

## SESIONES ORDINARIAS

2016

# ORDEN DEL DÍA N° 10

Impreso el día 7 de marzo de 2016

Término del artículo 113: 16 de marzo de 2016

### COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE TRÁMITE LEGISLATIVO –LEY 26.122–

**SUMARIO:** **Declaración** de validez del decreto 267 de fecha 29 de diciembre de 2015, por el que se crean el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) como ente autárctico y descentralizado, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, y la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078. (24-J.G.M.-2015.)

I. **Dictamen de mayoría.**

II. **Dictamen de minoría.**

I

#### Dictamen de mayoría

*Honorable Congreso:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122– prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional, y en la ley 26.122, ha considerado el expediente 24-J.G.M.-2015 referido al decreto 267 del Poder Ejecutivo nacional, del 29 de diciembre de 2015, mediante el cual se crearon, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, el Ente Nacional de Comunicaciones y la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078; y se sustituyeron diversos artículos de las leyes 26.522 y 27.078.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

#### Proyecto de resolución

*El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVEN:

Artículo 1° – Declárase la validez del decreto 267, del 29 de diciembre de 2015.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 23 de febrero de 2016.

*Luis C. Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Raúl J. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.*

INFORME

#### 1. Introducción

Por medio del expediente 24-J.G.M.-2015 el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto de necesidad y urgencia 267/2015, por el cual se dispuso la creación del Ente Nacional de Comunicaciones y la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078.

Asimismo, el decreto en cuestión sustituyó los artículos 25, incisos *d)* y *e)*; 38; 40; 41; 45; 54 y 63 de la ley 26.522, y los artículos 6°, 10, 13, 33, 34, 35, 94, 95 y 96 de la ley 27.078.

De acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto de necesidad y urgencia, dictado por el presidente de la Nación en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de las facultades previstas en el tercer párrafo del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

La prerrogativa con la que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de una disposición de carácter legislativo exige que se verifique el control establecido por la Constitución Nacional y por la ley

26.122, con el propósito de que la Comisión Bicameral Permanente se expida –a través de un dictamen– acerca de la validez o invalidez del decreto, para que posteriormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó permite el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo solamente cuando las circunstancias hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto de necesidad y urgencia debe ser sometido al control posterior de validez y legalidad del Poder Legislativo, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia es la sanción de leyes.

## 2. Cuestiones preliminares

Con carácter previo al análisis de la validez del decreto 267/2015, corresponde referenciar brevemente la cuestión vinculada al régimen de los servicios de comunicación audiovisual y de las tecnologías de la información y las comunicaciones en nuestro derecho positivo, a fin de dar sustento argumentativo al presente dictamen y poner en contexto los motivos que determinaron la emisión del decreto referido.

En primer lugar, deviene necesario determinar la situación existente y la regulación normativa vigente hasta la emisión del decreto 267/2015 respecto de las materias antes aludidas.

En tal sentido, y tal como fuera expuesto por el Poder Ejecutivo nacional, no puede soslayarse una diferencia esencial entre los cometidos perseguidos con la sanción de las leyes 26.522 y 27.078 (que regularon en forma separada todo lo atinente a las comunicaciones) y las razones expuestas en el decreto en torno a la necesidad de implementar, de manera inmediata y eficaz, un marco legal convergente y homogéneo que contemple por igual –y en forma adecuada– a los servicios audiovisuales y a las comunicaciones bajo la órbita de un ente único de control (ENACOM).

De esta forma, el análisis acerca de los motivos que llevaron al dictado del decreto debe efectuarse sobre la lógica del concepto de “convergencia tecnológica”, que supone, como antes dijimos, una regulación común tanto para los servicios audiovisuales como para las comunicaciones justificada desde la idea, internacionalmente aceptada, de que ambas industrias no pueden concebirse actualmente de manera independiente en razón de no existir entre ellas barreras tecnológicas.

Tal convergencia se caracteriza, principalmente, por la competencia entre diversas tecnologías en los servicios de video, Internet y telefonía, lo que repercute en beneficio de los usuarios y consumidores de tales servicios y, en definitiva, de todo el sistema democrático en su conjunto.

No podemos dejar de advertir, sobre esta cuestión, que las leyes 26.522 y 27.078 no contaron entre sus previsiones con normas que, como en el derecho comparado, contemplan y aseguran efectivamente el dinamismo y evolución que son propios y naturales de la industria de la comunicación.

A ello debe agregarse que ambas leyes regularon de manera diferente y desacertada todo lo que debía ser objeto de un mismo ordenamiento legal –y sometido por ende a una misma autoridad de control–, lo que produjo efectos regresivos y perjudiciales al proceso de convergencia.

Por otra parte, la coexistencia de dos órganos de control distintos creados para regular las comunicaciones (AFSCA) y las telecomunicaciones (AFTIC) –ambos con extensas potestades reglamentarias– resultó desfavorable al principio de seguridad jurídica que necesariamente debe garantizar el Estado nacional a sus habitantes, sean usuarios o prestadores de servicios de comunicación.

El esquema regulatorio de las dos leyes mencionadas afectó, indudablemente, el ejercicio eficaz de los derechos relativos a la libertad de expresión y el acceso a la información garantizados por la Constitución Nacional a la vez que promovió un deterioro creciente de la competitividad y capacidad de desarrollo del sector, que se vio reflejado en el retraso de las inversiones en infraestructura de redes de comunicación y la baja calidad de los servicios.

En las circunstancias expuestas, la situación mereció una pronta y urgente adecuación por parte del nuevo titular del Poder Ejecutivo, pues advirtió que, tal como surge de los considerandos del decreto, algunas de las disposiciones de las leyes 26.522 y 27.078, y la aplicación concreta que se había hecho de ellas, resultaron violatorias o restrictivas del derecho a la libertad de expresión y del acceso igualitario (en términos de condiciones generales) a la información en su más amplio sentido y, por ende, contrarias al orden jurídico constitucional.

Al respecto, cabe agregar que en ambas leyes fueron incluso habilitadas potestades regulatorias –sobre la idea del dinamismo propio de las comunicaciones– en favor del Poder Ejecutivo nacional (artículos 47 y 92 de la ley 26.522 y artículo 20 de la ley 27.078).

Como consecuencia de ello, al efecto de asegurar en forma fiel y oportuna las garantías señaladas, y al estar el Congreso de la Nación en receso hasta el 1° de marzo de 2016, el presidente de la Nación en acuerdo general de ministros consideró impostergable, por existir suficiente gravedad institucional, corregir las irregularidades indicadas mediante el dictado del decreto 267/2015.

La urgencia que habilita el dictado del decreto 267/2015 –y que la comisión debería aceptar como presupuesto válido para su procedencia– es tributaria de la idea imperiosa de dar una pronta y efectiva cobertura al pleno ejercicio de derechos que antes, en la práctica,

se encontraban en riesgo o indebidamente restringidos merced a criterios normativos inapropiados que, de persistir, resultarían contrarios al bienestar general y la equidad de acceso de la población a servicios de calidad vinculados a todos los tipos de comunicación.

### 3. Objeto del decreto 267/2015

El decreto 267/2015 dispuso la creación del Ente Nacional de Comunicaciones y de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078.

Asimismo, el decreto sustituyó de la ley 26.522 los artículos 25, incisos *d)* y *e)*; 38; 40; 41; 45; 54 y 63 y de la ley 27.078, los artículos 6, 10, 13, 33, 34, 35, 94, 95 y 96.

En los considerandos del decreto bajo análisis, el presidente de la Nación ha indicado todas las razones que motivaron su dictado, siendo determinantes para ello no sólo el estado de atraso en lo que hace a las inversiones en el sector y la falta de cumplimiento eficaz en materia de adecuación que auspició infructuosamente —y desde hace seis años— el artículo 47 de la ley 26.522, sino también la afectación indebida que tal escenario produce a la defensa de la competencia y los derechos de los usuarios y consumidores (artículo 42 de la CN).

Como primera medida entonces, y para superar tal irregular situación, el Poder Ejecutivo nacional dispuso que exista una sola autoridad de control y que ella actúe como ente autárquico y descentralizado en la órbita del Ministerio de Comunicaciones (artículo 1°).

Sin dudas, ello redundará en la optimización de recursos y procedimientos y en la producción de resoluciones razonables que se fundamentarán en criterios objetivos tendientes a evitar distorsiones que puedan afectar la seguridad jurídica.

A la vez y bajo ese mismo ministerio, se ha dispuesto una comisión que se aboque a la tarea de actualizar y unificar las leyes 26.522 y 27.078.

A diferencia de los criterios de innegable politización utilizados en la sanción de las leyes 26.522 y 27.078, destacamos aquí el alto grado de consenso parlamentario al que el decreto 267/2015 aspira toda vez que a la mentada comisión se le impone el propósito de elaborar un proyecto de ley que supere las norma aludidas a fin de alcanzar en una nueva ley “la más amplia libertad de prensa, el pluralismo y el acceso a la información, fomentar el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, avanzar hacia la convergencia entre las distintas tecnologías disponibles, garantizar la seguridad jurídica para fomentar las inversiones en infraestructuras, evitar la arbitrariedad de los funcionarios públicos y garantizar los derechos de los usuarios y consumidores” (artículo 28).

Sin embargo, tampoco dejamos de advertir que se trata de la modificación por vía de un DNU de una compleja regulación legislativa que, aun con sus desaciertos y

desconfianzas respecto de su politización, ha estado precedida de un profuso debate que se ha intentado dar en todo el país, alcanzando incluso su discusión en el ámbito judicial, con la convalidación final respecto de la validez constitucional de algunas de sus premisas, fallada por la CSJN en el caso “Grupo Clarín” (*Fallos*, G.439 XLIX, 14 de agosto de 2013). Es decir que la reglamentación normativa por la vía de las facultades legislativas previstas excepcionalmente en el artículo 99 inciso 3 de la CN que ahora consideramos, se extiende en sustitución parcial de la regulación vigente, que es producto de una deliberación, por más objeciones que contra la misma podamos oponer. Esta deliberación previa, que es condición que aporta mayor legitimación a cualquier acto estatal y mayormente a una ley o a un acto equivalente en su rango, es un déficit que afectará al DNU que ahora analizamos, por lo que la única forma de salvar este débito connatural será cumplir con extrema pulcritud con las limitaciones temporales y principalmente instrumentales que se han incorporado al decreto 267/15 y que son los que fundamentan su carácter de norma transitoria, dándole así razonabilidad constitucional a su emisión y contenido normativo.

Como consecuencia de las modificaciones ordenadas, el decreto sustituyó de las leyes 26.522 y 27.078 todo aquello que se encuentra alejado y opuesto al sentido dado a la idea de “convergencia tecnológica”, antes explicada, a la vez que todo su articulado se consolida como un régimen de transición que permitirá, hasta tanto se efectúe el trabajo de la comisión que se creó, evitar el avance del proceso de regresión de la industria de los medios y las telecomunicaciones.

Para tal futura discusión, adelantamos desde ya la necesidad de revisar, en el marco regulatorio de transición que ahora consideramos, la imprescindible necesidad de formular una regulación que atienda con efectiva perspectiva federalista a las diversas realidades sobre las que deberá igualmente incidir, tratándose de una materia propia del derecho federal. Los marcos regulatorios que alcanzan a la totalidad de las comunicaciones audiovisuales y las telecomunicaciones del país, afectando a sus actores y destinatarios locales, debe hacerse con intervenciones direccionadas a lograr y profundizar la equidad a efectos de impedir la concentración por parte de los actores preponderantes del mercado. Pensamos así en las empresas que proveen servicios de cable en el interior del país, que merecen protección equitativa a efectos de fomentar la competencia e impedir la concentración que es siempre su rival en la libre economía de mercado. En tal sentido resulta necesario reconsiderar las condiciones y el plazo para que las actuales licenciatarias de telefonía, fija y móvil, que incuestionablemente se encuentran en una situación de poder significativo de mercado, puedan prestar el servicio de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico. Así, por caso, podría considerarse exiguo el plazo contemplado en el artículo 94 de la ley 27.078, modificado por el artículo 10 del decreto 267/15, que en principio habilitaría a extenderlo a cinco años, pro-

rogable por un plazo igual, conforme las condiciones de mercado en el área que se trate.

El marco normativo que se propone y que aceptamos sólo como provisional y sujeto a una inmediata revisión y discusión, según se declara en sus considerandos, deberá abrirse en el futuro a la incorporación de previsiones expresas que contemplen diferencialmente a las pequeñas y medianas empresas que intentan participar del mercado de los medios audiovisuales, en tanto las mismas aportan voces diferentes que deben ser introducidas al foro plural que nutre al sistema democrático. De igual modo deben ser tratadas de modo diferencial, como política de fomento, las cooperativas, las fundaciones y las agrupaciones que defiendan a las minorías, como resultan ser los pueblos originarios que deben tener garantizado el acceso al espacio de la difusión de sus opiniones, ideas e información comunitaria a través de los medios audiovisuales.

Como otra arista de este debate futuro, presentamos también la necesidad de intervenir en materia de contenidos, a fin de asegurar y proteger la producción nacional y garantizar que los medios sirvan a los fines culturales e informativos, fundamentales para una democracia deliberativa, enriqueciendo su función que, sin control ni interferencia estatal, se volcaría por entero al entretenimiento. Determinadas normas del régimen que se sustituyen eran aciertos que no deben omitirse ni olvidarse por el solo hecho de identificarse con la legislación propiciada por una determinada gestión ya concluida. Es el caso de las normas que regulaban los contenidos que debían incluir en sus grillas los prestadores de cable, fomentando la difusión de la programación nacional y local, permitiendo además el acceso al foro público más amplio de los prestadores nacionales y locales a través de la transmisión administrada por las grandes operadoras de cable. En definitiva, se trata de que el poder económico concentrado en determinados grupos empresariales no se imponga de tal modo de impedir la libre circulación de la información, las ideas y la cultura. El régimen regulatorio de las comunicaciones por medios audiovisuales y las telecomunicaciones debe orientarse con efectividad y eficacia instrumental hacia la realización real del pluralismo, la tolerancia, la no discriminación y la libertad de expresión, como precondiciones estructurales del Estado constitucional de derecho.

Por otra parte, teniendo en consideración la importancia fundamental que tiene la función de los medios audiovisuales en cuanto canales de la difusión de las opiniones, las ideas, la cultura y en vista de cuánto puede potenciar o condicionar en la diversidad y el pluralismo que ellas aportan la definición de los contenidos incluidos en la grilla de programación, resulta insustituible que el Estado intervenga, reservándose en consecuencia la potestad para intervenir en su definición, pudiendo imponer presupuestos mínimos por categorías de contenidos que deberán ser trasladados bajo apercibimiento de las sanciones previstas en el capítulo pertinente.

En consecuencia, es menester verificar que se cumplan los recaudos formales y sustanciales para habilitar la procedencia y validez del decreto de necesidad y urgencia bajo análisis.

#### 4. *Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales*

##### a) *Requisitos formales*

El artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional establece una serie de requisitos de índole formal y sustancial para que se justifique el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del presidente de la Nación.

El primero de los recaudos formales es que el decreto en cuestión sea decidido en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el jefe de Gabinete de Ministros. Este último funcionario, además, debe remitirlo al Congreso dentro de los diez días posteriores a la emisión del decreto, lo que constituye un segundo recaudo formal.

Así entonces, el primer análisis de un decreto de necesidad y urgencia, a la hora de dictaminar acerca de su validez, debe ser el referido a los mencionados recaudos formales. Sólo luego de superado ese primer análisis o control, corresponde considerar la existencia, o no, de las circunstancias igualmente previstas en la norma constitucional.

En el caso particular, se verifica que el decreto de necesidad y urgencia 267 ha sido decidido y refrendado en acuerdo general de ministros conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, tal como surge del mensaje 5/2015.

Asimismo, está acreditado que el decreto 267/2015 fue remitido en tiempo y forma, toda vez que el jefe de Gabinete de Ministros lo elevó a la consideración de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo el 14 de enero de 2016. Tratándose de un plazo de días hábiles, cabe tener también por cumplido el envío del decreto en el plazo previsto en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

##### b) *Requisitos sustanciales*

Ahora bien, para que la atribución del Poder Ejecutivo de emitir disposiciones con contenido legislativo pueda ser legítimamente ejercida es necesario que existan “circunstancias excepcionales” que requieran pronto remedio y que sea “imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.

De acuerdo con la previsión constitucional será por lo tanto necesario, en cada oportunidad en que el Congreso deba pronunciarse, determinar si han existido las circunstancias que justificarían y darían sustento al decreto de necesidad y urgencia de que se trate.

Vale recordar que en el célebre caso “Verrocchi” la Corte Suprema de Justicia sostuvo que, “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria



la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (*Fallos*, 322:1726, 19/8/1999, considerando 9°).

Más adelante en el tiempo, en la causa “Risolia de Ocampo”, la Corte Suprema avanzó un poco más en materia de validación constitucional de decretos de necesidad y urgencia al expresar que “uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el ‘sub lite’ es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos” (*Fallos*, 323:1934, 2/8/2000).

Por lo tanto, todo análisis razonable que pretenda validar un decreto de necesidad y urgencia debe efectuarse a la luz del texto constitucional y bajo las premisas interpretativas emanadas del tribunal cimero.

En resumen, es harto sabido que la procedencia y validez de los decretos de necesidad y urgencia debe justificarse acorde a parámetros objetivos que permitan dilucidar si la medida adoptada obedece a una situación de urgencia o, por el contrario, se traduce en un acto de mera conveniencia. Lo primero está permitido a quien resulta ser el responsable político de la administración del país; lo segundo, no.

Conforme se desprende de los objetivos que tuvo en miras el decreto de necesidad y urgencia 267/2015, resulta evidente que tanto la situación institucional como el interés general de la sociedad comprometido motivaron su inmediato dictado bajo un estricto cumplimiento de pautas que exigen y surgen tanto de la jurisprudencia antes relevada como de las normas en juego que reglamentan su procedencia.

##### *5. Imposibilidad de seguir los trámites ordinarios legislativos previstos en la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes*

Fundamentadas tanto la urgencia como la necesidad del dictado del decreto 267/2015 en los términos anteriormente expresados, resta determinar si, además de la pronta solución legislativa que determinó su emisión, hubiera sido posible esperar al inicio y desarrollo de la actividad parlamentaria.

Tal como fuera reconocido por la Corte Suprema en el citado caso “Verrocchi”, la procedencia y admisibilidad –en términos constitucionales– de los decretos de necesidad y urgencia obedece, entre otras cuestiones, a “que la situación que requiere la solución legislati-

va sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (*Fallos*, 322:1726, considerando 9°).

Ahora bien, sabido es que el “trámite normal de las leyes” cuenta con plazos que son, muchas veces, incompatibles con la urgencia que amerita la solución de una determinada situación.

Así entonces, no podemos soslayar que una vez ingresado cualquier proyecto de ley en alguna u otra Cámara, y luego de asignado su tratamiento a la comisión o a las comisiones pertinentes previstas en los respectivos reglamentos, deberá esperarse su tratamiento en reuniones de asesores, las consultas a especialistas sobre cuestiones técnicas de la propuesta legislativa, el mismo debate suscitado en el marco de la comisión, las consideraciones que puedan surgir relacionadas a las objeciones que presenten los miembros de cada Cámara respecto a los giros de comisión dados al proyecto (artículo 90 del Reglamento de la Cámara de Senadores y artículo 1° de la resolución de la presidencia de la Cámara de Diputados del 21/10/1988) o por aquellas observaciones que se formulen a partir de la publicación del dictamen respectivo en el orden del día (artículo 113 del Reglamento de la Cámara de Diputados).

A todos los plazos involucrados, deberán adicionarse finalmente los que correspondan a su tratamiento en las Cámaras, con las correspondientes pautas y procedimientos que la Constitución dispone para la formación y sanción de las leyes (artículos 77 al 84).

En definitiva, y conforme al análisis de las circunstancias fácticas esgrimidas, corresponde afirmar que el decreto 267/2015 se erige como pronta solución legislativa –de carácter urgente– que busca garantizar la protección de los derechos e intereses de toda la sociedad.

La aplicación e interpretación de este nuevo régimen deberá hacerse entonces con real entendimiento de que constituye un régimen transicional, emitido y aprobado en su validez con el único objetivo de servir como un esquema de solución contingente y provisional, en cuyo curso deberá actuarse con sobradas garantías y pluralismo, el espacio de deliberación que decimos es su déficit actual. Confiamos también la aprobación que ahora emitimos, a la previsión que hace el decreto 267/15 respecto de la creación de ámbitos institucionales de discusión acerca del contenido que debería tener la materia de los medios audiovisuales y de comunicación, dirigida a permitir su desarrollo acorde con la tecnología hoy vigente, en beneficio de los usuarios y consumidores y sin que opere como una simple herramienta de sanción o de promoción de cercanías partidarias o de intereses corporativos. Queda claro a partir de esas definiciones y de los instrumentos que se adoptan en el DNU en análisis, desde la creación de la Comisión para la elaboración de los proyectos de leyes como de la Comisión Bicameral Permanente, que se trata simplemente de un régimen transitorio, abriéndose a partir de ahora una

nueva instancia de discusión, desvinculada de personales persecuciones o de guías ideológicas desentendidas del principal objetivo de garantizar la más amplia libertad de expresión y el pluralismo de voces, sin dejar de lado el avance y el desarrollo tecnológico en materia audiovisual y de telecomunicaciones.

## 6. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 267/2015, y siendo que la naturaleza de la situación planteada hacía imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la validez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 267, del 29 de diciembre de 2015.

*Luis C. Petcoff Naidenoff. – Adolfo Rodríguez Saá. – Nicolás M. Massot. – Mario R. Negri. – Raúl J. Pérez. – Luis A. Petri. – Pablo G. Tonelli. – Ángel Rozas.*

## II

### Dictamen de minoría

*Honorable Congreso:*

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, ha considerado el expediente C.D.-24-J.G.M.-2015 referido al decreto del Poder Ejecutivo 267 de fecha 29 de diciembre de 2015, mediante el cual se realizan modificaciones a las leyes 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y 27.078 de Argentina Digital.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja la aprobación del siguiente

### Proyecto de resolución

*El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación*

RESUELVEN:

Artículo 1º – Declarar la invalidez del decreto 267 de fecha 29 de diciembre de 2015.

Art. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de la comisión, 23 de febrero de 2016.

*Marcos Cleri. – Juliana di Tullio. – Diana B. Conti. – Juan M. Pais. – Anabel Fernández Sagasti. – Juan M. Abal Medina. – Juan M. Irrazábal. – María Graciela de la Rosa.*

## INFORME

### I. Antecedentes y conceptualización

La Constitución Nacional, antes de la reforma en 1994, establecía en forma clara y terminante la doc-

trina de la separación de las funciones del gobierno, precisando uno de los contenidos básicos asignados a la forma republicana prevista en su artículo 1º.

La clásica doctrina de la división de los poderes, concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder y que fuera complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein, revestía jerarquía constitucional y era uno de los pilares elementales sobre los cuales se estructuraba la organización gubernamental de la Nación.

La reforma constitucional de 1994 dejó atrás la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en el marco del paradigma instaurado por los constituyentes de 1853/60 se planteaba.<sup>1</sup>

En procura de una regulación del poder atribuido al presidente de la Nación se establecieron mecanismos tendientes a resolver el uso y la instrumentación de tres decretos cuyas características han sido tipificados en nuestra Constitución Nacional: a) los decretos de necesidad y urgencia, b) los dictados en virtud de delegación legislativa y c) los de promulgación parcial de las leyes.

Estos decretos han sido consagrados expresamente en los artículos 99, inciso 3, 76, 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.

El artículo 99 en su parte pertinente establece:

### CAPÍTULO TERCERO

#### *Atribuciones del Poder Ejecutivo*

“Artículo 99: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

”[...]”

”3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de minis-

<sup>1</sup> Joaquín V. González se pronunciaba a favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia siempre que ellos sean sometidos a consideración del Honorable Congreso de la Nación. *Manual de la Constitución Argentina*, 1890.

En una postura distinta, se ubica Linares Quintana, siguiendo el criterio rígido de que lo que no está previsto en la ley no se puede hacer.

tros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros.

”El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

#### CAPÍTULO CUARTO

##### *Atribuciones del Congreso*

“Artículo 76: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

”La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

#### CAPÍTULO QUINTO

##### *De la formación y sanción de las leyes*

“Artículo 80: Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.”

#### CAPÍTULO CUARTO

##### *Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo*

“Artículo 100:

”[...]”

”12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

”13. Refrendar conjuntamente con los demás Ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.”

La introducción de los institutos denominados “decretos de necesidad y urgencia” y “facultades delegadas” en el nuevo texto constitucional de 1994 implica poner reglas a una situación de excepción y, por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional.

Sin embargo ella no ha previsto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso sino que lo ha dejado subordinado a una ley especial.

La ley 26.122 sancionada el 20 de julio de 2006 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo nacional: *a)* de necesidad y urgencia, *b)* por delegación legislativa y *c)* de promulgación parcial de leyes.

El título II de la ley 26.122 establece el régimen jurídico y la competencia de la Comisión Bicameral Permanente y, en su artículo 5°, precisa que ella estará integrada por ocho (8) diputados y (8) senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras.

En este sentido, a propuesta de los respectivos bloques de las Cámaras, los presidentes de la Honorable Cámara de Senadores y de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación han emitido los instrumentos legales correspondientes, designando a los señores senadores y diputados miembros, integrando formalmente la comisión.

En conclusión, al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un sistema con división de poderes o de funciones de distintos órganos y con un procedimiento de elaboración de leyes. Si no existen estos antecedentes, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la administración pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

Conforme la terminología utilizada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general.

Para la LNPA el reglamento es un acto de alcance general, expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas

por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la administración.

La sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del “reglamento”, con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Conforme la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes, los primeros se clasifican según la doctrina en ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia.

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

Por su parte, el dictado de reglamentos autónomos o independientes corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

Con la reforma constitucional de 1994 quedó superado el debate doctrinario respecto de los reglamentos delegados,<sup>2</sup> al contemplar expresamente la delegación legislativa en el artículo 76.

En dicha norma constitucional, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: *a)* de administración y *b)* de emergencia pública.

Tal y como se ha expuesto *ut supra*, hasta la reforma constitucional de 1994, también se debatía en doctrina acerca de la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>3</sup>

2 Se sostenía que el Congreso no podía delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

3 Miguel A. Ekmekdjian (en su obra *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997) entiende que no es correcto llamar a estas normas reglamentos, puesto que son normas de sustancia legislativa y, no obstante ello, son dictadas por el Poder Ejecutivo nacional,

Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes.<sup>4</sup>

Entre los antecedentes en derecho comparado más antiguos, se detecta la presencia de estos instrumentos en la Carta de Restauración Francesa y en la Ley Fundamental de Prusia de 1850.

Asimismo, son numerosas las constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia, estableciéndolas en sus textos en forma expresa, tales como la Constitución de la República Española y, en Sudamérica, las constituciones de Brasil, Colombia y Perú, entre otras.

En este orden de ideas, es criterio de esta comisión plantear un razonamiento acabado al analizar las circunstancias de carácter excepcional que operan como supuesto fáctico-jurídico-político que autoriza el empleo del instituto del decreto de necesidad y urgencia.

## II. *Análisis de los aspectos formales y sustanciales*

Antes de abordar el análisis de los aspectos formales y sustanciales del decreto 267/15 a la luz del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, cabe mencionar sintéticamente que aquél dispone una importante modificación de las leyes 26.522 de servicios de comunicación audiovisual y 27.078 de Argentina Digital, tanto en los aspectos de fondo de las materias reguladas por ambas normas como respecto de los organismos creados por ellas como sus respectivas autoridades de aplicación.

Entre otros aspectos, incorpora el servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico y el servicio de video a pedido o a demanda, entre otros; elimina el carácter de servicio público esencial y estratégico en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciarios de servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC); modifica el régimen de transferencias y cesiones de licencias; establece un plazo de dos años, prorrogable por un año más por el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), a partir del cual los prestadores del servicio básico

y adopta la denominación de “decretos-leyes” al referirse a este tipo de instrumentos.

4 Ekmekdjian se encuentra ente quienes defienden la inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, fundando su postura en la afectación del principio de división de poderes, y olvidando conforme el criterio de esta comisión el verdadero origen de la teoría de frenos y contrapesos elaborado por Montesquieu y adoptada por nuestra Constitución histórica 1853-60.



telefónico, cuya licencia ha sido concedida en los términos del decreto 62/90 y de los puntos 1 y 2 del artículo 5° del decreto 264/98, así como los del servicio de telefonía móvil con licencia otorgada conforme el pliego de bases y condiciones aprobado por resolución del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos 575/93 y ratificado por decreto 1.461/93, podrán prestar el servicio de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico; modifica el régimen de prórroga de licencias de servicios audiovisuales en el marco de la ley 26.522; cambia el límite de acumulación de las mencionadas licencias; etcétera.

Por otra parte, crea el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), como ente autárquico bajo la órbita del Ministerio de Comunicaciones, que absorbe las competencias asignadas a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) por la ley 26.522 y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) por la ley 27.078, sin perjuicio del mantenimiento de las competencias asignadas al Ministerio de Comunicaciones por la Ley de Ministerios. La AFSCA y la AFTIC se disuelven, cesando en el ejercicio del cargo de pleno derecho sus respectivos directores. También se disuelven el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, que se reemplazan por el Consejo Federal de Comunicaciones que se crea por esta norma. Se transfiere la totalidad del personal, bienes, presupuesto, activos y patrimonio, derechos y obligaciones de la AFSCA y de la AFTIC al ENACOM. El personal mantendrá sus actuales condiciones de empleo, sin perjuicio de la asignación de nuevas funciones derivadas de la aplicación del presente.

También se crea en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las leyes 26.522 y 27.078.

### II.1. Aspectos formales

La ley 26.122, en el título III, capítulo I, referido a los decretos de necesidad y urgencia, establece que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado”.

La lectura del artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional permite distinguir como requisitos formales: a) la firma del señor jefe de Gabinete de Ministros y b) el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente. En igual sentido, el artículo 99,

inciso 3, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, permite inferir como otro requisito formal que “serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

Desde el punto de vista formal, la norma cumple con los requisitos exigidos: fue decidido en acuerdo general de ministros, refrendado, conjuntamente, por el jefe de Gabinete de Ministros (artículo 99, inciso 3, tercer párrafo, de la Constitución Nacional); y remitido a la comisión dentro del plazo previsto (artículo 99, inciso 3, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional).

### II.2. Aspectos sustanciales

Desde la perspectiva sustancial, es pertinente detenerse en la concurrencia del presupuesto habilitante contemplado en la Carta Magna para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esto es, la presencia de circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes.

El dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución, le corresponde actuar no es un fenómeno novedoso para el derecho político.

Es menester señalar que de la letra del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, transcrito recientemente, surge que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes y no se tratara de las materias excluidas, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado en los casos “Verrocchi”,<sup>5</sup> “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” y, más recientemente, en “Consumidores Argentinos” que, para que el presidente pueda ejercer legítimamente facultades legislativas, que en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución Nacional, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ser acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen la reunión o traslado de los legisladores; b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser inmediata, en

<sup>5</sup> “Verrocchi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, CS, 1999/08/19, Fallos, 322:1726, La Ley, 1999-E:590.

un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

De esto se desprende que el Poder Ejecutivo no podría dictar un decreto de necesidad y urgencia ante el rechazo de un proyecto de ley por el Congreso, ante la falta de acuerdo de los bloques para su tratamiento o ante la falta de quórum para sesionar. Tampoco es suficiente que el Congreso Nacional se encuentre en receso, porque siempre puede ser convocado a sesiones extraordinarias por el propio Poder Ejecutivo.

Por caso, Comadira ha señalado que “la sola imposibilidad política, en tanto derivación de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer sus criterios, no puede, por eso, ser, por sí sola, razón justificante del empleo del decreto, porque debe concurrir siempre la necesidad de resolver, con urgencia y eficazmente, la situación planteada”.<sup>6</sup>

En un parlamento con representación por medio de los partidos políticos, todo el procedimiento parlamentario con sus controversias, discursos y réplicas se vuelve fundamental para la democracia, pues tiende a la consecución de acuerdos, conduce a que nos acerquemos a una idea más pluralista respecto a la voluntad popular. Al quedar agrupados en sectores la totalidad de los ciudadanos, brota la posibilidad de deliberación, negociación y acuerdo para la formación de la voluntad colectiva por medio de la conformación de las mayorías, en la deliberación entre mayorías y minorías, y en la posibilidad del surgimiento de posibles alianzas.

Asimismo, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.<sup>7</sup> La referencia a una situación de urgencia no puede constituir una afirmación meramente dogmática como para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo. Deben además descartarse situaciones de emergencia ya tratadas por el legislador con anterioridad y donde ya fijó una determinada pauta.

La Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional.

La norma constitucional precitada establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el

procedimiento legislativo”.<sup>8</sup> Pues bien, debe tratarse de una situación de carácter extraordinario o excepcional, esto es, un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible, que impida cumplir con el trámite parlamentario.

Es menester señalar que el convencional Raúl Alfonsín ha dicho que las circunstancias excepcionales suponen la existencia de una emergencia significativa y necesidad súbita que imposibilite que los cometidos estatales se cumplan por los medios ordinarios del procedimiento legislativo.<sup>9</sup>

Asimismo conforme la postura desarrollada por Germán Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia, en este caso, parece ser sinónimo de imprescindible. Se agrega “urgencia”, y lo urgente es lo que no puede esperar. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible emitir sin demora alguna el decreto sustantivo.<sup>10</sup>

Asimismo el Poder Judicial tiene la potestad de examinar la existencia o no del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la materia regulada, en un caso que sea sometido a su juicio y donde se haya afectado algún derecho constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>11</sup> controlará la razonabilidad de la medida, que consiste en la adecuación de los medios dispuestos con los fines que se pretenden lograr, exigiendo que en las normas de emergencia exista una proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

El criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad con relación a los decretos de necesidad y urgencia ha sido variable.

Como ha señalado el flamante procurador del Tesoro y eximio administrativista Carlos Balbín: “El decreto de necesidad, es el acto de alcance general con contenido y rango de ley dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de un apoderamiento constitucional, sin habilitación previa. A su vez el decreto es de carácter extraordinario y provisorio ya que, por un lado sólo procede cuando están presentes los supuestos de hecho tasados en el texto constitucional y por el otro, el

<sup>8</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

<sup>9</sup> Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, p. 2729.

<sup>10</sup> Bidart Campos, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”, columna de opinión, *La Ley*, 27/2/01

<sup>11</sup> Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>6</sup> Comadira, Julio R., “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”. *La Ley*, 1995-B, 825.

<sup>7</sup> CSJN, 19/08/1999, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, *Fallos*, 322:1726.

decreto debe ser aprobado posteriormente y de modo inmediato por el Congreso”.<sup>12</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció dos supuestos que en principio son los únicos que configuran los casos de excepción que impiden, en términos constitucionales, seguir el trámite parlamentario ordinario y, por lo tanto, constituyen el presupuesto necesario para que el Ejecutivo pueda dictar actos materialmente legislativos.

Siguiendo la postura del doctor Balbín: “Así, por un lado, la imposibilidad material de reunir el Congreso para sesionar, y por el otro, la necesidad de que la medida legislativa tenga carácter rápido y expedito para que resulte eficaz. En efecto, y volviendo a la precedente ‘Verocchi’, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el presupuesto para el dictado del DNU es que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente por razones de fuerza mayor (por caso, acciones bélicas o desastres naturales), y cuando ‘la situación que requiera solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes’”.<sup>13</sup>

Volviendo al análisis realizado ut supra, este precepto faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos por razones de necesidad y urgencia, cuando se produzcan “circunstancias excepcionales” que “... hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.<sup>14</sup>

Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional. Por lo demás, la urgencia debe ser de tal índole “que circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.

En ese esquema, cabe recordar que nuestro Máximo Tribunal, interpretando el alcance del presupuesto habilitante del dictado de los decretos de necesidad y urgencia, sostuvo que “únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción”.<sup>15</sup>

12 Balbín, Carlos, “Tratado de derecho administrativo”, *La Ley*, 2015, tomo I, pág. 699.

13 Ídem, página 706.

14 Cabe destacar que en Estados Unidos los citados decretos reciben la denominación de *executive orders*, las cuales son órdenes ejecutivas, una facultad propia por la ley segunda fundamental de la Constitución de los Estados Unidos que establece la capacidad del presidente para legislar sobre facultades e instituciones e incluso sobre la propia Constitución.

15 CSJN, 7/12/2004, “Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario”, *Fallos*, 327:5559.

En esa misma decisión, también sostuvo que “el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes...”.

En otro precedente fue incluso más estricto, al requerir “condiciones de rigurosa excepcionalidad” o cuando esté en juego “la preservación de la vida misma de la Nación y del Estado”.<sup>16</sup>

Pues bien, el dictado del decreto *sub examine* conlleva no reconocer los límites constitucionales/legales de los poderes del Estado, toda vez que no existe verdadera necesidad y urgencia que justifique su dictado. Las prácticas últimas del oficialismo dan a entender que consideran un estorbo indebido la “interferencia” del Parlamento en el control sobre el Poder Ejecutivo. Fuerza, de modo completamente voluntarista, los hechos y las circunstancias para justificar la existencia –ficticia– de una situación de necesidad y urgencia que habilite el dictado de este tipo de medidas.

Ello surge con claridad de los fundamentos del decreto bajo examen, donde se lee: “Que la crítica situación del sector de las telecomunicaciones y los medios, las razones operativas y técnicas apuntadas, así como la necesidad de la puesta en marcha en forma inmediata del nuevo ente, determinan la imperiosa necesidad de efectuar la reorganización y modificación normativa proyectada, configurando una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

”Que esperar la cadencia habitual del trámite legislativo irrogaría un importante retraso que dificultaría actuar en tiempo oportuno y obstaría al cumplimiento efectivo de los objetivos de la presente medida, y es entonces del caso, recurrir al remedio constitucional establecido en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, en el marco del uso de las facultades regladas en la ley 26.122.”

En línea con lo precedentemente expuesto no está demostrado, en palabras del Máximo Tribunal, que sea imposible dictar la ley correspondiente mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan (v. gr.: existencia de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal); o que la situación tratada sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Más aún, en el propio texto del decreto examinado se dice que “la cadencia habitual del trámite legislativo irrogaría un importante retraso que dificultaría actuar en tiempo oportuno y obstaría al cumplimiento efectivo de los objetivos de la presente medida”. Parece claro que lo “difícil” no es “imposible”, siendo este último término el utilizado

16 CSJN, 24/11/1998, “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ ordinario”, *Fallos*, 321:3123.

por la Corte Suprema para justificar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

En consecuencia, ninguna de las circunstancias aludidas impide el cumplimiento del trámite constitucional de formación y sanción de las leyes y, por ende, no habilitan el dictado de una medida de esta naturaleza.

### III. *El decreto 267/2015. Consideraciones*

En relación a las disposiciones contenidas en el decreto 267/2015, debe señalarse que las mismas violan de manera flagrante disposiciones constitucionales y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, por lo que su ratificación resulta inviable por parte del Congreso Nacional y sólo podría derivar –amen de las gravísimas consecuencias para la libertad de expresión y de acceso a la información en la República Argentina– en graves responsabilidades para el Estado nacional a nivel internacional.

#### III.1. *El decreto atenta contra la libertad de expresión y el acceso a la información*

El tema adquiere elevada trascendencia constitucional y sobre todo internacional, dado que se trata de la regulación de los medios masivos de comunicación la cual es modificada unilateralmente por un gobierno, violando estándares constitucionales tales como la participación de asociaciones de usuarios y consumidores en materias reguladas (artículo 42 de la Constitución Nacional) así como también estándares en materia de libertad de expresión y de acceso a la información que han sido fijados por organismos internacionales de derechos humanos, tales como la independencia del órgano que regula los medios de comunicación, contrariamente a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando se trata de aspectos intrínsecamente ligados a la libertad de expresión, como la modificación de la ley regulatoria de los medios de comunicación audiovisual, lo que debe primar por sobre todas las cosas es el principio de legalidad. Es el respeto irrestricto a las normas que regulan la actividad. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia al declarar constitucional la ley 26.522, cuando advirtió que “esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que ‘entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia contra toda desviación tiránica’ (Fallos, 248:291; 331:1530, entre otros)”.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> CSJN, “Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, del 29/10/13, considerando 21 del voto de la mayoría.

#### III.2. *El texto del decreto 267/2015 no se adecua a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión*

Es imprescindible determinar el encuadre normativo y jurisprudencial en el que debe analizarse el texto del decreto 267/2015.

Ello determinará los estándares interpretativos sobre la libertad de expresión y la atribución de responsabilidades ulteriores a los que debe ceñirse el Estado argentino por vía de la actuación de todos sus poderes, a fin de actuar de modo conteste con las obligaciones supranacionales en materia de derechos humanos.

Uno de los aspectos centrales en el análisis del texto del decreto 267/2015, es si el mismo se ajusta a los estándares internacionales en la materia. En este sentido ha expresado la Corte Internacional de Derechos Humanos que: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la convención americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el caso ‘Nibia Sabalsagaray Curutchet’, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’”. (N. del E.: destacado no está en el texto original).<sup>18</sup>

Es decir que, y conforme los propios criterios de la CIDH: “todas las autoridades y órganos de un Estado

<sup>18</sup> Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 “Control de convencionalidad”.

Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>



Parte en la convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’.<sup>19</sup>

Es decir que, en ámbito de sus competencias, toda autoridad pública debe velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Precisamente por ello, resulta regresivo y desprovisto de explicación lógica que el Poder Ejecutivo nacional no haya realizado siquiera un somero análisis de convencionalidad al momento del dictado del decreto 267/2015, cuyas normas evidencian un palmario apartamiento de pronunciamientos de la Corte IDH. La ratificación por parte del Poder Legislativo de esta norma no haría sino agravar la responsabilidad internacional del Estado nacional, en la que ya ha incurrido al dictar el decreto de necesidad y urgencia cuya invalidez se promueve.

En lo que nos interesa en relación al decreto 267/2015, resulta pertinente señalar que la norma viola sistemáticamente estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos dado que:

- Crea una autoridad de aplicación con precariedad, inestabilidad y falta de independencia.
- No existen medidas destinadas a la protección de diversidad y pluralismo.
- No hay medidas de preservación de las industrias culturales.
- No preserva espectro de frecuencias como un bien público.
- Se anulan las garantías de participación.
- No se trata de un régimen que promueva la transparencia.

### III.2.a) *Crea una autoridad de aplicación con precariedad, inestabilidad y falta de independencia*

En el informe “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”,<sup>20</sup> la relatoría especial para la libertad de expresión de la OEA señaló:

“*Sobre la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión*

”[46.] La regulación estatal sobre radiodifusión debe reunir una serie de requisitos para ser compatible con los parámetros impuestos por el derecho consagrado en el artículo 13 de la convención americana. En este sentido, la protección del derecho a la libertad de expresión exige que la autoridad de aplicación y fiscalización de dicha regulación respete

ciertas condiciones básicas, como garantía para el adecuado desarrollo del derecho. En efecto, las barreras o limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión pueden provenir, no sólo del marco legal, sino también de prácticas abusivas de los órganos de aplicación.

”[48]. La autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados vinculados a la radiodifusión pública, privada/comercial o comunitaria.<sup>21</sup> Debería ser un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición, estar sometido a procedimientos claros, integralmente públicos, transparentes y sometidos estrictamente a los imperativos del debido proceso y a un estricto control judicial.<sup>22</sup> Sus decisiones deben ser públicas, estar ajustadas a las normas legales existentes y encontrarse adecuadamente motivadas.<sup>23</sup>

21 Al respecto, la recomendación Rec (2000) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, citada por el Tribunal Europeo, sostiene que, las “reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec (2000) 23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3. 20 de diciembre de 2000. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

22 El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre las características que debe tener la autoridad de regulación, aplicación y fiscalización del sector de las comunicaciones, en los mismos términos que aquí se indican. Así, por ejemplo, en el caso *Glas Nadezhda Eood and Elenkov v. Bulgaria*, el Tribunal Europeo señaló que la Recomendación Rec (2000) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció la independencia y las funciones regulatorias de las autoridades de radiodifusión, recomendando a los Estados Miembros, *inter alia*, “incluir provisiones en sus legislaciones y en sus políticas que encarguen a las autoridades regulatorias del sector de radiodifusión facultades que les permitieran cumplir con su mandato de conformidad con la ley nacional, de manera efectiva, independiente y transparente, de acuerdo con las reglas establecidas por el apéndice de esta recomendación”. *Glas Nadezhda Eood and Elenkov v. Bulgaria*, no. 14134/02, § 33, E.C.H.R. (11/10/2007). Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en>

23 En este sentido, la recomendación Rec (2000) 23, del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que, “27. Toda decisión tomada y norma de regulación adoptada por las autoridades de regulación deberá ser: debidamente motivada conforme al derecho nacional; susceptible de control por las jurisdicciones competentes de acuerdo a la ley nacional; puesta a disposición del público”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 27. 20 de diciembre de 2000. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23)

19 Cfr. caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrafo 142, y caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo mapuche) vs. Chile*, párrafo. 436.

20 Disponible en: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema\\_interamericano\\_de\\_derechos\\_humanos/libro/contenido\\_ELERLI.html#pp51](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/libro/contenido_ELERLI.html#pp51)

Finalmente, debe tratarse de un cuerpo responsable que rinda cuentas públicamente de su gestión. Sobre la autoridad de aplicación, la CIDH ha sostenido que “es fundamental que los órganos de regulación o fiscalización de los medios de comunicación sean independientes del Poder Ejecutivo, se sometan completamente al debido proceso y tengan un estricto control judicial”.<sup>24</sup>

1. *La autoridad de aplicación y fiscalización debería ser un órgano independiente y autónomo del poder político y económico*

”[50] En su declaración conjunta de 2001, los relatores para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE remarcaron que, ‘las entidades y órganos gubernamentales que regulan la radiodifusión deben estar constituidos de manera de estar protegidos contra las injerencias políticas y comerciales’.<sup>25</sup>

”[51]. En efecto, dada la importancia de las funciones que deben cumplir, es fundamental que los órganos encargados de aplicar políticas y fiscalizar el cumplimiento de la regulación en materia de radiodifusión sean independientes, tanto de la influencia del poder político como de los intereses de los grupos económicos. A este respecto, en la ‘Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión’ (2007), los relatores para la libertad de expresión señalaron que, ‘la regulación de los medios de comunicación, con el propósito de promover la diversidad, incluyendo la viabilidad de los medios públicos, es legítima sólo si es implementada por un órgano que se encuentre protegido contra la indebida interferencia política y de otra índole,

de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos’.<sup>26</sup>

”[52.] Es fundamental, en consecuencia, que la autoridad de aplicación y fiscalización en materia de radiodifusión no esté sometida a injerencias políticas del gobierno ni del sector privado vinculado a la radiodifusión. Para ello, es necesario que las reglas que gobiernen la creación y funcionamiento de este órgano aseguren que el mismo tendrá suficientes garantías funcionales, orgánicas y administrativas para no obedecer ni a los imperativos de las mayorías políticas eventuales ni a los intereses de los grupos económicos.”

Y específicamente señaló la relatoría: “[53]. Diversas son las medidas que colaboran en asegurar la independencia de este órgano, y al mismo tiempo, a fortalecer su legitimidad. Así, por ejemplo, es importante contemplar un órgano colegiado cuyos miembros sean elegidos a través de un proceso de designación transparente, que permita la participación ciudadana y guiado por criterios de selección previos y objetivos de idoneidad.<sup>27</sup> También debería establecerse un estricto régimen de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de interés para asegurar la independencia tanto del gobierno como de otros sectores vinculados a la radiodifusión.<sup>28</sup> Es necesario aclarar que deben

<sup>26</sup> Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión. 12 de diciembre de 2007.

<sup>27</sup> Sobre el proceso de elección de las autoridades que integren la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que: “por otro lado, las reglas deben garantizar que los miembros de esas autoridades: sean designados de manera democrática y transparente; no puedan recibir órdenes ni tomar instrucciones de cualquier persona o instancia; se abstengan de efectuar toda declaración o de interponer toda acción susceptible de perjudicar la independencia de sus funciones o de tomar cualquier beneficio. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Reglas 3-5. 20 de diciembre de 2000. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

<sup>28</sup> Sobre la importancia de establecer un régimen adecuado de incompatibilidades que garantice la independencia e imparcialidad de la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que, a “tal efecto, deberán estar definidas reglas precisas en materia de incompatibilidades, con el fin de evitar: que las autoridades de regulación estén bajo la influencia del poder político; que los miembros de las autoridades de regulación ejerzan funciones o detenten intereses en empresas u otros organismos del sector de medios de comunicación, o de sectores conexos, que puedan conducir a un conflicto de intereses con la calidad de miembro de la autoridad de regulación. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 4. 20

000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

<sup>24</sup> CIDH. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, párrafo 82.14.

<sup>25</sup> Declaración Conjunta sobre los Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo. 20 de noviembre de 2001. En el mismo sentido, la recomendación Rec (2000) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa indica que, las “reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec (2000) 23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3. 20 de diciembre de 2000. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

ser funcionarios autónomos que sólo están sometidos al imperio de la ley y la Constitución. Además, es conveniente prever plazos fijos de duración de los mandatos que no coincidan con los plazos de duración de los mandatos de quien participa en su designación y que se contemplen renovaciones parciales escalonadas de sus miembros. Asimismo, deberían prevverse mecanismos de remoción de los integrantes que sean transparentes, que sólo procedan ante faltas muy graves previamente establecidas en la ley y que aseguren el debido proceso, en especial la revisión judicial, para evitar que se utilicen de modo arbitrario o como represalia ante decisiones adoptadas.<sup>29</sup> Por último, es esencial asegurarle a la autoridad de aplicación y fiscalización, autonomía funcional, administrativa y financiera, y un presupuesto fijo (asegurado por ley) adecuado al mandato del que disponga. Finalmente, debe tratarse de un órgano responsable que rinda públicamente cuenta de sus actos”.

Basta leer el apartado [53] para comprobar palmariamente que el texto del DNU 267/2015 incumple punto por punto los estándares fijados por la propia relatoría especial para la libertad de expresión del sistema americano y como tal no puede ser ratificado por este Congreso Nacional.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en el caso “Clarín”: “Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.

”La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.”

de diciembre de 2000. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC7](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC7)

29 Según la recomendación Rec (2000) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la “remoción [de los miembros de la autoridad de aplicación] debería ser sólo posible en caso de que no se respeten las reglas de incompatibilidad que deberían respetar o la incapacidad probada de desempeñar sus funciones, sin perjuicio de la posibilidad de que la persona involucrada pueda recurrir a los tribunales para cuestionar su remoción. En ese sentido, la remoción en base a una ofensa no relacionada con sus funciones debería ser posible sólo en instancias graves claramente definidas por la ley, sujetas a una sentencia judicial definitiva de un tribunal”.

Tanto la AFSCA como la AFTIC, organismos reguladores con conformación plural,<sup>30</sup> pretende ser reem-

30 En lo que refiere a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, la misma esta creada por imperio de la ley 26.522, que establece:

“Artículo 10. – Autoridad de aplicación. Créase como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, como autoridad de aplicación de la presente ley.

”Asimismo su conformación, número de integrantes, modo de selección y remoción están previstos en el artículo 14 de la precitada ley, en cuanto establece:

”Artículo 14. – Directorio. La conducción y administración de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual será ejercida por un directorio integrado por siete (7) miembros nombrados por el Poder Ejecutivo nacional.

”El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primer minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercer minoría parlamentarias; dos (2) directores a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, debiendo uno de ellos ser un académico representante de las facultades o carreras de ciencias de la información, ciencias de la comunicación o periodismo de universidades nacionales.

”El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita en las condiciones de la ley 25.188.

”Los directores deben ser personas de alta calificación profesional en materia de comunicación social y poseer una reconocida trayectoria democrática y republicana, pluralista y abierta al debate y al intercambio de ideas diferentes.

”Previo a la designación, el Poder Ejecutivo nacional deberá publicar el nombre y los antecedentes curriculares de las personas propuestas para el directorio.

”El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un período. La conformación del directorio se efectuará dentro de los dos (2) años anteriores a la finalización del mandato del titular del Poder Ejecutivo nacional, debiendo existir dos (2) años de diferencia entre el inicio del mandato de los directores y del Poder Ejecutivo nacional.

”El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño en sus funciones o por estar incurrido en las incompatibilidades previstas por la ley 25.188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.

”El presidente del directorio es el representante legal de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, estando a su cargo presidir y convocar las reuniones del directorio, según el reglamento dictado por la autoridad de aplicación en uso de sus facultades.

”Las votaciones serán por mayoría simple.”

Como puede observarse se trata de un directorio de conformación plural, con representantes del Poder Ejecutivo, de las minorías parlamentarias, de las universidades

plazada por un organismo denominado “Ente Nacional de Comunicaciones” (ENACOM), conforme el decreto 267/2015 (artículos 1, 2, 3, 4 y 5).

Resulta por demás revelador analizar su estructura, prevista en el artículo 5° del precitado decreto, que dispone: “La conducción y administración del ENACOM será ejercida por un directorio, integrado por un (1) presidente y tres (3) directores nombrados por el Poder Ejecutivo nacional, y tres (3) directores propuestos por

nacionales y otro miembro, ambos designados por el Consejo Federal en el que se encuentran representadas las provincias, las entidades que agrupen a los prestadores privados de carácter comercial, las entidades que agrupen a los prestadores sin fines de lucro; las emisoras de las universidades nacionales; las universidades nacionales que tengan facultades o carreras de comunicación; los medios públicos de todos los ámbitos y jurisdicciones; las entidades sindicales de los trabajadores de los medios de comunicación, las sociedades gestoras de derechos y un representante por los pueblos originarios reconocidos ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) (Conf. ley 26.522, artículo 15).

Por su parte, la ley 27.078 disponía en su redacción:

“Artículo 84. – Directorio. La conducción y administración de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones será ejercida por un (1) directorio integrado por siete (7) miembros nombrados por el Poder Ejecutivo nacional.

“El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentaria; un (1) director a propuesta de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un (1) director a propuesta del Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, en las condiciones que fije la reglamentación.

“El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita en las condiciones de la ley 25.188.

“Previo a la designación, el Poder Ejecutivo nacional deberá publicar el nombre y los antecedentes curriculares de las personas propuestas para el directorio.

“El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un (1) período.

“El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño de sus funciones o por estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley 25.188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.

“El presidente del directorio es el representante legal de la autoridad federal, estando a su cargo presidir y convocar las reuniones del directorio, según el reglamento dictado por la autoridad de aplicación en uso de sus facultades.

“Las votaciones serán por mayoría simple.”

la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, los que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentarias.

“El directorio del ENACOM tendrá las mismas funciones y competencias que las leyes 26.522 y 27.078, y sus normas modificatorias y reglamentarias asignan, respectivamente, a los directorios de la AFSCA y de la AFTIC.

“El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita, en las condiciones de la ley 25.188.

“El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un (1) período. Podrán ser removidos por el Poder Ejecutivo nacional en forma directa y sin expresión de causa.

“El presidente del directorio es el representante legal del ENACOM, estando a su cargo presidir y convocar las reuniones del directorio, conforme lo disponga el reglamento que se dicte al efecto.

“El quórum para sesionar será de cuatro (4) directores, uno de los cuales podrá ser el presidente, y las decisiones serán adoptadas por mayoría simple. En caso de empate, el presidente tendrá doble voto.”

Bien podría preguntarse cómo un organismo como el ENACOM “...tendrá suficientes garantías funcionales, orgánicas y administrativas para no obedecer ni a los imperativos de las mayorías políticas...”, si de sus siete miembros, cuatro son designados directamente por el Poder Ejecutivo nacional.

También es válido interrogarse acerca de cómo han previsto “...mecanismos de remoción de los integrantes que sean transparentes, que sólo procedan ante faltas muy graves previamente establecidas en la ley, y que aseguren el debido proceso, en especial, la revisión judicial, para evitar que se utilicen de modo arbitrario o como represalia...” en un organismo cuyos miembros, incluso los designados por este Congreso Nacional, podrán “...ser removidos por el Poder Ejecutivo nacional en forma directa y sin expresión de causa”, tal como plantea el decreto en análisis.

El propio ministro de Comunicaciones, Aguad, señaló, respecto a las limitaciones que las leyes 26.522 y 27.078 imponían al Poder Ejecutivo respecto a la designación de los miembros de los organismos reguladores que “...una ley del Congreso no puede limitar la capacidad del presidente”.

Consultado el relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), Edison Lanza, respecto al decreto que preveía la previa intervención del AFSCA, contestó subrayando el juego de sectores e instituciones que dan sentido al funcionamiento de la ley 26.522: “Desarmar, en lugar



de mejorar o blindar, a un organismo que regía el sistema de medios, pero del que participaba la oposición, las universidades y la sociedad civil, para que las decisiones vuelvan a ser adoptadas directamente por el Ejecutivo, no es la mejor señal de largada”.

Como puede verse, el procedimiento democrático y participativo de designación de autoridades y la composición plural del directorio que se establecieron tanto para la AFSCA, como para la AFTIC, en línea con los estándares internacionales, han sido remplazados por la virtual mayoría automática del Ejecutivo en las decisiones del ENACOM. Si restaba un elemento para asegurar esa hegemonía, la facultad de remover sin causa a los/as directores/as, incluidos quienes hayan sido nombrados por el Congreso, confirma la decisión de concentrar el poder de decisión en ese ente, afectando de esta manera la división de poderes, el federalismo, el sistema republicano, en derecho de defensa, todos ellos de raigambre constitucional.

### III.2.b) *No existen medidas destinadas a la protección de diversidad y pluralismo*

En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas. Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor.

Dentro de las innovaciones introducidas al régimen regulatorio de los servicios de comunicación audiovisual por el decreto 267/2015, se encuentra la regulación de los servicios de televisión por suscripción, ya no como parte de los servicios de comunicación audiovisual, sino como parte de los servicios de telecomunicaciones. Así establece el artículo 7° del cuestionado decreto: “Sustitúyese el artículo 10 de la ley 27.078, por el siguiente:

”Artículo 10: Incorpórase como servicio que podrán registrar los licenciarios de TIC, al servicio de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico. El servicio de radiodifusión por suscripción se registrará por los requisitos que establecen los artículos siguientes de la presente ley y los demás que establezca la reglamentación, no resultándole aplicables las disposiciones de la ley 26.522. Se encuentra excluida de los servicios de TIC la televisión por suscripción satelital que se continuará rigiendo por la ley 26.522.

”Las licencias de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico otorgadas por el ex Comité Federal de Radiodifusión y/o por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual con anterioridad a la entrada en vigencia de la modificación del presente artículo serán consideradas, a todos los efectos, Licencia Única Argentina Digital con registro de servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o mediante vínculo radioeléctrico, en los términos de los artículos 8° y 9° de esta ley, debiendo respetar los procedimientos previstos para la prestación de nuevos servicios salvo que ya los tuvieren registrados.”

En la práctica, esto implica, entre otros aspectos a considerar, que los servicios de televisión por suscripción dejan de estar alcanzados por los límites a la concentración de licencias que establecía el artículo 45 de la ley 26.522.

La anulación de límites para la concentración de licencias prevista en el artículo 45 de la ley 26.522 no sólo preveía un tope de 24 licencias de cable en todo el país, un límite del 35 % por ciento de abonados sobre el total nacional, sino además la prohibición de propiedad cruzadas entre televisión abierta y televisión por cable en una misma área geográfica, a los fines de evitar que un mismo grupo económico concentrase en forma oligopólica o monopólica según fuese el caso, la totalidad de los servicios de televisión de dicha área.

Todos estos límites desaparecen por aplicación del decreto 267/2015 y esto, lisa y llanamente, es una afectación insana a la libertad de expresión.

Cabe recordar que la libertad de expresión y de información posee dos aspectos nitidamente diferenciables, aunque integrantes inescindibles de dicho derecho. Por un lado, el aspecto individual y por otro lado el aspecto social o colectivo. Tal como con claridad meridiana definió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 5 de 1985: “El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión ‘comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...’. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir

cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Algunos párrafos más adelante, la CIDH, en la opinión consultiva precitada, expresa:

”32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

”33. Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

”34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”

Y es importante detenerse en el siguiente concepto: “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad”. Es decir que, por la relevancia de la función social que cumplen en el marco de una sociedad democrática, como vehículo o puerta de acceso al derecho colectivo de libertad de expresión y de acceso a la información plural y diversa, que los medios de comunicación se encuentran sometidos a regulaciones que coadyuven a garantizar su libre desenvolvimiento.

La relatoría especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente informe denominado estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente

(2010), expresó: “Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentando contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la convención americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias en una sociedad democrática. Tanto la CIDH como la Corte Interamericana han sostenido la importancia de la intervención estatal para garantizar competencia y promover pluralismo y diversidad. Entre las medidas efectivas que los Estados deben adoptar se encuentran las leyes antimonopólicas que limiten la concentración en la propiedad y en el control de los medios de radiodifusión.

117. Es claro que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación conduce a la uniformidad de contenidos que éstos producen o difunden. Por ello, hace ya más de veinte años, la Corte Interamericana señaló que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar. También reconoció que los Estados deben intervenir activamente para evitar la concentración de propiedad en el sector de los medios de comunicación. El máximo tribunal de justicia de la región sostuvo que, “en los términos amplios de la convención [americana], la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’”.

118. En sus declaraciones conjuntas de 2001, 2002 y 2007, los relatores para la Libertad de Expresión se pronunciaron en contra de los monopolios en los medios de comunicación. Específicamente, en su declaración conjunta de 2007 sostuvieron que, “[e]n reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas”.

Es precisamente éste el objetivo del artículo 45 de la ley 26.522, que tal como fue redactado establece, en resguardo de la diversidad, medidas especiales, específicamente leyes antimonopólicas, “...para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical...”.

El decreto 267/2015 da por tierra con dichos objetivos, toda vez que no sólo suprime irrazonable y arbitrariamente dichos límites en relación a la televisión por suscripción, sino que además, y sin ningún argumento técnico o jurídico, eleva en un 50% la cantidad de licencias con uso de espectro que puede tener un mismo licenciatario.

Así, debe señalarse que el antiguo artículo 45 establecía un total de 10 licencias nacionales de medios de comunicación con uso de espectro (fuesen de radio o TV). El nuevo artículo 45, reformado por el artículo 17 del decreto 267/2015, establece un nuevo límite de 15 licencias con uso de espectro.

Debe señalarse que para que un solo grupo económico pueda controlar o ser licenciatario de 15 licencias con uso de espectro en lugar de las 10 licencias anteriormente previstas, y considerando que el espectro radioeléctrico es un recurso finito y limitado, implica que habrá 5 personas o grupos que no podrán acceder al uso de licencias y serán silenciados por efecto de la concentración mediática.

Donde se produce concentración mediática, ello implica que alguien se apropia de las voces que le corresponden al conjunto de la sociedad.

Ha dicho en este sentido la Organización de los Estados Americanos en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

El Poder Ejecutivo ha decidido ignorar esta obligación del Estado nacional de garantizar la pluralidad y diversidad de medios y ha derogado por DNU los controles antimonopólicos.

Dijo el relator especial para la Libertad de Expresión que en la Argentina “... hay un grupo que tiene niveles de concentración muy importantes. Esto es importante: estamos hablando de libertad de expresión, no de una empresa que vende galletitas. Los medios de comunicación son vehículos para la libertad de expresión: los monopolios, oligopolios y la concentración indebida afectan la libertad de expresión. Hay empresas multinacionales que compraron casi todo nuestro mercado de cervezas; sin embargo, vos podés dominar el mercado de la cerveza sin que se vaya la vida institucional. En el caso de la concentración de medios lo que ocurre es una afectación de la democracia, porque ese grupo va a imponer su mirada, va a limitar otras, va a combatir a ciertos gobiernos o criticar a la oposición. Ignorar eso es ignorar toda la doctrina en la materia. Las democracias robustas, como Estados Unidos, ponen límites a la propiedad cruzada de medios. Esto no es ciencia ficción: en Guatemala hay un empresario que tiene cuatro de los seis canales abiertos de difusión. Para ser presidente en Guatemala hay que partir de sus medios y hacer acuerdo con este señor. (*Buenos Aires Herald*, 26 de diciembre de 2015. Disponible

en castellano en <http://federicopoore.blogspot.com.ar/2015/12/entrevista-edison-lanza.html>)

A su vez, el artículo 22 del DNU deroga el artículo 48 de la citada ley en relación a las llamadas “prácticas de concentración indebida” –de carácter complementario al artículo 45 de la LSCA– que establecía facultades para verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical y horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.

Que, en relación a este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el paradigmático caso “Grupo Clarín” (voto del doctor Petracchi), dijo: “Que en este caso puede afirmarse que las restricciones impugnadas cumplen con el requisito de haber sido previstas en forma precisa y clara en una ley en sentido formal y material. Asimismo, ellas persiguen objetivos e intereses imperativos, autorizados por la convención; es más, esta última obliga a los Estados a adoptar acciones positivas para garantizarlos. Tal como ya se señaló, el propósito de estas restricciones fue el de ‘garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local’, lo que constituye ‘un interés público legítimo, que puede justificar la toma de decisiones en materia de radiodifusión’. Que en cuanto al requisito según el cual una restricción debe ser ‘necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada, e idónea’, resulta relevante señalar que, en el caso, se encuentra acreditado que el mercado argentino de medios audiovisuales está altamente concentrado.

”Esto surge no sólo de la conformación del Grupo Clarín, sino también de la admisión de la propia actora en el sentido de que su modelo de negocios es un multimedia periodístico, y es el grupo más importante y diversificado del país y uno de los más relevantes de habla hispana, cuya presencia, fundamentalmente, opera en los medios escritos, radio, televisión por aire y cable, producción audiovisual, industria gráfica e internet. Incluso, uno de los agravios más significativos del Grupo Clarín se basa, precisamente, en que la alta concentración que posee en la actualidad resulta indispensable para continuar siendo sustentable y no ver afectada su independencia y la libertad de expresión.

”En un mercado de las características descritas, las restricciones a la concentración de la propiedad de los medios aparecen como necesarias a fin de lograr ‘la disseminación más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas’. Es que ‘la propiedad conlleva el poder de seleccionar, editar y elegir los métodos, manera y énfasis de la presentación’. Por lo que, en principio, es posible pensar que permitir a un único actor dominar la oferta mediática, o al menos, preponderar en forma decisiva, habrá de representar una amenaza potencial a los intereses de los consumidores y del pluralismo (considerandos 22 y 23)”.

Por su parte, la derogación del artículo 44 de la ley 26.522, por medio del artículo 22 del DNU 267/2015, abre la puerta para delegar la prestación efectiva de

servicios de comunicación audiovisual a terceros, sin que hayan sido sometidos a la evaluación previa que debe realizar la autoridad de aplicación de la ley para considerarlos licenciatarios. De esta forma se autoriza a que terceros se hagan cargo indirectamente de las licencias por medio de un procedimiento de adjudicación flexibilizado y poco riguroso, que oscurece la propiedad real y el funcionamiento en los hechos de los verdaderos usufructuarios de las licencias, favoreciendo a su vez, la concentración indirecta a través de intermediarios.

La declaración pronunciada por los relatores de Libertad de Expresión en Ámsterdam en 2007 manifestaba la importancia de impulsar medidas que garanticen la transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación en contextos de concentración mediática: "...Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad [...] en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor".

### III.2.c) *No hay medidas de preservación de las industrias culturales*

En materia de pluralismo y diversidad también señalaron los relatores en el año 2007:

"Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperable, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica."

La invocación oportuna de la Convención de Diversidad Cultural de la UNESCO realizada por parte de la relatoría especial de Libertad de Expresión en tanto dispositivo integrante de los estándares de protección al pluralismo y diversidad, tratado internacional ratificado por el Estado nacional (ley 26.305) y por lo tanto superior a las leyes, torna obligatoria la consideración del apartamiento de las reglas nacionales recientemente dictadas por el Estado nacional, respecto de dicho tratado.

En tal sentido, la desafectación de la TV por cable o aérea con suscripción de la ley 26.522 para someterla a las reglas genéricas de las TIC importa un ostensible apartamiento de las reglas internacionales, además de ignorar las reglas del derecho comparado y las previsiones del artículo 75, inciso 19.

Primeramente, porque el rol de la TV por suscripción está orientada en la totalidad del derecho comparado a ser un servicio de distribución de contenidos propios y

de terceros y, claramente, forma parte de los llamados servicios y productos culturales. Es precisamente por esa razón que se los protege y no se los regula como servicios de telecomunicaciones que están regulados por el sistema de la Organización Mundial del Comercio.

Prueba de ello las previsiones, entre otros textos legales, la Directiva Europea de Servicios de Comunicación Audiovisual que señala:

"En sus resoluciones de 1° de diciembre de 2005 (5) y 4 de abril de 2006 (6) relativas a la Ronda de Doha y la Conferencia Ministerial de la OMC, el Parlamento Europeo exige que los servicios públicos básicos, tales como los servicios audiovisuales, se excluyan de la liberalización en el marco de la ronda de negociación relativa al AGCS. En su resolución de 27 de abril de 2006 (1), el Parlamento Europeo brinda su apoyo a la convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y afirma, en particular, "que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial". La decisión 2006/515/CE del consejo, del 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2) aprobó en nombre de la comunidad dicha convención de la UNESCO. La convención entró en vigor el 18 de marzo de 2007. La 7. La presente directiva respeta los principios de dicha convención."

Lo expuesto no es inocuo; y menos aún a la luz del artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, que establece la facultad del Congreso Nacional de legislar en materia de defensa del espacio audiovisual nacional, tal como reclama el tratado internacional que venimos mencionando, ratificado éste por la ley 26.305.

Establece la precitada convención que "La 'diversidad cultural' se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.

"La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados." (Conf. artículo 4°, Ap 1).

Asimismo, define a las "actividades, bienes y servicios culturales" como las "actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o



contribuir a la producción de bienes y servicios culturales”. Define además a las industrias culturales como “...todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales, tal como se definen en el párrafo 4 supra.” (Conf. artículo 4°, Ap 4 y 5).

Finalmente y en lo que resulta relevante al DNU cuyo rechazo se propicia, la convención establece en su artículo 6: “Derechos de las Partes en el plano nacional [1]. En el marco de sus políticas y medidas culturales, tal como se definen en el párrafo 6 del artículo 4°, y teniendo en cuenta sus circunstancias y necesidades particulares, las Partes podrán adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios.[2]. Esas medidas pueden consistir en: a) medidas reglamentarias encaminadas a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales; b) medidas que brinden oportunidades, de modo apropiado, a las actividades y los bienes y servicios culturales nacionales, entre todas las actividades, bienes y servicios culturales disponibles dentro del territorio nacional, para su creación, producción, distribución, difusión y disfrute, comprendidas disposiciones relativas a la lengua utilizada para tales actividades, bienes y servicios; c) medidas encaminadas a proporcionar a las industrias culturales independientes nacionales y las actividades del sector no estructurado un acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales; d) medidas destinadas a conceder asistencia financiera pública; e) medidas encaminadas a alentar a organizaciones sin fines de lucro, así como a entidades públicas y privadas, artistas y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales, y a estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa; [...] h) medidas destinadas a promover la diversidad de los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión”.

Es decir: al anular la contención de los servicios por suscripción en la LSCA, antes que plantearse una política de convergencia, el Estado ha decidido ignorar décadas de protección de las industrias culturales. No sólo en la Argentina sino a nivel global.

La TV por suscripción hace “distribución” de contenidos propios y de terceros. Ello lo dice la propia ley en lo que no ha sido derogado del artículo 4°. El caso es que le quitan los derechos y protecciones de ser una industria cultural no sujeta a las reglas de liberalización de mercados por reglas de la OMC.

Al quitar del ámbito de la LSCA a “los cables” y demás servicios de radiodifusión por suscripción se evaporan las obligaciones de interés público. Entre ellas las referidas de modo genérico del *must - carry*, o sea de llevar por el conducto o soporte, tal como dicen los relatores de Libertad de Expresión, a las señales de TV Abierta (tal el caso de la adjudicación que tiene esta

parte actora) en virtud de lo dispuesto por el artículo 65 de la ley 26.522.

La política de concentración de propiedad de los medios de comunicación que instaura el DNU 267/2015 tiene como efecto la aniquilación de la diversidad cultural que garantizaba la ley 26.522, principalmente en sus artículos 3°, 63, 65 y 67 y en el marco de la ley 25.750, de preservación de bienes y patrimonios culturales, el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales que el Estado argentino ha ratificado, además de los estándares en la materia definidos por el sistema interamericano de derechos humanos.

La redefinición del servicio de televisión paga por vínculo físico como prestación en el ámbito de las telecomunicaciones aumenta el grado de mercantilización de la comunicación audiovisual y degrada el sentido de bien cultural de este servicio, ya que se elimina la necesaria defensa de la producción cultural y artística en condiciones de desarrollarse en cada región del país, al mismo tiempo que se eliminan las restricciones para que los mismos sean adquiridos y/o controlados por capitales extranjeros.

Ello a pesar de que la declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión –adoptada por el relator especial de la ONU sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el relator especial de la OEA sobre Libertad de Expresión de los Medios de Comunicación y la relatora especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información–, al referirse a la diversidad de las programaciones, ya expresaba: “Se debe considerar proveer apoyo para la producción de contenido que contribuya de manera significativa a la diversidad, fundado en criterios equitativos y objetivos aplicados en forma no discriminatoria. Esto puede incluir medidas para promocionar productores de contenidos independientes, incluso solicitando a los medios públicos que adquieran una cuota mínima de su programación de dichos productores”.

Como otra de las consecuencias indirectas de la exclusión del servicio de televisión paga por cable de la regulación de los servicios de comunicación audiovisual, pierde validez la disposición del artículo 67 de la ley 26.522, que establece “cuotas de pantalla de cine y artes audiovisuales nacionales” en el caso de los servicios de televisión paga por cable, con sus implicancias en el desarrollo y la desprotección de la industria cinematográfica nacional, que pierde espacios de televisación frente a la liberalización de los requisitos societarios para la participación en la titularidad de servicios de comunicación audiovisual y el aumento de los porcentajes de cotización internacional en las bolsas de valores, en términos de ventajas comparativas se configura un escenario de fuertes asimetrías entre la industria cinematográfica extranjera y la nacional, cuando es justamente esta última la que tiene el po-

tencial de preservar y difundir el patrimonio cultural y la diversidad de expresiones de todas las regiones y culturas que integran la Nación Argentina (de acuerdo con las modificaciones y derogaciones de los artículos 18, 22, 25 y 55 del DNU 267/2015).

Se suma a ello la desregulación de las obligaciones de composición de grillas de programación o “*must-carry rules*”, que establece el artículo 65 de la ley 26.522, de modo incompatible con lo expresado por en la misma Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión de 2007, dónde se expresó: “Los diferentes tipos de medios de comunicación –comerciales, de servicio público y comunitarios– deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperables, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica”.

Ello configurando una situación de inequidad en el acceso a la plataforma que ofrece esta prestación televisiva para los diferentes tipos de medios de comunicación –comerciales, de servicio público y comunitarios–, en tanto queda al arbitrio de las empresas, en función de sus intereses económicos y políticos, cuáles señales y canales incluyen y cuáles excluyen, en el contexto de un mercado audiovisual sumamente concentrado, afectando el pluralismo y la diversidad de la información. La única voz va a ser la de los “dueños” del mercado infocomercial.

Finalmente, en este mismo orden de regresión normativa, el artículo 63 de la ley 26.522, modificado por el artículo 19 del DNU 267/2015, aumenta los porcentajes de retransmisión en red y, por lo tanto, potencia la concentración de contenidos y la retransmisión de la programación generada por los principales canales comerciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo cual se debilita la producción de contenidos propios, locales, federales e independientes en las distintas regiones del país, con sus correspondientes efectos en la homogeneización de contenidos y la reducción de puestos de trabajos en las provincias del país.

La Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA en su informe anual de 2004, cuando se pronunció en relación con la necesidad de establecer un marco regulatorio antimonopólico que garantice la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión, sostuvo: “Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano

vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como ‘pluralidad’ o ‘diversidad’ en la información”.<sup>31</sup>

Por esta razón, los Estados deben promover un intercambio equilibrado y no discriminatorio de los bienes vinculados con la información, la comunicación y la cultura. El eje rector y excluyente de las políticas comunicacionales no debe ser la rentabilidad económica, sino que, tal como lo establece la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, del año 2005 –ratificada por la Argentina mediante la ley 26.305 (B.O. 19/12/2007)–, los Estados tienen la obligación de “adoptar medidas destinadas a promover la diversidad en los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión”.

En el ámbito doméstico la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Grupo Clarín y otros c/ Poder Ejecutivo nacional y otro s/acción meramente declarativa”, afirmó: “Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse” y “...a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde [...] la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica” (considerandos 23 y 24, página 38).

Sobre la trascendental importancia del tema de los medios de comunicación para la democracia y la vida social cotidiana, el jurista Carlos Nino ha escrito: “La regulación de los medios masivos de comunicación es una de las empresas más delicadas que enfrenta el Estado moderno. Esto es así porque buena parte de los objetivos, proyectos e intereses que desarrollan los hombres en las sociedades complejas contemporáneas, tanto en el ámbito público como en el privado, están condicionados en su generación y materialización portales medios masivos. [...]. La formación de monopolios y oligopolios es un riesgo permanente en el caso de los medios de comunicación masiva, debido tanto a la escasez de los recursos disponibles (como son las ondas de radio y televisión) como a los grandes capitales que son necesarios para explotar esos recursos” (Carlos Nino, “La filosofía de una Ley de Radiodifusión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, Número 14. *La filosofía de una ley de radiodifusión*. Carlos Nino, disponible en [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)).

El decreto 267/2015 establece en su artículo 10 que “el servicio de radiodifusión por suscripción se registrará por los requisitos que establecen los artículos siguientes de la presente ley y los demás que establezca la regla-

31 CIDH, informe anual 2004, volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, capítulo V, “Violaciones indirectas a la libertad de expresión”.

mentación, no resultándole aplicables las disposiciones de la ley 26.522”

Esto implica, entre otras cuestiones, que los servicios de comunicación por suscripción ya no se encontrarán sujetos a las obligaciones en relación con la producción local, la obligación de incorporar a sus grillas los contenidos de los canales locales, y tampoco a producir una señal de producción propia (ley 26.255, artículo 65). Tampoco estarán obligados al cumplimiento de horarios de protección al menor (ley 26.255, artículo 68). Tampoco a las obligaciones respecto a los contenidos cinematográficos locales (ley 26.255, artículo 67). Desaparecerá para la TV por cable la obligación de garantizar una señal propia con mecanismos de accesibilidad para personas con discapacidad previstos en el artículo 66 de la ley 26.522. Tampoco alcanzará a la TV por cable la obligación de “evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes”, contenida en el artículo 70 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Porque por decreto, el Poder Ejecutivo nacional ha decidido excluir a la televisión por cable de cada una de estas obligaciones. Como señalan Damián Loreti, Diego de Charras y Luis Lozano en su nota “El decreto 267 y el fin de los debates”: “Basta de discutir pluralismo, diversidad, contenidos locales, regionales, informativos, de la universidad local, de ficción propia e independiente. Será lo que interese del mercado. Por supuesto, tampoco hay porcentaje de contenido nacional. Convergencia, sí. Para el capital”.

Al eximir de las reglas de techos de publicidad a las señales de cable, porque ya no están sujetas a lo que dispone la LSCA, el decreto genera una migración de los contenidos publicitarios al espacio del cable, donde la pauta está subsidiada por el abono. A la vez, las señales de TV abierta no tienen garantía de pantalla en el cable –ya nada obliga a los cableros a darles ese lugar–, por lo que corren el riesgo de quedar como meros proveedores de contenidos.

El escenario no difiere de experiencias ya vividas en nuestro país en la primera gran oleada de concentración del mapa mediático. La absorción de uno de los pioneros de la industria del cable, Video Cable Comunicación (VCC), por Cablevisión y Multicanal a fines de 1997, es un ejemplo claro del impacto que este tipo de operaciones generan sobre la oferta de contenidos. Multicanal y Cablevisión (propiedad por entonces del conglomerado CEI-TISA) adquirieron por partes iguales VCC y en julio del año siguiente se dividieron los 670.000 abonados que tenía esa empresa. Con la

desaparición de VCC dejaron de emitirse también todas las señales y contenidos que la empresa producía: canales y programas de noticias, deportes, infantiles y de entretenimientos que fueron reemplazados por las grillas de Multicanal y Cablevisión, con sus señales propias ya existentes.

En México, donde la autoridad de aplicación es unificada, la ley establece reglas para los que se llaman “servicios restringidos”, como ocurre con los proveedores de TV por cable. La ley obliga a dar espacio a contenidos locales en el cable, y lo mismo ocurre en Brasil, donde la Agencia Nacional do Cinema (ANCI-NE) se ocupa de supervisar el cumplimiento de estas disposiciones.

El decreto 267/2015 no sólo viola la Constitución argentina, los pactos y tratados de derechos humanos que tiene suscripto la Argentina, desconoce los estándares válidos a nivel internacional en materia de Libertad de expresión, sino que además y como ya señaló el relator especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos “El Estado tiene la potestad legítima de regular determinados aspectos del acceso y usufructo del espectro y de los bienes públicos que utilizan los medios audiovisuales para funcionar, pero esa regulación debe ser realizada por ley, de acuerdo al artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 19 de la Declaración Universal. Este tipo de regulaciones incide en el régimen de funcionamiento de los medios de comunicación y es determinante para el acceso de todas las corrientes de opinión, las empresas periodísticas y los grupos de interés a los medios de comunicación. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad de expresión debe garantizarse a través de los medios, y la existencia misma de una sociedad y un debate plural, dependen en buena medida de este marco de funcionamiento y debe ser regulado por una ley en sentido formal y material. Además, en tanto puede restringir la libertad de expresión, este tipo de leyes debe perseguir un fin legítimo y sus mecanismos deben ser necesarios para una sociedad democrática y sus disposiciones, estrictamente proporcionales para conseguir el fin que se persigue. A todas luces un decreto presidencial no puede ser considerado una ley en sentido formal y material, por más que meses después sea sometido a la consideración del Parlamento. El hecho de obedecer a la voluntad del Ejecutivo, de no estar sometido al procedimiento formal de aprobación y de carecer del escrutinio y del debate democrático que supone el proceso parlamentario, a mi juicio, no cumple con el estándar internacional que acabo de mencionar” (diario *Perfil*, 27 de diciembre de 2015. Disponible en <http://www.perfil.com/elobservador/No-aprobamos-intervernir-la-Afsca-por-medio-de-un-decreto-20151227-0054.html>).

### III.3.d) *No preserva espectro de frecuencias como un bien público*

En materia de la duración de las licencias, que se han transformado en licencias *sine die* tal, por vía de

habilitar prórrogas automáticas sin ninguna verificación—además de eliminar las audiencias públicas cuando se trata de la administración de recursos públicos como las frecuencias<sup>32</sup>— ha dicho la Corte Interamericana: en el reciente caso “Granier vs. Venezuela” sostuvo que “el espectro radioeléctrico es un bien público cuyo dominio corresponde al Estado y por tanto su titularidad no puede ser reclamada por los particulares [...] Una vez determinado lo anterior, la Corte entra a analizar el alegato de los representantes según el cual la no renovación de la concesión equivalía a una destrucción ilegítima del derecho de propiedad que tenían las presuntas víctimas sobre ella, en el entendido de ser un bien protegido bajo la Convención Americana. Sobre este punto, como fue expuesto, este Tribunal ya concluyó que no existía un derecho a la renovación o a una prórroga automática de la concesión”.

Las renovaciones automáticas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de México en el caso de la llamada “ley Televisa” (Acción de inconstitucionalidad 26/2006 presentada por un grupo de senadores de distintos partidos políticos).<sup>33</sup>

### III.3.e) *Se anulan las garantías de participación*

Las licencias de comunicación audiovisual se otorgan por un plazo determinado de tiempo y pueden renovarse. Una de las más importantes innovaciones que trajo la ley 26.522 fue la participación ciudadana en el proceso de la renovación de licencias. La ley 26.522 prevé en su artículo 40 que “las licencias serán susceptibles de prórroga por única vez, por un plazo de diez (10) años, previa celebración de audiencia pública realizada en la localidad donde se preste el servicio”.

En forma coincidente el artículo 2° de la ley 26.522 establece: “Carácter y alcances de la definición. La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. La explotación de los servicios de comunicación audiovisual podrá ser efectuada por prestadores de gestión estatal, de gestión privada con fines de lucro y de gestión privada sin fines de lucro, los que deberán tener capacidad de operar y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles.

”La condición de actividad de interés público importa la preservación y el desarrollo de las actividades previstas en la presente como parte de las obligaciones del Estado nacional establecidas en el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional. A tal efecto, la comunicación audiovisual en cualquiera de sus soportes resulta una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la

información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión.

”El objeto primordial de la actividad brindada por los servicios regulados en la presente es la promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación. En particular, importa la satisfacción de las necesidades de información y comunicación social de las comunidades en que los medios estén instalados y alcanzan en su área de cobertura o prestación.

”**Legitimación.** Toda persona que acredite interés podrá requerir a la autoridad de aplicación competente el cumplimiento por parte de los servicios de comunicación audiovisual de las obligaciones previstas en esta ley.

”Este derecho incluye el de participar en las audiencias públicas establecidas como requisito de prórrogas de licencias, entre otras.”

Esta norma de profundo contenido democrático y que asegura la participación de las audiencias en la renovación de las licencias de servicios de comunicación audiovisual ha sido ilegalmente suprimida por los artículos 15 y 20 del decreto 267/2015, que establece un régimen de renovación de licencias casi indefinido y que omite la participación de la ciudadanía:

Así expresa el artículo 15 del decreto impugnado: “Sustitúyese el artículo 40 de la ley 26.522 por el siguiente:

”Artículo 40: *Prórrogas.* Las licencias serán susceptibles de prórrogas sucesivas.

”Las licencias serán susceptibles de una primera prórroga, por cinco (5) años, que será automática y a la que tendrá derecho el licenciatario ante el mero pedido previo al ENACOM. Dicho pedido deberá ser efectuado, bajo pena de caducidad del derecho, dentro del período comprendido entre los doce (12) meses y los seis (6) meses anteriores a la fecha de vencimiento de la licencia.

”Con carácter excepcional y previo dictamen técnico, aún no vencida la licencia, el ENACOM podrá convocar al licenciatario y proponerle una actualización tecnológica dentro de los plazos y condiciones que determine el Ministerio de Comunicaciones.

”Las prórrogas posteriores serán de diez (10) años, y serán otorgadas por el ENACOM; no obstante, el Ministerio de Comunicaciones podrá llamar a concurso a nuevos licenciatarios en los términos del artículo 32 de la presente ley, fundado en razones de interés público, la introducción de nuevas tecnologías o el cumplimiento de acuerdos internacionales. En este caso los licenciatarios anteriores no tendrán derecho adquirido alguno respecto a su licencia.

<sup>32</sup> Citar derecho a la participación convención contra la corrupción.

<sup>33</sup> Ver documento TDT Relatoría 2014.



”La solicitud de prórroga deberá ajustarse a los requisitos y procedimiento que establezca reglamentariamente el ENACOM y a las siguientes condiciones:

”a) El pedido deberá efectuarse al ENACOM dentro del período comprendido entre los doce (12) meses y los seis (6) meses anteriores a la fecha de vencimiento de la licencia, bajo pena de caducidad del derecho.

”b) Al momento de presentar el pedido de prórroga por diez (10) años, el licenciario deberá acreditar:

”(i) Que cumple las condiciones que exige la normativa vigente para ser titular de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

”(ii) Que ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas de su licencia;

”(iii) Que no mantiene deuda alguna por los tributos nacionales ni por las obligaciones previsionales a su cargo”.

Por su parte, el artículo 20 del decreto 267/2015 establece: “Régimen de Licencias Vigentes para explotar los Servicios Regulados por la ley 26.522. Los titulares de licencias legalmente otorgadas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, vigentes al 1° de enero de 2016, y que reúnan las condiciones establecidas por dicha ley con las modificaciones aquí dispuestas, podrán optar, hasta el 31 de diciembre de 2016, por requerir el otorgamiento de una prórroga por diez (10) años, bajo los términos y condiciones del artículo 40 de la ley 26.522, sin necesidad de aguardar el vencimiento de la licencia actualmente vigente. Dicha prórroga deberá considerarse como un primer período con derecho a la prórroga automática de cinco (5) años prevista en dicho artículo. La falta de opción expresa por el licenciario dentro del plazo establecido hará caducar el derecho de opción, manteniendo la licencia vigente con el plazo original.

”Los titulares de licencias vencidas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, y que mantengan actualmente su explotación sin que se hubiera adoptado una decisión firme sobre su falta de continuidad, podrán igualmente ejercer la opción indicada en el párrafo precedente hasta el 31 de marzo de 2016, bajo apercibimiento de caducidad de sus derechos sobre la licencia.

”El ENACOM establecerá las formas bajo las cuales deberán presentarse las solicitudes de prórroga indicadas en el presente artículo.

”Los titulares de licencias legalmente otorgadas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, vigentes a la fecha del presente, y que no reúnan las condiciones establecidas por dicha ley con las modificaciones aquí dispuestas, mantendrán vigente su licencia hasta la terminación del plazo original otorgado,

no pudiendo solicitar prórrogas de ningún tipo. Dichos licenciarios podrán asimismo transferir voluntariamente sus licencias bajo los términos previstos en dicha ley, con las modificaciones establecidas por el presente, a personas que reúnan las nuevas condiciones fijadas para resultar licenciario. Lo establecido precedentemente no inhabilita al ENACOM a aplicar las sanciones que correspondan al licenciario por otros incumplimientos a la normativa”.

Como se observa, el decreto 267/2015, sin alegar ninguna razón o fundamento, de un plumazo pretende dejar sin efecto la participación de la ciudadanía en la prórroga de licencias, mutando en un régimen de renovación automática –e inconsulta– de dichas licencias.

El reinicio automático de licencias desde 2016 y la primera prórroga automática a los diez años por cinco más, un mecanismo que vulnera las más básicas garantías de pluralismo en el acceso al debate público.

Amén de ello, la supresión de los Consejos Federales vulnera los principios de federalismo y división de poderes previsto por el legislador en oportunidad de dictar las leyes 26.522 y 27.078, al suprimir las competencias específicas de los Consejos Federales, ámbitos en los que poseen participación las provincias<sup>34</sup>

34 Ley 26.522. Artículo 16. – Integración del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual. Los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual serán designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de los sectores y jurisdicciones en el número que a continuación se detallan:

a) Un (1) representante de cada una de las provincias y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha representación se corresponderá con la máxima autoridad política provincial en la materia;

b) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores privados de carácter comercial;

c) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores sin fines de lucro;

d) Un (1) representante de las emisoras de las universidades nacionales;

e) Un (1) representante de las universidades nacionales que tengan facultades o carreras de comunicación;

f) Un (1) representante de los medios públicos de todos los ámbitos y jurisdicciones;

g) Tres (3) representantes de las entidades sindicales de los trabajadores de los medios de comunicación;

h) Un (1) representante de las sociedades gestoras de derechos;

i) Un (1) representante por los pueblos originarios reconocidos ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).

Ley 27.078. Artículo 86. – Composición. Los integrantes del Consejo Federal serán designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de los sectores y jurisdicciones en el número que a continuación se detallan:

a) Un (1) representante de cada una de las provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha representación se corresponderá con la máxima autoridad política provincial en la materia.

y además suprimir la representación de las provincias en los organismos reguladores (AFSCA y AFTIC).<sup>35</sup> También con la supresión de dichos Consejos Federa-

b) Dos (2) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores de telefonía fija y móvil.

c) Un (1) representante por las entidades que agrupen a los prestadores sin fines de lucro de telecomunicaciones.

d) Un (1) representante de las entidades prestadoras de conectividad, servicios de banda ancha o Internet.

e) Un (1) representante del Consejo Interuniversitario Nacional.

f) Tres (3) representantes de las entidades sindicales de los trabajadores de los Servicios de TIC.

g) Un (1) representante de las empresas o entidades proveedoras de Servicios de TIC.

h) Un (1) representante de las asociaciones de usuarios y consumidoras registradas con actuación en el ámbito de las TIC. Los representantes designados durarán dos (2) años en su función, se desempeñarán en forma honoraria y podrán ser sustituidos o removidos por el Poder Ejecutivo nacional a solicitud expresa de la misma entidad que los propuso.

35 Ley 26.522. Artículo 14. – Directorio. La conducción y administración de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual será ejercida por un directorio integrado por siete (7) miembros nombrados por el Poder Ejecutivo nacional.

El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentarias; dos (2) directores a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, debiendo uno de ellos ser un académico representante de las facultades o carreras de ciencias de la información, ciencias de la comunicación o periodismo de universidades nacionales.

El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita en las condiciones de la ley 25.188.

Los directores deben ser personas de alta calificación profesional en materia de comunicación social y poseer una reconocida trayectoria democrática y republicana, pluralista y abierta al debate y al intercambio de ideas diferentes.

Previo a la designación, el Poder Ejecutivo nacional deberá publicar el nombre y los antecedentes curriculares de las personas propuestas para el directorio.

El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un período. La conformación del directorio se efectuará dentro de los dos (2) años anteriores a la finalización del mandato del titular del Poder Ejecutivo nacional, debiendo existir dos (2) años de diferencia entre el inicio del mandato de los directores y del Poder Ejecutivo nacional.

El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño de sus funciones o por estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley 25.188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se

les, se ha tornado letra muerta la manda constitucional del artículo 42, en cuanto establece que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

”Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

”La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación

adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.

Ley 27.078. Artículo 84. – Directorio. La conducción y administración de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones será ejercida por un (1) directorio integrado por siete (7) miembros nombrados por el Poder Ejecutivo nacional.

El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentaria; un (1) director a propuesta de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un (1) director a propuesta del Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, en las condiciones que fije la reglamentación.

El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita en las condiciones de la ley 25.188.

Previo a la designación, el Poder Ejecutivo nacional deberá publicar el nombre y los antecedentes curriculares de las personas propuestas para el directorio.

El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un (1) período.

El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño de sus funciones o por estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley 25.188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.

El presidente del directorio es el representante legal de la Autoridad Federal, estando a su cargo presidir y convocar las reuniones del directorio, según el reglamento dictado por la autoridad de aplicación en uso de sus facultades.

Las votaciones serán por mayoría simple.

de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

Cabe señalar que los criterios planteados por el legislador a la hora del dictado de la norma no son solamente atributos posibles del Estado, sino un deber para contrarrestar el sobredimensionamiento de un sector sobre el otro y así garantizar el interés público por la pluralidad y la diversidad de voces. Esta idea se refiere tanto a los poderes del Estado como al mercado mismo, que resulta objeto de la regulación mediante esta norma de interés público.

La noción de bienestar general, no sólo declarada en el preámbulo, sino efectivizada a través de todo lo largo de nuestra Constitución nacional, “encuentra su correlato jurídico en la idea de “interés público” que, al decir de Gordillo “es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo”. Esta afirmación del sentido teleológico del derecho administrativo da lugar a que se entienda que si este derecho realmente constriñe y limita, lo hace para posibilitar y asegurar el interés propio de cada uno de nosotros, como individuos y como componentes de una comunidad, y sirve para fundar un sistema protector de nuestras libertades y derechos...”<sup>36</sup>

El interés público requiere, en este caso, tanto la protección de la letra y el espíritu de una norma sancionada legítimamente y sometida a diversos controles de constitucionalidad. Está claro entonces que, juntamente con la intervención de su órgano máximo de gestión, están siendo también sometidos al arbitrio del Ejecutivo los criterios de representación federal y sectorial, el respeto por las instituciones académicas y de los usuarios y consumidores, parámetros que proyectaron una arquitectura plural de gestión para la defensa del derecho a la información y que pretende derogarse mediante la ratificación de este DNU.

Más allá de lo indicado en el decreto en examen, lo que resulta en verdad relevante no es advertir cuál es el motivo enunciado por la administración, sino establecer cuáles son los verdaderos motivos que se encuentran detrás del acto cuestionado.

Está claro que la finalidad del decreto es modificar leyes dictadas por este Congreso Nacional y que en ambos casos, fueron debatidas en audiencias públicas.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> (Escola, el interés público como fundamento del derecho administrativo; Depalma; Bs. As., 1989, págs. 31/2.)

<sup>37</sup> En el caso, la Ley de Servicios de Comunicación audiovisual no constituyó la obra de una gestión gubernamental determinada sino el corolario de un recorrido iniciado por cooperativas, entidades sin fines de lucro, universidades nacionales y pequeñas empresas, entre otros sectores, que vinieron impugnando la constitucionalidad de la ley anterior (22.285) por su concepción meramente mercantil de la comunicación y su mirada excluyente sobre los

Además y conforme surge de la composición del nuevo organismo regulador –ENACOM–, se pretende someter todo asunto vinculado a la materia de comunicaciones a la voluntad del Poder Ejecutivo nacional, avasallando toda representación legislativa, federal y sectorial.

Es claro que el dictado del decreto 267/15 es un evidente caso de desviación de poder, imputable al Poder Ejecutivo nacional y que no puede en forma alguna ser convalidado por este Congreso Nacional.

En este sentido se expidió la CIDH en un caso de desviación de poder entendiendo en el voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregorio a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, de 28 de agosto de 2013 dijo “...constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico” (160). Así, García de Enterría y Fernández, a pesar de adherirse a dicho concepto, manifiestan que no resulta exhaustivo, ya que según su posición no se requiere que el fin perseguido sea solamente particular o privado del agente administrativo. Afirman que “basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad” (161). Expresan que “lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, abstracción hecha de la con-

depositarios del derecho a la libertad de expresión. La Corte Suprema de Justicia declaró en 2003 la inconstitucionalidad de la exclusión de las personas jurídicas sin fines de lucro de los alcances de la ley de radiodifusión y consideró a la libertad de expresión como un derecho humano y de carácter social, conforme el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

El reclamo de amplios sectores de la sociedad y de las universidades nacionales para contar con una norma respetuosa de los pactos internacionales y de la propia Constitución Nacional, que no subordine un derecho social al mercado ni le imponga al sector público un rol subsidiario en la comunicación, fueron determinantes para la convocatoria a una amplia ronda de foros de consulta que desembocaron en el proyecto que el Congreso Nacional convirtió en ley 26.522 el 10 de octubre de 2009. Ello sucedió luego más de un centenar de aportes y modificaciones al texto original que fuera enviado por el Poder Ejecutivo y de varias audiencias públicas en el ámbito legislativo. Tales aportes y contribuciones, así como las fuentes del derecho internacional comparado que se tomaron en cuenta a la hora de su redacción, integran el texto de la norma vigente.

En relación con el dictado de la ley 27.078, Ley Argentina Digital, fue aprobada, en la última sesión de 2014 y tras un debate de cuatro horas, con 131 votos afirmativos y 97 negativos. El proyecto se había originado en la Cámara de Senadores, donde más de 50 expositores pasaron por la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión durante el debate de la norma, que sufrió diversas modificaciones con respecto al proyecto original.

ducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa”.

Lo propio surge también del caso Granier (RCTV vs. Venezuela): “195. En este punto, el Tribunal considera necesario reiterar el precedente establecido en otro caso, según el cual en una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos”.

Según el relator especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), Edison Lanza: “...un decreto presidencial no puede ser considerado una ley en sentido formal y material, por más que meses después sea sometido a la consideración del Parlamento. El hecho de obedecer a la voluntad del Ejecutivo, de no estar sometido al procedimiento formal de aprobación y de carecer del escrutinio y del debate democrático que supone el proceso parlamentario, a mi juicio, no cumple con el estándar internacional que acabo de mencionar. Esto, sin perjuicio del contenido o la solución que persigan las modificaciones, que pueden ser más o menos discutibles. Un decreto que modifique el marco regulatorio de los medios de comunicación no cumple con los requisitos y las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. [...] Todos los relatores, tanto los de la OEA como el anterior relator de las Naciones Unidas, también ponderamos que, por primera vez en la historia, la Argentina avanzara en una autoridad de aplicación de este tipo de legislación con participación de todos los sectores con representación parlamentaria y autonomía del poder económico representado en los medios, aunque de acuerdo a estándares internacionales esa institucionalidad es perfectible...”<sup>38</sup>

### III.3.f) *No se trata de un régimen que promueva la transparencia*

Establece el artículo 16 del decreto 267/2015: “Sustitúyese el texto del artículo 41 de la ley 26.522 por el siguiente:

”Artículo 41: Las licencias de servicios de comunicación audiovisual y las acciones y cuotas

partes de sociedades licenciatarias sólo son transferibles a aquellas personas que cumplan con las condiciones de admisibilidad establecidas para su adjudicación.

”Las transferencias de licencias y de participaciones accionarias o cuotas sociales sobre sociedades licenciatarias, se considerarán efectuadas ad referendum de la aprobación del ENACOM, y deberán ser comunicadas dentro de los treinta (30) días posteriores a su perfeccionamiento. Si el ENACOM no hubiera rechazado expresamente la transferencia dentro de los noventa (90) días de comunicada, la misma se entenderá aprobada tácitamente, y quien corresponda podrá solicitar el registro a su nombre. En caso de existir observaciones, el plazo referido se contará desde que se hubieran considerado cumplidas las mismas, con los mismos efectos.

”La ejecución del contrato de transferencia sin la correspondiente aprobación, expresa o tácita, será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada, previa intimación del ENACOM.

”Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles”.

Esto implica en la práctica que en el exiguo plazo de 90 días toda transferencia de titularidad de licencias de servicios de comunicación podrá ser considerada tácitamente aprobada por el Estado, incluso si en dicho plazo al Estado nacional le ha resultado imposible determinar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley 26.522 para ser licenciatario.

Resulta tan irrazonable esta modificación introducida por el decreto que aquí se cuestiona, que disposiciones similares fueron objetadas por los organismos de control y dichas objeciones fueron razón de modificaciones en el régimen de transferencias de licencias de servicios comunicación audiovisual.

A título de ejemplo se cita el informe preliminar de auditoría preliminar Comité Federal de Radiodifusión s/ transferencias de licencias de radiodifusión, realizado en abril del 2001 en forma conjunta por el entonces COMFER y la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) en el que se expresa: “La ausencia de un plazo legal mínimo para el ejercicio del derecho de transferir la titularidad de las licencias de radiodifusión da lugar a que el particular que gana un concurso de antecedentes, en función del cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley 22.285, que conlleva un profundo análisis por parte del COMFER; una vez adjudicada, al día siguiente podría enajenar la titularidad de la licencia a otro particular, que de haber concursado, habría sido desplazado por otros oferentes. Tal falencia normativa, desnaturaliza toda la función del Estado en lo que atañe a la selección y adjudicación de los medios de comunicación radial y televisiva”.

<sup>38</sup> (Buenos Aires, Diario *Perfil*, domingo 27 de diciembre de 2015. Sección El Observador. Página 61.)



Agrega dicho informe: “A ello debe agregarse que, en la práctica, la aprobación previa de las transferencias por parte del COMFER o del Poder Ejecutivo nacional, respecto de las operaciones societarias, conforme lo prevé el marco regulatorio, se ve sustituida por una cláusula ad referendum del Estado Nacional, sobre actos jurídicos firmes, celebrados por los particulares interesados”.

Y concluye recomendando el precitado informe: “Constituye una necesidad instar a la modificación del artículo 45 de la ley 22.285, toda vez que la derogación del principio de intransferibilidad de las licencias derogado por el decreto 1005/99, sin acotamiento temporal, desvirtúa todo el sistema de selección de adjudicación de licencias de radiodifusión y el consiguiente contralor del Estado nacional en la materia”.

También recomienda el informe: “Resulta ineludible el dictado de una resolución aclaratoria, respecto al carácter previo de la autorización del Estado para la transferencias de licencias, reglamentando un plazo perentorio para el COMFER y sujeto a un procedimiento eficiente y dotado de la celeridad y control necesarios.

”Resulta paradójico que el informe que se cita, elaborado por SIGEN, haya sido suscripto por el entonces director de Asuntos Legales del COMFER, Alejandro Pereyra, hoy designado por el Poder Ejecutivo Nacional como uno de los directores del ENACOM.

”En similar sentido, señaló en un nuevo informe de septiembre de 2001 la SIGEN, relativo a las autorizaciones de transferencia de licencias de servicios de radiodifusión, que la ausencia de controles impedía tanto el control de la multiplicidad de licencias, “...cuyo objetivo es evitar prácticas monopólicas que deriven en la restricción del acceso a la información o a la manipulación de la misma”.

También señala el informe que la ausencia de controles sobre las transferencias implica la imposibilidad de análisis por parte del Estado, tanto de la capacidad patrimonial de los adquirentes como del origen de los fondos.

La reforma introducida por el decreto 267/2015 retrotrae la situación de los controles del Estado sobre dichas transferencias a un estadio aún más peligroso: la aprobación tácita de la compra de una licencia de servicios de comunicación audiovisual, apenas transcurridos 90 días de denunciada dicha transferencia.

Las disposiciones UNESCO en esta materia incluyen reglas explícitas sobre la necesidad de implementar mecanismos que garanticen la transparencia de la titularidad de los medios de comunicación, tal como queda claro en los indicadores de desarrollo mediático publicados en 2008 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102S.pdf>). Abundan al respecto los ejemplos de legislación comparada en Canadá, Estados Unidos y Europa. El decreto 267/2015 marcha exactamente en sentido opuesto.

También se debe señalar en este apartado que los cambios ilegítimamente introducidos han eliminado el procedimiento de verificación de antecedentes de

los candidatos a ocupar los puestos directivos de la autoridad de aplicación a los cuales estaban sometidos tanto los miembros del directorio del AFSCA como de AFTIC. Resulta cuanto menos paradójico que uno de los directivos designados por el PEN, Silvana Giudice, proponía –antes de ser designada como tal sin consulta pública ni publicación de sus antecedentes– desde la fundación que preside la realización de audiencias públicas y/o distintas acciones que transparenten el proceso de designación a fin de evitar que el mismo se concrete sin las garantías de pluralidad y legitimidad necesarias”.<sup>39</sup>

Ello se da de bruceos con los principios de transparencia y participación en los términos del Convenio Interamericano contra la Corrupción, pero también de los estándares que los relatores de Libertad de Expresión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, cuanto de la CIDH han determinado como buenas prácticas regulatorias. En este tema también el Estado nacional ha optado por apartarse del cumplimiento de la Convención Americana.

#### IV. Conclusión

Se somete a dictamen de esta comisión el decreto del Poder Ejecutivo nacional 267, de fecha 29 de diciembre de 2015, mediante el cual se realizan modificaciones a las leyes 26.522 y 27.078.

Por los fundamentos expuestos, encontrándose cumplidos los requisitos formales, pero no cumpliendo los requisitos sustanciales establecidos en la Constitución Nacional en lo que respecta al dictado del decreto 267/2015, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto del Poder Ejecutivo nacional 267, de fecha 29 de diciembre de 2015. Decreto 267

*Marcos Cleri.*

Ciudad de Buenos Aires, 29 de febrero de 2016.

*Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, doctor Emilio Monzó.*

S/D.

Atento a lo dispuesto por los señores legisladores integrantes de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo –Ley 26.122–, en reunión de comisión del día 23 de febrero de 2016 (cuarto intermedio 25/2/2016), a pedido de la diputada Diana Conti, se adjunta al dictamen de minoría, correspondiente al decreto de

<sup>39</sup> “La Fundación LED sugerirá a los distintos bloques parlamentarios, a las organizaciones no gubernamentales y a distintos actores del sector de las telecomunicaciones y los medios audiovisuales, la realización de audiencias públicas y/o distintas acciones que transparenten el proceso de designación a fin de evitar que el mismo se concrete sin las garantías de pluralidad y legitimidad necesarias”, anunció la presidenta de la Fundación LED (<http://ultimahoradiario.com.ar/?p=54289> - la presidenta de la fundación forma parte de la nueva autoridad de aplicación).

necesidad y urgencia 267 del 29 de diciembre de 2015 (24-J.G.M.-2015), como anexo I, \* copia de certificada de la resolución 021/2016 de la Defensoría del Público de la Nación enviada por la defensora licenciada Cynthia Ottaviano, y copia de resolución en repudio contra la violencia de género dentro de la ENACOM firmada por la diputada Conti y otros legisladores/as, conformando un total de 39 fojas.

*Luis C. Petcoff Naidenoff.*

## ANTECEDENTE

### Mensaje del Poder Ejecutivo

Buenos Aires, 11 de enero de 2016.

*A la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.*

Tengo el agrado de dirigirme a esa comisión, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución Nacional y por la ley 26.122, a fin de comunicarle el dictado del decreto de necesidad y urgencia 267 del 29 de diciembre de 2015, que en copia autenticada se acompaña.

Mensaje 5

MARCOS PEÑA.

*Oscar R. Aguad.*

Buenos Aires, 29 de diciembre de 2015.

VISTO la ley 26.522, de servicios de comunicación audiovisual, y la ley 27.078, de Argentina Digital, así como sus disposiciones complementarias y reglamentarias, y

#### CONSIDERANDO:

Que tanto la industria de los servicios de comunicación audiovisual (medios) como la de las denominadas tecnologías de la información y las comunicaciones (telecomunicaciones), que permiten a los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de acceso a la información garantizados por la Constitución Nacional y numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional (artículos 14, 19, 33, 42, 43, 75, inciso 22, y concordantes de la Constitución Nacional), juegan un papel relevante en el fortalecimiento democrático, la educación, la identidad cultural y el desarrollo económico, industrial y tecnológico de sus pueblos, siendo esenciales al momento de definir un proyecto estratégico de país en el contexto de un mundo globalizado.

Que, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado expresamente “la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que entre las libertades que la Constitución

consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal” y que “la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática” (“Rodríguez, María Belén c/ Google inciso s/ daños y perjuicios”, causa R. 522. XLIX, sentencia del 28-10-2014, considerando 12).

Que ambas industrias constituyen, además, uno de los sectores de mayor dinamismo e innovación de la economía global contemporánea, en los que viene verificándose una innegable tendencia a la convergencia tecnológica entre ambos. En efecto, la convergencia tecnológica entre medios y telecomunicaciones, caracterizada por la competencia entre diversas tecnologías en los servicios de video, telefonía –voz– y banda ancha –Internet–, es una realidad indiscutible en el mundo de hoy, que no sólo beneficia a los usuarios y consumidores de tales servicios, sino a toda la población y al sistema democrático en su conjunto.

Que, a medida que en los sectores de telecomunicaciones y de radiodifusión se van eliminando las barreras tecnológicas que originalmente los separaban, entra en crisis el régimen de regulación económica “sectorial” preexistente, es decir, con regulaciones y reguladores separados para las empresas de medios, por un lado, y para las telecomunicaciones, por el otro. Emergen así nuevos desafíos, no sólo para las empresas de telecomunicaciones y medios, sino también para los reguladores, pues industrias antes separadas convergen en una sola industria, resultando necesario así adaptar los marcos regulatorios y unificar las agencias reguladoras, tal como lo demuestra el sendero institucional de los países líderes en el sector.

Que, por ello, el rol de las distintas redes que compiten para darle soporte a la convergencia tecnológica debe necesariamente ser contemplado por las políticas regulatorias a fin de implementar un marco normativo homogéneo adecuado para el desarrollo de la industria, que redunde en beneficio de los usuarios y consumidores, con el objeto de que puedan acceder a una mayor cantidad y diversidad de tales servicios, y a menores precios.

Que naturalmente, en la implementación de esta convergencia y homogeneidad normativa, como primera medida, es imprescindible la existencia de un ente único de control de todo el sistema, pues la existencia de dos o más controlantes, que son, a la vez, los que instrumentan las normas regulatorias dictadas al amparo de la legislación general, puede generar una dispersión de criterios en su aplicación, produciendo así no sólo ineficiencias y distorsiones sino también inseguridad jurídica.

Que dicha adaptación de los marcos regulatorios a la convergencia tecnológica, comenzando por la unificación de las autoridades de regulación y control, facilitará además la defensa de la competencia, la cual constituye una obligación de las autoridades públicas, tal como lo establece el artículo 42 de la Constitución

\* La publicación del Anexo I puede consultarse en la página web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Nacional al imponer como obligación proveer “a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, y lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que “las relaciones de competencia” se encuentran “protegidas como derecho de incidencia colectiva en la Constitución Nacional” (causa M. 1145. XLIX, sentencia del 23-09-2014, considerando 6).

Que, a su vez, ello es esencial para generar condiciones de mayor seguridad jurídica que resultan necesarias para fomentar la inversión y el desarrollo en el sector. En efecto, resulta esencial a ese fin generar en la industria de los medios y de las telecomunicaciones la indispensable certeza y la claridad legislativas, base fundamental de dicha seguridad jurídica y condición necesaria para atraer inversiones e impulsar la industria en su conjunto. Y esto sólo es posible si se cuenta con autoridades que regulen y controlen la actividad en forma independiente, técnicamente idónea y neutral, en beneficio de los consumidores, evitando al propio tiempo distorsiones en la competencia como la ejecución selectiva de sanciones, el otorgamiento discrecional de licencias y cualquier mecanismo de premios y castigos arbitrarios u otras prácticas distorsivas.

Que innumerables ejemplos de legislación internacional señalan la conveniencia y la necesidad de aprovechar los beneficios de la convergencia tecnológica, favoreciendo así la competencia en el proceso de mercado, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo que aspiran al liderazgo en la competencia global.

Que a nivel internacional se viene profundizando el proceso de convergencia entre las diferentes plataformas tecnológicas en la provisión de servicios de TV, telefonía e Internet. Este proceso ha impulsado en la mayoría de los países la necesidad de modificar regulaciones que fueron diseñadas en épocas donde cada tecnología era utilizada para un servicio definido, por un lado la telefonía y por el otro los medios audiovisuales.

Que, en tal sentido, la República Federativa del Brasil ha concluido esta fase de adaptación a las condiciones para un proceso de abierta competencia entre tecnologías y en la actualidad los servicios de telefonía, TV por suscripción e Internet son provistos por empresas de telecomunicaciones, satélite y cable. Entre otros países vecinos, está el caso de la República de Chile, donde se observa asimismo una intensa competencia entre tecnologías en los diversos servicios.

Que nada de ello se refleja en las leyes 26.522 y 27.078, pues si bien constituyen instrumentos regulatorios de factura relativamente reciente, no contemplaron elementos fundamentales de la realidad actual de la industria de los medios y las telecomunicaciones, y alejan al país de la frontera tecnológica del sector, generando distorsiones en la competencia, costos significativos para el interés general y perjuicios para los usuarios y consumidores.

Que, en dicho sentido, ciertos aspectos de tales leyes conspiran abiertamente contra el proceso de convergencia en curso y por ello sus efectos sobre la industria son altamente regresivos y perjudiciales. Así, por ejemplo, la ley 26.522 es una norma anticuada y distorsiva en numerosos aspectos, en tanto desconoce el rol de la digitalización en la multiplicación de espacios de contenidos, el papel de las sinergias en el desarrollo de modelos de negocios de la industria, la escala que se requiere para desarrollar servicios convergentes y la naturaleza global de la competencia, tanto en la distribución como en la oferta de contenidos.

Que en nuestro país, entre muchos otros aspectos, la evidente falta de adecuación de la normativa vigente a la convergencia tecnológica y la evolución de la industria de los sectores involucrados, así como el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 47 de la ley 26.522 por parte de las autoridades públicas en los últimos seis (6) años, se refleja también en la existencia de dos (2) entes distintos de control: por un lado, la AFSCA, creada en el marco de la ley 26.522, de servicios de comunicación audiovisual, y por el otro, la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC), creada en el marco de la ley 27.078, de Argentina Digital, entre los cuales no existen mecanismos suficientes de vinculación, comunicación, colaboración y/o complementación.

Que ello atenta contra una adecuada regulación que recepte la convergencia tecnológica de la industria de los medios y de las telecomunicaciones, así como también contra la obtención de un más amplio, coordinado y transparente acceso a la información de todo el sector, que permitiría una mejor toma de decisiones por parte del Estado nacional y brindaría previsibilidad y seguridad jurídica a los sujetos alcanzados por la regulación o a los potenciales inversores.

Que es por ello que la coexistencia de dos organismos de control es, en sí misma, otro elemento más que resulta incompatible con un marco regulatorio destinado a favorecer la convergencia de redes y servicios, sin perjuicio de los beneficios adicionales que su unificación representaría en materia de eficiencia y eficacia, así como en el mejoramiento, simplificación y unificación de los procedimientos, lo que a su vez también favorecerá a la seguridad jurídica y al adecuado respeto de los derechos de defensa y a la tutela administrativa efectiva de los particulares.

Que, finalmente, la escasez de los recursos públicos, que son integrados con el aporte de todos los contribuyentes, obliga también a perfeccionar el cuidado de su uso, evitando la duplicidad de funciones e incrementando la calidad, eficacia y eficiencia de la acción estatal, en beneficio de toda la sociedad.

Que, por todo ello, y con el fin de adecuar la actuación de la AFSCA y la AFTIC a la convergencia tecnológica antes descripta, es preciso disponer que ambos entes de control se reestructuren estableciéndose en reemplazo de ellos, la creación de un solo ente al-

tamente especializado, que genere unidad regulatoria, contemple las particularidades propias de una industria y mercado convergente, y que garantice la independencia de los medios, así como la calidad y el desarrollo en las comunicaciones y las tecnologías de la información, generando a su vez condiciones de seguridad jurídica necesarias para fomentar la realización de nuevas inversiones en el sector.

Que esta misma tendencia se verifica en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) centraliza toda la problemática de los medios de comunicación y las telecomunicaciones, como única autoridad de aplicación; al igual que en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte lo hace la Oficina de las Comunicaciones –Office of Communications– (OFCOM); en los Estados Unidos de América la Comisión Federal de Comunicaciones –Federal Communications Commission– (FCC); en el Reino de España la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT); en la República Italiana la Autoridad para la Garantía de la Comunicación –Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni– (AGCOM); y en Australia la Autoridad Australiana de las Comunicaciones y los Medios –Australian Communications and Media Authority– (ACMA), por nombrar solamente algunos ejemplos.

Que en el contexto descripto en los considerandos precedentes, el actual marco regulatorio y de negocios de la industria argentina de medios y telecomunicaciones conduce a un deterioro creciente de la competitividad y capacidad de desarrollo del sector, que se ha visto reflejado en el retraso en las inversiones en infraestructura de redes y la consecuente baja calidad de los servicios.

Que, sin lugar a dudas, la persistencia de este proceso genera riesgos ciertos de un atraso de costosa recuperación para el país, con daños significativos para el enorme potencial de empleo de la industria, y los sectores de la creación audiovisual. Asimismo, el deterioro en el desarrollo de la economía de Internet tiene significativos efectos negativos sobre el conjunto del aparato económico y la sociedad, sobre todo considerando que la brecha digital (velocidad, calidad, precio y acceso) y la desigualdad entre países y al interior de las sociedades es hoy un factor determinante de su potencial de desarrollo.

Que por tal motivo y con el objeto de atender a la celeridad que los tiempos demandan para revertir el proceso de regresión de esta industria en nuestro país, que de persistir atentaría muy seriamente contra el bienestar general y la equidad de acceso de la población a servicios de calidad conducentes a derribar la brecha digital, es necesaria una rápida y eficaz acción de política pública que establezca urgentemente un sendero racional de desarrollo para el sector.

Que por las mismas razones antes expuestas, se dispone también por el presente la disolución de la AFSCA y de la AFTIC y, en reemplazo de éstas, la creación como un ente autárquico y descentralizado, en

el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), que actuará en jurisdicción del referido ministerio, como autoridad de aplicación de las leyes 26.522 y 27.078 y sus normas modificatorias y reglamentarias, que estará sometido al control de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación.

Que por tales razones, resulta absolutamente necesario crear, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, una comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de las leyes 26.522 y 27.078.

Que, para ello, la referida comisión tendrá a su cargo el estudio de las reformas a ambas leyes con el propósito de garantizar la más amplia libertad de prensa, el pluralismo y el acceso a la información, fomentar el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, avanzar hacia la convergencia entre las distintas tecnologías disponibles, garantizar la seguridad jurídica para fomentar las inversiones en las infraestructuras, evitar la arbitrariedad de los funcionarios públicos y garantizar los derechos de los usuarios y consumidores.

Que la creación del ENACOM, así como de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de las leyes 26.522 y 27.078, si bien indispensables, resultan medidas insuficientes, debiéndose por ello en esta instancia modificar parcialmente dichas normas, estableciéndose asimismo un régimen de transición que permita evitar que el avance del proceso de regresión de la industria de los medios y las telecomunicaciones, referido anteriormente, se consolide aún más.

Que, a pesar de ello, debe destacarse que la ley 26.522 no desconoció la naturaleza esencialmente dinámica del sector y previó expresamente en su artículo 47 un mecanismo para realizar actualizaciones regulares de sus disposiciones, en forma bianual, en las que se considere y refleje el acelerado proceso de innovación de la industria, adaptando la regulación a los requerimientos del sector y la sociedad.

Que lo dispuesto en dicha norma es una práctica internacional en esta industria y adecuada a sus características, antes descriptas, donde los cambios tecnológicos se producen con gran velocidad y dinamismo, lo que exige necesariamente rever las políticas regulatorias e incorporar modificaciones periódicas en los marcos regulatorios para adecuarlas a tales avances e innovaciones. En tal sentido, la propia nota del artículo 47 incluida en la ley 26.522 reconoce abiertamente que “es razonable entonces crear un instrumento legal flexible que permita a la Argentina adoptar estas nuevas tecnologías, tal como lo han hecho otros países”.

Que sin embargo, y pese a ello, como fue ya expuesto, la obligación específica y sujeta a plazo establecida en el citado artículo 47 fue abiertamente incumplida por las autoridades competentes a lo largo de todos estos años. En efecto, el mecanismo allí previsto no fue utilizado en ninguna oportunidad desde la sanción



de la ley 26.522, no habiéndose efectuado absolutamente ninguna revisión regulatoria por más de un lustro, lo que implica un claro perjuicio para el sector y, especialmente, para los usuarios y consumidores y la población en general.

Que frente a dicho incumplimiento y ante el cambio sustancial de circunstancias causado desde la sanción de la ley 26.522 por la incorporación de nuevas tecnologías, la instalación de nuevas redes de telecomunicaciones y la aparición de nuevos actores, se tornaron obsoletas ciertas disposiciones de la ley 26.522 y su decreto reglamentario 1.225/10, resultando su actualización una urgente necesidad, aun cuando en su origen hubiesen podido resultar adecuadas, pues atentan contra el crecimiento de la industria y no favorecen la realización de nuevas inversiones.

Que esa falta de adaptación a la realidad de la industria y el mercado, y la imperiosa necesidad de adecuación de los marcos regulatorios a los avances tecnológicos, no sólo en origen sino también a aquellos operados en el transcurso del tiempo –que no se incorporaron por inacción de las autoridades de aplicación–, se han visto reflejadas en la imposibilidad de aplicación práctica de muchas de las disposiciones de la ley 26.522 y en el alto grado de controversia que se ha generado al momento de su implementación.

Que prueba de ello es que existen en la actualidad una gran cantidad de conflictos judiciales que han imposibilitado el reordenamiento del mercado de las comunicaciones que en su espíritu la ley pretendió efectuar. Sobre esto último, en efecto, si bien algunas de sus disposiciones fueron declaradas constitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diversos actores afectados (por nombrar algunos: empresas de medios, periodistas y asociaciones de consumidores) han planteado judicialmente la inconstitucionalidad sobreviniente del cuerpo normativo al momento de su aplicación, por ser violatoria de derechos de propiedad, de libre expresión y de acceso a la información.

Que la ley 26.522 establece en su artículo 92 que la incorporación de nuevas tecnologías y servicios que no se encontraran operativos a la fecha de entrada en vigencia de la referida ley será determinada por el Poder Ejecutivo nacional.

Que, a su vez, el objetivo trazado por el artículo 47 de la ley 26.522, y la competencia que al respecto del mismo se fija en favor del Poder Ejecutivo, resulta inspirado en la Ley de Comunicaciones de Estados Unidos de 1996 –sección 202 h)–, que permite a la autoridad de aplicación adaptar de modo periódico las reglas de concentración por impacto de las tecnologías y la aparición de nuevos actores.

Que, asimismo, el artículo 20 de la ley 27.078 dispone que le corresponde al Poder Ejecutivo nacional definir la política pública a implementar para alcanzar el objetivo del servicio universal.

Que, en síntesis, el incumplimiento reiterado de la obligación establecida en el artículo 47 de la ley 26.522

a lo largo de los seis (6) años transcurridos desde su sanción, así como los numerosos cambios tecnológicos sustanciales verificados tanto en la industria de los medios como de las telecomunicaciones –no reflejados en las disposiciones de las leyes 26.522 y 27.078–, imponen la necesidad de revertir inmediatamente el consecuente proceso de deterioro y regresión verificado en la industria y reseñado anteriormente.

Que la crítica situación del sector de las telecomunicaciones y los medios, las razones operativas y técnicas apuntadas, así como la necesidad de la puesta en marcha en forma inmediata del nuevo ente, determinan la imperiosa necesidad de efectuar la reorganización y modificación normativa proyectada, configurando una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

Que esperar la cadencia habitual del trámite legislativo irrogaría un importante retraso que dificultaría actuar en tiempo oportuno y obstaría al cumplimiento efectivo de los objetivos de la presente medida, y es entonces del caso, recurrir al remedio constitucional establecido en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, en el marco del uso de las facultades regladas en la ley 26.122.

Que la ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional.

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las facultades propias del presidente de la Nación previstas en el artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional, y de acuerdo a las disposiciones de las leyes 26.122, 26.522 y 27.078.

Por ello,

*El presidente de la Nación Argentina, en acuerdo general de ministros*

DECRETA:

TÍTULO I

### **Creación del Ente Nacional de Comunicaciones**

Artículo 1° – *Creación del Ente Nacional de Comunicaciones.* Créase como ente autárquico y descentrali-

zado, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

El ENACOM actuará en jurisdicción del Ministerio de Comunicaciones, como autoridad de aplicación de las leyes 26.522 y 27.078 y sus normas modificatorias y reglamentarias, con plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado.

El ENACOM tiene domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y podrá establecer delegaciones en regiones, provincias o ciudades de más de quinientos mil (500.000) habitantes.

Art. 2° – *Competencia*. Sin perjuicio del mantenimiento de las competencias asignadas al Ministerio de Comunicaciones por el artículo 23 decies de la Ley de Ministerios (ley 22.520, texto ordenado por decreto 438/92, y sus modificatorias), el ENACOM tendrá todas las competencias y funciones que la ley 26.522 y la ley 27.078, y sus normas modificatorias y reglamentarias asignan, respectivamente, a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Art. 3° – *Control*. El ENACOM será objeto de control por la Sindicatura General de la Nación y por la Auditoría General de la Nación. Es obligación permanente e inexcusable del Directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones.

Art. 4° – *Presupuesto*. El presupuesto del ENACOM estará conformado por:

- a) Los gravámenes, tasas, aranceles y derechos previstos en la ley 26.522;
- b) Los gravámenes, tasas, aranceles y derechos previstos en la ley 27.078;
- c) Los importes resultantes de la aplicación de multas;
- d) Las donaciones y/o legados y/o subsidios que se le otorguen;
- e) Los recursos presupuestarios provenientes del Tesoro nacional;
- f) Los aranceles administrativos que fije; y
- g) Cualquier otro ingreso que legalmente se prevea.

Las multas y otras sanciones pecuniarias no serán canjeables por publicidad o espacios de propaganda oficial o de bien común o interés público, pública o privada, estatal o no estatal, ni por ninguna otra contraprestación en especie.

Art. 5° – *Directorio*. La conducción y administración del ENACOM será ejercida por un directorio, integrado por un (1) presidente y tres (3) directores nombrados por el Poder Ejecutivo nacional, y tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, los que serán seleccionados por ésta a propuesta

de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentarias.

El directorio del ENACOM tendrá las mismas funciones y competencias que las leyes 26.522 y 27.078, y sus normas modificatorias y reglamentarias, asignan, respectivamente, a los directorios de la AFSCA y de la AFTIC.

El presidente y los directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita, en las condiciones de la ley 25.188.

El presidente y los directores durarán en sus cargos cuatro (4) años y podrán ser reelegidos por un (1) período. Podrán ser removidos por el Poder Ejecutivo nacional en forma directa y sin expresión de causa.

El presidente del directorio es el representante legal del ENACOM, estando a su cargo presidir y convocar las reuniones del directorio, conforme lo disponga el reglamento que se dicte al efecto.

El quórum para sesionar será de cuatro (4) directores, uno de los cuales podrá ser el presidente, y las decisiones serán adoptadas por mayoría simple. En caso de empate, el presidente tendrá doble voto.

## TÍTULO II

### Modificaciones a la ley 27.078

Art. 6° – Sustitúyese el artículo 6° de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 6°: *Definiciones generales*. En lo que respecta al régimen de las tecnologías de la información y las comunicaciones y de las telecomunicaciones (TIC), se aplicarán las siguientes definiciones:

- a) *Radiodifusión por suscripción*: toda forma de comunicación primordialmente unidireccional destinada a la transmisión de señales para ser recibidas por público determinable, mediante la utilización del espectro radioeléctrico o mediante vínculo físico indistintamente. Incluye el servicio de radiodifusión ofrecido por un prestador de servicios TIC que utilice la tecnología de transmisión de contenidos audiovisuales basados en el protocolo IP (IPTV), para el acceso de los programas en vivo y/o televisión lineal;
- b) *Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico*: toda forma de radiocomunicación primordialmente unidireccional destinada a la transmisión de señales para ser recibidas por públicos determinables, mediante la utilización de medios físicos;
- c) *Radiodifusión por suscripción mediante vínculo radioeléctrico*: toda forma de comunicación primordialmente unidireccional destinada a la transmisión de

- señales para ser recibidas por público determinable, mediante la utilización del espectro radioeléctrico;
- d) *Recursos asociados*: son las infraestructuras físicas, los sistemas, los dispositivos, los servicios asociados u otros recursos o elementos asociados con una red de telecomunicaciones o con un Servicio de TIC que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio, o tengan potencial para ello. Incluirán, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores;
- e) *Servicio básico telefónico (SBT)*: consiste en la provisión del servicio de telefonía nacional e internacional de voz, a través de las redes locales, independientemente de la tecnología utilizada para su transmisión, siempre que cumpla con la finalidad de permitir a sus usuarios comunicarse entre sí;
- f) *Servicio de video a pedido o a demanda*: servicio ofrecido por un prestador de servicios de TIC para el acceso a programas en el momento elegido y a petición propia, sobre la base de un catálogo;
- g) *Servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones (Servicios de TIC)*: son aquellos que tienen por objeto transportar y distribuir señales o datos, como voz, texto, video e imágenes, facilitados o solicitados por los terceros usuarios, a través de redes de telecomunicaciones. Cada servicio estará sujeto a su marco regulatorio específico;
- h) *Servicio de telecomunicación*: es el servicio de transmisión, emisión o recepción de escritos, signos, señales, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, a través de redes de telecomunicaciones;
- i) *Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)*: es el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros;
- j) *Telecomunicación*: es toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo,

radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

Art. 7° – Sustitúyese el artículo 10 de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 10: Incorpórase como servicio que podrán registrar los licenciarios de TIC, al servicio de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico. El servicio de radiodifusión por suscripción se regirá por los requisitos que establecen los artículos siguientes de la presente ley y los demás que establezca la reglamentación, no resultándole aplicables las disposiciones de la ley 26.522. Se encuentra excluida de los servicios de TIC la televisión por suscripción satelital, que se continuará rigiendo por la ley 26.522.

Las licencias de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico otorgadas por el ex Comité Federal de Radiodifusión y/o por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual con anterioridad a la entrada en vigencia de la modificación del presente artículo serán consideradas, a todos los efectos, Licencia Única Argentina Digital con registro de servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o mediante vínculo radioeléctrico, en los términos de los artículos 8° y 9° de esta ley, debiendo respetar los procedimientos previstos para la prestación de nuevos servicios salvo que ya los tuvieren registrados.

El plazo de otorgamiento del uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico de los titulares de licencias de radiodifusión por suscripción conferidas bajo las leyes 22.285 y 26.522 será el de su título original, o de diez (10) años contados a partir del 1° de enero de 2016, siempre el que sea mayor para aquellos que tuvieren a dicha fecha una licencia vigente.

Art. 8° – Sustitúyese el artículo 13 de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 13: Los licenciarios deberán obtener autorización del ENACOM para efectuar cualquier modificación de las participaciones accionarias o cuotas sociales en las sociedades titulares, que impliquen la pérdida del control social en los términos del artículo 33 de la Ley General de Sociedades 19.550, t. o. 1984 y sus modificatorias, sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en la ley 25.156.

Las transferencias de licencias y de participaciones accionarias o cuotas sociales sobre sociedades licenciarias, se considerarán efectuadas ad referendum de la aprobación del ENACOM, y deberán ser comunicadas dentro de los treinta (30) días posteriores a su perfeccionamiento. Si el ENACOM no hubiera rechazado expresamente la transferencia dentro de los noventa (90) días

de comunicada, la misma se entenderá aprobada tácitamente, y quien corresponda podrá solicitar el registro a su nombre. En caso de existir observaciones, el plazo referido se contará desde que se hubieran considerado cumplidas las mismas, con los mismos efectos.

La ejecución del contrato de transferencia sin la correspondiente aprobación, expresa o tácita, será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada, previa intimación del ENACOM.

Art. 9° – Sustitúyense los artículos 33, 34 y 35 de la ley 27.078 por los siguientes:

Artículo 33: *Administración, gestión y control.* corresponde al Estado nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, la administración, gestión y control de los recursos órbita-espectro correspondientes a redes satelitales, de conformidad con los tratados internacionales suscriptos y ratificados por el Estado argentino.

Este recurso podrá ser explotado por entidades de carácter público o privado siempre que medie autorización otorgada al efecto y de conformidad con las disposiciones aplicables en la materia.

Artículo 34: *Autorización.* La prestación de facilidades satelitales requerirá la correspondiente autorización para la operación en la Argentina, conforme a la reglamentación que el Ministerio de Comunicaciones dicte a tal efecto. Por el contrario, la prestación de cualquier servicio de TIC por satélite estará sometida al régimen general de prestación de servicios de TIC establecido en la presente ley.

Artículo 35: *Prioridad de uso.* Para la prestación de las facilidades satelitales se dará prioridad al uso de satélites argentinos, entendiéndose por tales a los que utilicen un recurso órbita-espectro a nombre de la Nación Argentina, a la utilización de satélites construidos en la Nación Argentina o a las empresas operadoras de satélites que fueran propiedad del Estado nacional o en las que éste tuviera participación accionaria mayoritaria.

La prioridad señalada precedentemente tendrá efecto sólo si las condiciones técnicas y económicas propuestas se ajustan a un mercado de competencia, lo cual será determinado por el Ministerio de Comunicaciones.

Art. 10. – Sustitúyese el artículo 94 de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 94: Los prestadores del servicio básico telefónico, cuya licencia ha sido concedida en los términos del decreto 62/90 y de los puntos 1 y 2 del artículo 5° del decreto 264/98, así como los del servicio de telefonía móvil con licencia otorgada conforme el pliego de bases y condiciones aprobado por resolución del entonces Ministerio de

Economía y Obras y Servicios Públicos 575/93 y ratificado por decreto 1.461/93, sólo podrán prestar el servicio de radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico, transcurridos dos (2) años contados a partir del 1° de enero de 2016. El ENACOM podrá extender dicho plazo por un (1) año más.

Art. 11. – Sustitúyese el artículo 95 de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 95: No podrán ser titulares de un registro de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o mediante vínculo radioeléctrico los titulares o accionistas que posean el diez por ciento (10 %) o más de las acciones o cuotas partes que conforman la voluntad social de una persona de existencia ideal titular o accionista de una persona de existencia ideal a quien el Estado nacional, provincial o municipal le haya otorgado la licencia, concesión o permiso para la prestación de un servicio público.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a:

- i. Las personas de existencia ideal sin fines de lucro a quien el estado nacional, provincial o municipal le haya otorgado la licencia, concesión o permiso para la prestación de un servicio público;
- ii. Los sujetos mencionados en el artículo 94, que sólo podrán prestar el servicio transcurrido el plazo allí previsto.

En el caso de los incisos i. y ii. referidos y a los efectos de la obtención de un registro de radiodifusión por suscripción, la explotación del registro quedará sujeta a las condiciones que se indican a continuación y las demás que establezca la reglamentación.

Si al momento de solicitar el registro existe otro prestador en la misma área de servicio, el ENACOM deberá, en cada caso concreto, realizar una evaluación integral de la solicitud que contemple el interés de la población y dar publicidad de la solicitud en el Boletín Oficial y en la página web del ENACOM. En caso de presentarse oposición por parte de otro titular de un registro de radiodifusión por suscripción en la misma área de prestación, el ENACOM deberá solicitar un dictamen a la autoridad de aplicación de la ley 25.156 que establezca las condiciones de prestación del solicitante. El plazo para presentar oposiciones es de treinta (30) días hábiles desde la fecha de publicación de la solicitud en el Boletín Oficial. Este párrafo se aplicará sólo para el caso del inciso i. anterior.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a las personas de existencia ideal sin fines de lucro que exclusivamente presten servicio público de TIC.



En todos los casos, las personas previstas en los apartados (i) y (ii) anteriores que obtengan el registro de servicios de radiodifusión por suscripción en los términos y condiciones fijadas en este artículo deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- a) Conformar una unidad de negocio a los efectos de la prestación del servicio de comunicación audiovisual y llevarla en forma separada de la unidad de negocio del servicio público del que se trate;
- b) Llevar una contabilidad separada y facturar por separado las prestaciones correspondientes al servicio licenciado;
- c) No incurrir en prácticas anticompetitivas tales como las prácticas atadas y los subsidios cruzados con fondos provenientes del servicio público hacia el servicio licenciado;
- d) Facilitar —cuando sea solicitado— a los competidores en los servicios licenciados el acceso a su propia infraestructura de soporte, en especial postes, mástiles y ductos, en condiciones de mercado. En los casos en que no existiera acuerdo entre las partes, se deberá pedir intervención al ENACOM;
- e) No incurrir en prácticas anticompetitivas en materia de derechos de exhibición de los contenidos a difundir por sus redes y facilitar un porcentaje creciente a determinar por el ENACOM a la distribución de contenidos de terceros independientes;
- f) Respetar las incumbencias y encuadramientos profesionales de los trabajadores en las distintas actividades que se presten.

Art. 12. — Sustitúyese el texto del artículo 96 de la ley 27.078 por el siguiente:

Artículo 96: Las restricciones y obligaciones establecidas en los artículos 9°, 94 y 95 de la presente ley, serán también de aplicación a:

- i. Los titulares de cualquier participación social directa o indirecta en los sujetos mencionados en el artículo 94.
- ii. Cualquier persona en la que los sujetos mencionados en el artículo 94 tengan participación social directa o indirecta; y
- iii. Los contratos de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sean sociedad, constituidos por o en los que participen los sujetos mencionados en el artículo 94 y en los incisos (i) y (ii) precedentes, incluidos los

negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación.”

### TÍTULO III

#### Modificaciones a la ley 26.522

Art. 13. — Sustitúyense los incisos *d)* y *e)* del artículo 25 de la ley 26.522 por los siguientes:

- d) No ser titular o accionista que posea el diez por ciento (10 %) o más de las acciones o cuotas partes que conforman la voluntad social de una persona jurídica titular o accionista de una persona jurídica a quien el estado nacional, provincial o municipal le haya otorgado una licencia, concesión o permiso para la prestación de un servicio público;
- e) Las personas jurídicas no podrán emitir acciones, bonos, debentures, títulos o cualquier tipo de obligaciones negociables, sin autorización del ENACOM, cuando de estas operaciones resultare comprometido un porcentaje mayor al treinta por ciento (30 %) del capital social que concurre a la formación de la voluntad social.

La constitución de fideicomisos sobre acciones se registrará por las disposiciones del artículo 55.

Art. 14. — Sustitúyese el artículo 38 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 38: Adjudicación para servicios de radiodifusión por suscripción con uso de soporte satelital. El ENACOM adjudicará a demanda las licencias para la instalación y explotación de servicios de comunicación audiovisual para suscripción sobre soporte satelital. En este caso el otorgamiento de la licencia no implica la adjudicación de puntos orbitales.

Art. 15. — Sustitúyese el artículo 40 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 40: *Prórrogas*. Las licencias serán susceptibles de prórrogas sucesivas.

Las licencias serán susceptibles de una primera prórroga, por cinco (5) años, que será automática y a la que tendrá derecho el licenciataria ante el mero pedido previo al ENACOM. Dicho pedido deberá ser efectuado, bajo pena de caducidad del derecho, dentro del período comprendido entre los doce (12) meses y los seis (6) meses anteriores a la fecha de vencimiento de la licencia.

Con carácter excepcional y previo dictámen técnico, aún no vencida la licencia el ENACOM podrá convocar al licenciataria y proponerle una actualización tecnológica dentro de los plazos

y condiciones que determine el Ministerio de Comunicaciones.

Las prórrogas posteriores serán de diez (10) años, y serán otorgadas por el ENACOM; no obstante, el Ministerio de Comunicaciones podrá llamar a concurso a nuevos licenciarios en los términos del artículo 32 de la presente ley, fundado en razones de interés público, la introducción de nuevas tecnologías o el cumplimiento de acuerdos internacionales. En este caso los licenciarios anteriores no tendrán derecho adquirido alguno respecto a su licencia.

La solicitud de prórroga deberá ajustarse a los requisitos y procedimiento que establezca reglamentariamente el ENACOM y a las siguientes condiciones:

- a) El pedido, deberá efectuarse al ENACOM dentro del período comprendido entre los doce (12) meses y los seis (6) meses anteriores a la fecha de vencimiento de la licencia, bajo pena de caducidad del derecho;
- b) Al momento de presentar el pedido de prórroga por diez (10) años, el licenciario deberá acreditar:
  - i. Que cumple las condiciones que exige la normativa vigente para ser titular de licencias de servicios de comunicación audiovisual.
  - ii. Que ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas de su licencia.
  - iii. Que no mantiene deuda alguna por los tributos nacionales ni por las obligaciones previsionales a su cargo.

Las autorizaciones se otorgarán por tiempo indeterminado.

Art. 16. – Sustitúyese el texto del artículo 41 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 41: Las licencias de servicios de comunicación audiovisual y las acciones y cuotas partes de sociedades licenciarias sólo son transferibles a aquellas personas que cumplan con las condiciones de admisibilidad establecidas para su adjudicación.

Las transferencias de licencias y de participaciones accionarias o cuotas sociales sobre sociedades licenciarias, se considerarán efectuadas ad referéndum de la aprobación del ENACOM, y deberán ser comunicadas dentro de los treinta (30) días posteriores a su perfeccionamiento. Si el ENACOM no hubiera rechazado expresamente la transferencia dentro de los noventa (90) días de comunicada, la misma se entenderá aprobada tácitamente, y quien corresponda podrá solicitar el registro a su nombre. En caso de existir observaciones, el plazo referido se contará desde que

se hubieran considerado cumplidas las mismas, con los mismos efectos.

La ejecución del contrato de transferencia sin la correspondiente aprobación, expresa o tácita, será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada, previa intimación del ENACOM.

Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles.

Art. 17. – Sustitúyese el texto del artículo 45 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 45: *Multiplicidad de licencias.* A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local, las personas humanas o jurídicas podrán ser titulares o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual, con sujeción a los siguientes límites:

i. En el orden nacional:

- a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual y servicios TIC regulados por la ley 27.078;
- b) Hasta quince (15) licencias de servicios de comunicación audiovisual cuando se trate de radiodifusión de televisión abierta o de radiodifusión sonora.

ii. En el orden local:

- a) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);
- b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;
- c) Una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta.

En ningún caso la suma total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario podrá exceder la cantidad de cuatro (4) licencias.

Art. 18. – Sustitúyese el artículo 54 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 54: *Apertura de capital accionario.* Las acciones de las sociedades titulares de servi-

cios de comunicación audiovisual abiertos o por suscripción, podrán comercializarse en el mercado de valores en un total máximo del cuarenta y cinco por ciento (45 %) del capital social con derecho a voto.

Art. 19. – Sustitúyese el artículo 63 de la ley 26.522 por el siguiente:

Artículo 63: *Vinculación de emisoras*. Se permite la constitución de redes de radio y televisión con límite temporal, según las siguientes pautas:

- a) La emisora adherida a una o más redes no podrá cubrir con esas programaciones más del treinta por ciento (30 %) de sus emisiones mensuales cuando se trate de estaciones localizadas en ciudades con más de un millón quinientos mil (1.500.000) habitantes. Cuando se encuentren localizadas en poblaciones de más de seiscientos mil (600.000) habitantes, no se deberán cubrir con esas programaciones más del cuarenta por ciento (40 %) de sus emisiones mensuales y no más del cincuenta por ciento (50 %) de sus emisiones mensuales en otras localizaciones;
- b) Deberá mantener el cien por ciento (100 %) de los derechos de contratación sobre la publicidad emitida en ella;
- c) Deberá mantener la emisión de un servicio de noticias local y propio en horario central.

Por excepción, podrán admitirse redes de mayor porcentaje de tiempo de programación, cuando se proponga y verifique la asignación de cabeceras múltiples para la realización de los contenidos a difundir.

Los prestadores de diverso tipo y clase de servicios, podrán recíprocamente acordar las condiciones de retransmisión de programas determinados, siempre que esta retransmisión de programas no supere el diez por ciento (10 %) de las emisiones mensuales.

Para la transmisión de acontecimientos de interés relevante, se permite sin limitaciones la constitución de redes de radio y televisión abiertas.

#### TÍTULO IV

#### Disposiciones finales y transitorias

Art. 20. – *Régimen de licencias vigentes para explotar los servicios regulados por la ley 26.522*. Los titulares de licencias legalmente otorgadas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, vigentes al 1° de enero de 2016, y que reúnan las condiciones establecidas por dicha ley con las modificaciones aquí dispuestas, podrán optar, hasta el 31 de diciembre de 2016, por requerir el otorgamiento de una prórroga por diez (10) años, bajo los términos y condi-

ciones del artículo 40 de la ley 26.522, sin necesidad de aguardar el vencimiento de la licencia actualmente vigente. Dicha prórroga deberá considerarse como un primer período con derecho a la prórroga automática de cinco (5) años prevista en dicho artículo. La falta de opción expresa por el licenciataria dentro del plazo establecido hará caducar el derecho de opción, manteniendo la licencia vigente con el plazo original.

Los titulares de licencias vencidas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, y que mantengan actualmente su explotación sin que se hubiera adoptado una decisión firme sobre su falta de continuidad, podrán igualmente ejercer la opción indicada en el párrafo precedente hasta el 31 de marzo de 2016, bajo apercibimiento de caducidad de sus derechos sobre la licencia.

El ENACOM establecerá las formas bajo las cuales deberán presentarse las solicitudes de prórroga indicadas en el presente artículo.

Los titulares de licencias legalmente otorgadas para explotar algunos de los servicios regulados por la ley 26.522, vigentes a la fecha del presente, y que no reúnan las condiciones establecidas por dicha ley con las modificaciones aquí dispuestas, mantendrán vigente su licencia hasta la terminación del plazo original otorgado, no pudiendo solicitar prórrogas de ningún tipo. Dichos licenciataria podrán asimismo transferir voluntariamente sus licencias bajo los términos previstos en dicha ley, con las modificaciones establecidas por el presente, a personas que reúnan las nuevas condiciones fijadas para resultar licenciataria. Lo establecido precedentemente no inhabilita al ENACOM a aplicar las sanciones que correspondan al licenciataria por otros incumplimientos a la normativa.

Art. 21. – Hasta tanto se sancione una ley que unifique el régimen de gravámenes establecido por las leyes 26.522 y 27.078, a los titulares de registros de servicios de radiodifusión por suscripción por vínculo físico y por vínculo radioeléctrico, continuará siéndoles aplicable exclusivamente el régimen de gravámenes previsto por la ley 26.522, no encontrándose alcanzados por el aporte de inversión y de pago de la tasa de control, fiscalización y verificación previsto por los artículos 22 y 49 de la ley 27.078.

A fin de dar cumplimiento a lo precedentemente dispuesto, el ENACOM podrá emitir las disposiciones aclaratorias que estime correspondiente, así como ejercer las facultades que establecen el artículo 98 de la ley 26.522 y el artículo 53 de la ley 27.078.

La disposición del presente no importa tampoco modificar las exenciones vigentes dictadas al amparo del artículo 98 de la ley 26.522 y el artículo 53 de la ley 27.078.

Art. 22. – *Derogación*. Deróganse los artículos 4° párrafos 34 a 36 y 40 (definiciones de “Radiodifusión por suscripción”, “Radiodifusión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico”, “Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico” y “Radiodifusión

televisiva a pedido o a distancia”), 31, inciso *c*), 43, 44, inciso *e*), 48, 55 segundo párrafo, 73, 158 y 161 de la ley 26.522, y su reglamentación por decreto 1.225/10, 15, 48 párrafo 2°, de la ley 27.078, y toda otra disposición de dichas leyes o de sus normas reglamentarias y/o complementarias que se oponga a las modificaciones establecidas por el presente.

Art. 23. – *Constitución y quórum del ENACOM*. El ENACOM se considerará legalmente constituido con el nombramiento de su presidente y de los tres (3) primeros directores.

Art. 24. – *Disolución*. Disuélvense de pleno derecho la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual creados por la ley 26.522, y la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, creados por la ley 27.078.

Cesan de pleno derecho en sus cargos los directores de la AFSCA y de la AFTIC, y los miembros del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización.

Art. 25. – *Transferencias*. Transfiérese la totalidad del personal, bienes, presupuesto, activos y patrimonio, derechos y obligaciones de la AFSCA y de la AFTIC, al ENACOM.

El patrimonio del ENACOM se integra con los bienes que posea y con los que en el futuro adquiera por cualquier título.

El personal mantendrá sus actuales condiciones de empleo, sin perjuicio de la asignación de nuevas funciones derivadas de la aplicación del presente.

Art. 26. – *Continuación*. El ENACOM es continuador, a todos los efectos legales, de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Toda mención a la autoridad de aplicación, a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que exista en las leyes 26.522 y 27.078, y en sus normas modificatorias y reglamentarias, incluidas las modificaciones establecidas en el presente, se entenderán referidas al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

Art. 27. – *Estructura*. Dentro de los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de su constitución conforme lo previsto en el artículo 23, el ENACOM, en los términos del artículo 12 inciso 26 de la ley 26.522, así como de los artículos 80 y 81 de la ley 27.078, remitirá al Poder Ejecutivo nacional, para su aprobación, el proyecto de estructura organizativa y funcional.

Art. 28. – *Comisión*. Créase en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones la Comisión para la Elaboración

del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078.

La comisión tendrá a su cargo el estudio de las reformas a ambas leyes con el propósito de garantizar la más amplia libertad de prensa, el pluralismo y el acceso a la información, fomentar el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, avanzar hacia la convergencia entre las distintas tecnologías disponibles, garantizar la seguridad jurídica para fomentar las inversiones en las infraestructuras, evitar la arbitrariedad de los funcionarios públicos y garantizar los derechos de los usuarios y consumidores.

Art. 29. – *Consejo Federal de Comunicaciones*. Créase el Consejo Federal de Comunicaciones, en sustitución del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual previsto en el artículo 15 y concordantes de la ley 26.522 y sus demás disposiciones y normas complementarias y/o reglamentarias, y del Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización previsto en el artículo 85 y concordantes de la ley 27.078 y sus demás disposiciones y normas complementarias y/o reglamentarias.

Dentro de los sesenta (60) días de la entrada en vigencia del presente, el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta del Ministerio de Comunicaciones, determinará las funciones y composición del nuevo Consejo Federal de Comunicaciones, teniendo en cuenta las funciones que cumplían los consejos federales por él sustituidos.

Toda mención al Consejo Federal de Comunicación Audiovisual y al Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización que exista en las leyes 26.522 y 27.078, y en sus normas modificatorias y reglamentarias, incluidas las modificaciones establecidas en el presente, se entenderán referidas al Consejo Federal de Comunicaciones que los sustituirá.

Hasta tanto se constituya el Consejo Federal de Comunicaciones, transitoriamente y ad referendum del mismo, las funciones que correspondan al Consejo Federal de Comunicación Audiovisual y al Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización serán ejercidas por el Ministerio de Comunicaciones.

Art. 30. – *Transferencia de programas, proyectos y empresas*. Transfiérense a la órbita del Ministerio de Comunicaciones los siguientes programas y empresas:

- Argentina Conectada.
- Argentina Soluciones Satelitales S.A. (AR-SAT).
- Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA).

Art. 31. – *Sustitución*. Sustitúyese el texto del artículo 18 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, por el siguiente:

Artículo 18: *Comisión Bicameral*. Créase en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de



las Telecomunicaciones y la Digitalización, que tendrá el carácter de comisión permanente.

La Comisión Bicameral se integrará por ocho (8) senadores y ocho (8) diputados nacionales, según resolución de cada Cámara. Dictará su propio reglamento.

De entre sus miembros elegirán un (1) presidente, un (1) vicepresidente y un (1) secretario; cargos que serán ejercidos anualmente en forma alternada por un representante de cada Cámara.

La comisión tendrá las siguientes competencias:

- a) Proponer al Poder Ejecutivo nacional, por resolución conjunta de ambas Cámaras los candidatos para la designación de:
  - i. Tres (3) miembros del Directorio del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), y tres (3) miembros del Directorio de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado, que serán seleccionados a propuesta de los bloques parlamentarios para cada uno de los directorios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primera minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercera minoría parlamentarias. En caso de que la conformación de las minorías difiera entre una y otra Cámara, se aplicará la que corresponda a la Cámara de Diputados.
  - ii. El titular de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual;
- b) Recibir y evaluar el informe presentado por el Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos e informar a sus respectivos cuerpos orgánicos, dando a publicidad sus conclusiones;
- c) Velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado;
- d) Evaluar el desempeño del Defensor del Público;

e) Dictaminar sobre la remoción por incumplimiento o mal desempeño de su cargo al Defensor del Público; en un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada.

Art. 32. – *Derogación.* Deróganse los artículos 10, 11, 13, 14, 15 y 16 de la ley 26.522, los artículos 77, 78, 82, 83, 84, 85 y 86 de la ley 27.078, y toda otra disposición de dichas leyes o de sus normas reglamentarias y/o complementarias que se oponga a las modificaciones establecidas por el presente.

Art. 33. – *Orden público.* Las disposiciones del presente son de orden público.

Art. 34. – *Vigencia.* Las disposiciones del presente regirán desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 35. – Dese cuenta al Honorable Congreso de la Nación.

Art. 36. – Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Decreto 267

MAURICIO MACRI.

*Marcos Peña. – Julio C. Martínez. – José G. Santos. – Germán C. Garavano. – Patricia Bullrich. – Alberto J. Triaca. – Carolina Stanley. – José L. Baraño. – Alejandro P. Avelluto. – Rogelio Frigerio. – Alfonso Prat-Gay. – Ricardo Buryaile. – Javier Dietrich. – Juan J. Aranguren. – Oscar R. Agud. – Jorge D. Lemus.*

ANEXO