



2020 - Año del General Manuel Belgrano

PROYECTO DE LEY

La Cámara de Diputados y el Senado de la Nación...

Derogación del Decreto de Necesidad y Urgencia 690/2020

Artículo 1º.- Deróguese el Decreto de Necesidad y Urgencia 690/2020 -Argentina Digital- que establece el carácter esencial de los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC.

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

AUTOR: JOSÉ LUIS PATIÑO

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

El pasado viernes 20 de agosto, el Presidente de la Nación comunicó, vía la red social Twitter, que decidió declarar como “servicios públicos a la telefonía celular, a los servicios de internet y a la televisión paga”, como así también congelar las tarifas de estos servicios. Es llamativo el accionar repentino por parte del Poder Ejecutivo Nacional que decidió publicar pocas horas después, el sábado pasada la medianoche, el decreto de necesidad y urgencia 690/2020 que hacía efectivo el anuncio del Presidente de la Nación.

Sin dudas, esta medida constituye un avasallamiento al sector de las telecomunicaciones en particular, y a la seguridad jurídica de nuestro país en general.

El 4 de agosto, previo al decreto, la Cámara Argentina de Pequeños Proveedores de Internet (CAPPI) emitió un comunicado ante el surgimiento de diversos proyectos de ley que proponían lo que finalmente el Dr Alberto Fernández decidió vía DNU. En el comunicado se expresó su rechazo: “Internet no debe ser un servicio público (...) por entender que una mayor intervención del Estado no solo no asegura el objetivo último que se declama, que es la universalidad de la conectividad a internet, sino que como ha sucedido en otras oportunidades, probablemente genere un menor desarrollo y penetración de los servicios de banda ancha”.

Asimismo, afirma que “la mera calificación de un servicio o una actividad económica como servicio público no hace por sí misma que esos servicios sean más baratos ni mejores, o siquiera que lleguen a más personas, algo que sí puede lograrse generando condiciones de mayor competencia y una promoción activa e inteligente de la industria por parte del Estado, a través de políticas públicas de incentivo de la

inversión, para que sean los actores del sector privado quienes lleven internet de calidad a precios competitivos al cien por cien de los hogares del país”.

Vale mencionar que en nuestro plexo normativo no existe una definición unívoca sobre qué es un servicio público, ni qué alcance posee tal declaración. En tal sentido, cabe destacar que la figura de "servicio público" ha servido para justificar una mayor intervención del Estado en determinadas áreas de la economía y que dichas intervenciones deben encontrar una justificación, no en un aspecto inmanente u ontológico del servicio bajo análisis sino en la estructura del mercado que se analiza. Vale recordar que nuestra Constitución Nacional plantea un conjunto de pautas claras en lo referido a las relaciones de consumo:

"Artículo 42.- 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 de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

El mencionado artículo establece una obligación, que debe ser entendida de manera extensiva en cabeza del Gobierno Nacional, en miras a promover la competencia resguardando a su vez los derechos de los consumidores de cualquier práctica abusiva. Nuestra Constitución Nacional establece a la competencia como un fin

deseable en sí mismo, y sólo, ante distorsiones o estructuras de mercado anticompetitivas (por ej. monopolios) se habilita una intervención de dicho mercado y siempre en resguardo de la competencia.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el DNU citado, se desvía del texto constitucional y plantea que: "mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267/2015 se derogó gran parte del andamiaje legalmente establecido en materia de servicios de comunicación audiovisual y de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, abandonándose la idea del acceso a estos últimos como un derecho humano, dejándolos librados a ley de la oferta y demanda como una simple mercancía, contrariamente a lo previsto en la Constitución Nacional, que en su artículo 42 establece el deber de las autoridades de proveer a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados así como a la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

El problema del argumento previamente esgrimido es que es sencillamente falso, la reforma atacada no introdujo ninguna modificación en el sentido mencionado. Basta contrastar los artículos modificados de la ley N° 27.078 en uno y otro decreto. La reforma introducida mediante el DNU 267/15 alteró los artículos 6°, 10°, 13°, 33°, 34°, 35°, 94°, 95° y 96°. Los artículos reformados de forma alguna refieren a cuestiones que puedan ser consideradas como vinculadas a la estructura o dinámica competitiva del mercado. En consecuencia, no surge del DNU criticado cambio alguno que justifique decir que mediante dicho instrumento se abandonó "la idea del acceso a estos últimos como un derecho humano, dejándolos librados a ley de la oferta y demanda como una simple mercancía, contrariamente a lo previsto en la Constitución Nacional".

Esta falsedad se ve reforzada por la falta de correlación entre los artículos que modificó el DNU 267/15 y los que reformó el DNU 690/20. El Decreto actual modifica los artículos 15°, 48° y 54°. Como se ve, no existe ninguna correlación numérica

entre los artículos modificados por uno y otro decreto. Pero para peor, ni siquiera modifican aspectos relacionados. Son dos reformas independientes y las modificaciones introducidas por el decreto del 267/15 mantienen plena vigencia.

Retomando lo dicho por el art. 42 de nuestra Constitución Nacional, la dinámica de libre competencia debe ser el fin buscado por el Gobierno Nacional en toda situación y, la regulación de los mercados, la excepción. En ningún momento el DNU 690/20 realiza un análisis de la estructura del mercado que justifique una intervención de este tipo. No se aporta ningún dato en relación a la magnitud del mercado, la justificación detrás de la necesidad de intervenir los precios, un análisis sobre la estructura de costos de los actores, el porcentaje de exclusión en la sociedad que responda al factor precio, entre otros. Es decir, no se aporta ningún elemento que permita avalar la razonabilidad entre el fin planteado y el medio empleado.

Para evaluar si es razonable la relación entre medios y fines empleados, creo pertinente invocar el criterio desarrollado por GELLI, quien basándose en el Tribunal Constitucional español, propone realizar un examen de proporcionalidad en base a tres ejes: 1) la idoneidad del medio elegido para alcanzar el fin buscado; 2) la necesidad o subsidiariedad del recurso, debiéndose evaluar si existía un mecanismo menos dañoso o lesivo para alcanzar dicho fin; 3) el de proporcionalidad estrictamente hablando, o sea, el análisis de los beneficios y ventajas para el interés colectivo y los perjuicios que produce.

Al emplear este análisis, surge que el Poder Ejecutivo Nacional no sólo no ha justificado de manera razonable la idoneidad del medio empleado (regulación de precios y provisión forzosa de un servicio "universal" a los operadores) para alcanzar el fin propuesto (terminar con la exclusión digital). Tampoco explica por qué opta por este camino en lugar de las alternativas (baja de impuestos, fomento de la competencia, etc.). Ni parece estar justificado el daño que producirá en las expectativas del mercado y en las inversiones del sector una intervención de esta

naturaleza. En síntesis, la reforma parece estar más inspirada por temas ideológicos o políticos que técnicos. Al contrario, se desvía el Poder Ejecutivo de un camino favorable a la competencia, tendiendo a un esquema de mayor regulación sin aportar evidencia alguna de que esto contribuya a resolver problema alguno.

Es preciso entender que este no es un debate ideológico sino de sustentar las políticas públicas en evidencia. Para contextualizar, GORDILLO menciona que "un mercado libre sin intervención no puede existir, ni existe de hecho". Todo mercado está, en algún grado, regulado o intervenido pero también formula la siguiente precaución: "(...) la intervención en sí no garantiza nada, pues depende de cómo efectivamente se haga". Y con esta última reforma se pasa de un modelo de subsidiariedad del Estado a un modelo dirigista donde el Estado es quien fija las reglas en un mercado que, a priori, no parece estar justificada una intervención en la magnitud propuesta.

Para tomar dimensión del cambio irracional propuesto. El antiguo art. 48 de la ley N°27.078 establece que: "Las tarifas de los servicios públicos esenciales y estratégicos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia, las de los prestados en función del Servicio Universal y de aquellos que determine la Autoridad de Aplicación por razones de interés público, podrán ser reguladas por ésta". En cambio, el nuevo texto establece que "Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.". La diferencia esencial, entre un texto y otro, es que en la normativa preexistente el Poder Ejecutivo podía intervenir en los precios teniendo que fundamentar, como condición inherente a la facultad regulatoria, la necesidad de la intervención y la magnitud de la misma. Al volcarse a un criterio habilitante, donde la intervención del Estado se vuelve indispensable y no supletoria, se achica el margen de escrutinio

necesario para la intervención pública y aumenta el riesgo de discrecionalidad y de distorsiones anticompetitivas.

En síntesis, sin perjuicio de la valiosa discusión necesaria en torno a qué debe ser considerado un servicio público y qué consecuencias le atribuimos a cada caso, en nada resulta lógico introducir un DNU de las características del 690/20 cuyas consecuencias, a todas luces, contribuirán a lograr un resultado contrario al buscado.

En base a estos fundamentos, solicito a mis pares el acompañamiento para lograr la sanción del presente proyecto de ley.

AUTOR: JOSÉ LUIS PATIÑO