen a la protección de los usuarios y al fomento de la competitividad”.

Otro ejemplo de discrecionalidad que se le permite a la autoridad de aplicación, es la posibilidad de imponer obligaciones específicas a un prestador con “poder significativo de mercado”. Si bien, el proyecto define de manera generalizada y abierta qué se entiende por poder significativo del mercado, corresponderá a la autoridad de aplicación declarar cuándo una prestadora de servicios de TIC es considerada con poder significativo del mercado y aplicarle un régimen diferente al del resto de las prestadoras. Esta ley no establece de manera inequívoca cuando existe posición dominante, por lo que se aplicará el criterio arbitrario de la autoridad de aplicación. En efecto, el artículo 7°, inciso h) *in fine*, indica: “La autoridad de aplicación está facultada para declarar en cualquier momento prestadores con poder significativo de mercado en los servicios de aplicación de la presente ley de acuerdo al procedimiento que establezca la reglamentación”.

Como si esto fuera poco, en los artículos 23 y 53 el Congreso está delegando en la autoridad de aplicación facultades que le son propias, esto es la potestad para eximir de tributos a las prestadoras de servicios de TIC. No sólo se le está delegando esta facultad, sino que se lo hace sin establecer criterios objetivos. Establece el artículo 53 que “Podrán establecerse a título precario exenciones o reducciones de tasas, tarifas y gravámenes

de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en general y telecomunicaciones en particular, cuando la índole de determinadas actividades lo justifique”.

El principio de legalidad tributaria, por el cual no puede existir tributo sin ley previa, de acuerdo a palabras de Villegas “no debe limitarse a proporcionar directivas generales, sino que ella ha de contener, al menos, los elementos básicos y estructurantes del tributo: hecho imponible, sujetos pasivos y los elementos necesarios para la fijación del quantum, así como las exenciones. Rige el principio de legalidad para los impuestos, tasas y contribuciones especiales”.

Por lo expuesto, otorgar potestad tributaria a la autoridad de aplicación es manifiestamente anticonstitucional.

A su vez, el artículo 60, inciso d), obliga al usuario de los servicios de TIC a permitir el acceso del personal de los licenciatarios y de la autoridad de aplicación a los efectos de realizar todo tipo de trabajo o verificación necesaria. Resulta entendible permitir el acceso del prestador del servicio, pero lo que no queda claro es por qué la autoridad de aplicación debería entrar al domicilio de un particular, ya que no le corresponden a ella las tareas de reparación, instalación, control u otras que habilitarían el acceso a la vivienda.

Por otro lado, es importante destacar que las decisiones de la autoridad de aplicación se tomarán por mayoría simple. Teniendo en cuenta la amplitud de facultades y la discrecionalidad con la que podrá operar, sería conveniente para algunas decisiones, como la aplicación de las sanciones más graves, exigir mayorías agravadas.

Juez y parte: Por el artículo 87 se transfiere bajo la órbita de la autoridad de aplicación, entre otros, a la empresa Argentina Soluciones Satelitales S.A. –ARSAT–.

Por otra parte, respecto de la aplicación del fondo fiduciario creado en el capítulo II del proyecto, la autoridad de aplicación podrá encomendar directamente la ejecución de programas financiados por dicho fondo a empresas o sociedades del estado, dentro de las que entraría ARSAT. Por lo tanto, la autoridad de aplicación podría asignarse directamente, sin licitación previa, este tipo de obras, que también deberían ser controladas por ella.

Inconstitucionalidad del régimen sancionatorio: El título IX del proyecto establece el régimen sancionatorio de la ley. Este tema es crucial, en tanto un sistema de sanciones y su correcta aplicación están directamente vinculados con la obligación que tiene el Estado como regulador de las TIC de garantizar un buen servicio a los usuarios. Sin embargo, la amplitud de atribuciones asignadas a la autoridad de aplicación resulta lesiva del principio de debido proceso legal. A modo de ejemplo, el artículo 64 de la ley deja en sus manos establecer cómo será el procedimiento para

aplicar las sanciones, sin delimitar los principios a los cuales deberá sujetarse.

Por otro lado, hay que resaltar que la potestad que le da este proyecto a la autoridad de aplicación para aplicar determinadas sanciones puede convertirse en una grave amenaza a la libertad de expresión. Ejemplo de ello es la facultad que se le da para clausurar, multar, suspender, decomisar e inhabilitar (art. 67 del proyecto), todo ello sin regular un proceso que otorgue las garantías del artículo 18 de la Constitución Nacional. Como corolario, el artículo 76 indica que el recurso de apelación en sede judicial no tendrá efecto suspensivo. Es decir que la pena deberá cumplirse sin haberse expedido el órgano judicial, tal como manda nuestra Constitución. Resulta violatoria de las garantías y derechos la posibilidad de clausura establecida en este proyecto de ley, pues específicamente el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la aplicación de sanciones sin un juicio previo llevado adelante por órganos judiciales e independientes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido sobre esta cuestión en el fallo “Lapiduz, Enrique c/ DGI” (1998) indicando que “si bien la jurisprudencia de esta Corte ha admitido la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, lo hizo tras establecer con particular énfasis que la validez de los procedimientos se encontraba supeitada al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior. Señaló que este requisito adquiere particular relevancia cuando, como en el sub lite, la resolución administrativa contiene la aplicación de sanciones penales.”

Además, dejar abierta la posibilidad de que la autoridad de aplicación pueda discrecionalmente clausurar o multar sin tener el damnificado otro recurso que no se conceda al solo efecto devolutivo puede favorecer que la autoridad de aplicación se convierta en un potencial censor de la libertad de expresión.

Mayor concentración: Si bien las modificaciones efectuadas en el Senado sobre el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo mejoran sustancialmente el tratamiento que se les da a las pymes por el agregado de los artículos 3° párrafo del artículo 2°, 46, 93, 94, entre otros, no es menos cierto que el proyecto de ley tiende a favorecer a la concentración del mercado en grandes operadores, ya que, entre otros, de acuerdo al artículo 15 del proyecto se obliga a los licenciatarios de servicios de TIC a competir sin tener en cuenta las condiciones asimétricas en las cuales se encuentra el mercado.

Quantum de las tasas: Si bien más arriba se expuso el problema de no haber sido iniciadora la Cámara de Diputados y la potestad de exención que cede el Poder Legislativo a la autoridad de aplicación, no debemos soslayar el costo de la tasa. Al respecto, cabe señalar que la tasa es toda prestación obligatoria que exige el Estado por un servicio o actividad estatal que se particulariza o individualiza en el obligado al pago. Por

ello, el quantum de la tasa debe mantener razonabilidad con el costo del servicio. Sin embargo, de acuerdo a las discusiones que constan en las versiones taquigráficas del Senado, varios legisladores (Morandini y Solanas, entre otros) plantearon que éste es un negocio de unos U\$S12.000 millones de dólares anuales. Siendo la tasa del 0,5 % de este monto, la recaudación potencial rondaría los U\$S 60 millones de dólares, una cifra por demás irracional para el efectivo costo de la prestación que brindará el Estado. Si bien es cierto que la Corte Suprema en la causa “Banco Nación contra Municipalidad de San Rafael” del año 1956 introdujo el concepto de la capacidad contributiva para establecer el monto de la tasa, lo cual implica que lo recaudado puede exceder el importe del servicio que origina su pago, no es menos cierto que el principio constitucional de racionalidad indica que debe existir una relación entre el costo y la tasa del tributo.

Sobre el Fondo Fiduciario: Dentro del título IV, capítulo II del proyecto, se crea el Fondo Fiduciario de Servicio Universal, cuya función es garantizar la concreción de obras mediante el aporte de los licenciatarios del 1 % de los ingresos totales devengados. Si bien ya señalamos la posibilidad de que la autoridad de aplicación adjudique obras directamente a empresas del Estado, como ARSAT, debemos realizar otras observaciones sobre el particular. Este fondo ya existía y fue creado por decreto 674/2000. Sin embargo, de acuerdo a lo dicho por la miembro informante en el Senado (señora Fellner) recién en noviembre del año 2010 se comenzó a efectivizar. Argumentó, además, que al crearse se suscribió un contrato de fideicomiso privado (que ahora se estatiza), según la ley 24.441 y se estableció el decreto 558/08, que modifica el 674/2000. Lo que omite el texto del proyecto, es indicar qué se hará con lo recaudado por ese fondo hasta la fecha y qué medidas se tomarán con aquellas empresas que adeudan el fondo citado. ¿Se condonarán? ¿Se hará el traspaso correspondiente? Se continuarán las obras ya iniciadas? Nada de eso queda aclarado en concreto.

Terminología vaga, imprecisa y contradictoria: Como bien observó la Fundación Vía Libre, el texto del proyecto presentado contiene vaguedades terminológicas, errores, omisiones, es impreciso y ambiguo, no define algunos términos utilizados a lo largo del texto o contiene definiciones erróneas que autorizan interpretaciones divergentes. Si bien en el Senado se fueron mejorando sustancialmente estas fallas aún persisten algunas que sería importante corregir para evitar inconvenientes e injusticias en la interpretación y aplicación de la ley.

Como ejemplo, la fundación Vía Libre indica que el texto del proyecto no se pronuncia sobre el objetivo de proporcionar adecuada calidad de servicio ni sobre las obligaciones de control y publicidad de resultados de evaluación de la calidad, no siendo suficiente para ello la definición de la “velocidad mínima de transmisión” regulada por el artículo 58, en tanto este único parámetro no basta para asegurar la calidad del servicio.

Concluye la Fundación: “El estudio de este pequeño y particular aspecto de la norma requiere no solamente tiempo, sino la concurrencia de especialistas de distintas disciplinas y ratifica, una vez más, la importancia de una discusión amplia y parsimoniosa del proyecto”.

A su vez, los artículos 6° y 7° se ocupan de las definiciones, las cuales son escasas y las existentes son ambiguas o erróneas. Ejemplo de ello es la definición tautológica de “recursos asociados”: “recursos asociados son [...] los servicios asociados, y otros recursos o elementos asociados.” Hay que tener en cuenta que legislar sobre telecomunicaciones requiere el empleo de cierto lenguaje técnico que debe ser preciso y debe facilitar la interpretación de los términos mediante buenas definiciones. Tampoco queda clara la diferencia entre los servicios de TIC y los servicios de telecomunicaciones, ya que la terminología utilizada para definirlos es confusa.

Además, la ley no define algunos términos utilizados en el texto como “situación de emergencia”, “cable”, “falla catastrófica de red”, “bucle local”, “equipo terminal”, “bandas de frecuencia”, “redes satelitales”, “ofertas de referencia”, “velocidad mínima de transmisión”, “precios justos y razonables”, entre otros.

Preocupa también la utilización de términos demasiado abiertos, sobre todo en cuestiones que habilitan la actuación arbitraria de la autoridad de aplicación. Ejemplo de ello es el artículo 62, inciso *i*), que obliga a los licenciatarios a “atender los requerimientos en materia de defensa nacional y de seguridad pública formulados por las autoridades competentes”. Es importante establecer por ley pautas claras y objetivas que permitan esta injerencia. En el mismo sentido ya mencionamos las medidas que podrán tomarse cuando una licenciataria ostente un “poder significativo en el mercado”.

Finalmente, uno de los más importantes y preocupantes ejemplos de imprecisión del texto normativo de referencia, que podría dar lugar a interpretaciones

diferentes y arbitrariedades, es el artículo 89, que establece que la antigua ley de telecomunicaciones, ley 19.798 y sus modificatorias “sólo subsistirá respecto de aquellas disposiciones que no se opongan a las previsiones de la presente ley”. Debería determinarse específicamente qué artículos mantendrán su vigencia, especialmente porque, como dijimos al inicio, se trata de una norma antigua que ha quedado obsoleta respecto de los avances tecnológicos producidos en los últimos tiempos. Además, este artículo es un claro ejemplo de cómo en el Senado se trató de “emparchar” el texto enviado por el Poder Ejecutivo, al ser advertido de las omisiones de regulación que presentaba aquél y que sí estaban reguladas en la ley 19.798 que el texto original derogaba, como puede ser el uso de suelo, subsuelo y espacio aéreo.

Este cliché, que ha sido utilizado frecuentemente en el pasado, es ahora absolutamente incompatible con los criterios fijados al elaborar el digesto jurídico argentino aprobado recientemente por este Congreso Nacional.

Volver a echar mano de este instrumento que es fuente de múltiples imprecisiones, que la ciclópea labor de elaboración del digesto ha pretendido corregir, equivale a echar por la borda ese costoso trabajo a poco de su concreción.

Como señalamos al principio de esta observación, realizar modificaciones a una ley que ya tiene 40 años en una industria que sufrió tantos cambios y desarrollos en los últimos tiempos es necesario. Pero lamentablemente, y por los motivos expuestos, este proyecto generará mayores conflictos que seguridad.

Por último, hago saber que la presente observación está en un todo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 113 del reglamento de esta Honorable Cámara, sin perjuicio de hacer reserva del derecho a ampliar las razones de la misma en el recinto, en oportunidad del debate pertinente.

Manuel Garrido.