



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

///nos Aires, 30 de abril de 2021.

VISTOS estos autos 12.881/2020 caratulados “Telecom Argentina SA c/EN - ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”, y

CONSIDERANDO:

1º) Que mediante el pronunciamiento de fecha 28 de enero de 2021, el Sr. juez de feria rechazó la medida cautelar solicitada por Telecom Argentina S.A. contra el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) y el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

Aludió a que la accionada peticionó en su escrito de inicio, que se dispusiera cautelarmente la suspensión de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto de necesidad y urgencia N° 690/2020, fundando su petición en la alegada nulidad absoluta de las disposiciones citadas, por considerar que vulneraban los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75 inciso 22, 76 y 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, así como lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Señaló que, con posterioridad a dicha presentación, Telecom Argentina S.A. amplió el pedido de medida cautelar, solicitando la suspensión de las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020, al sostener que dichos actos resultaban nulos de nulidad absoluta e insanable por contravenir las normas invocadas para su dictado (art. 48 de la ley 27.078), agravando el daño infringido por el decreto N° 690/2020, y por violar los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75.22, 76 y 99.3 de la Constitución Nacional y lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponiéndole cargas que demandaban un esfuerzo económico excepcional sin compensación de ninguna especie, quebrando el equilibrio económico financiero que permite la prestación de un servicio de calidad y en condiciones regulares, tornando inviable su prestación.

Luego de reseñar los términos de la pretensión actoral y de los informes previstos por el art. 4º de la ley 26.854 presentados por el Estado Nacional y el ENACOM, refirió a los parámetros conforme a los cuales analizaría la procedencia de la tutela solicitada: - cuando la medida cautelar se intentaba frente a la Administración Pública, resultaba necesario que se acreditara, *prima facie*, la arbitrariedad del acto recurrido, en atención a la presunción de



legitimidad de la que gozaban los actos de aquélla, la que daba sustento a su fuerza ejecutoria; - en consecuencia, era requisito fundamental para admitir la pertinencia de las medidas cautelares contra actos administrativos, la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, pues sólo concurriendo dicha circunstancia resultaba susceptible de ser enervada la mentada presunción de legitimidad; - la investigación sobre el derecho que se postulaba se limitaba a un juicio de probabilidades y verosimilitud; - la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía que, siempre que se pretendiera la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debía acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora (conf. *Fallos*: 329:3890); - la finalidad de las medidas cautelares, en general, radicaba en evitar que se tornaren ilusorios los derechos de quien las solicitaba, ante la eventualidad de que se dictara una sentencia favorable.

Reparó en que, a la exigencia expuesta, correspondía también analizar que la norma atacada fue dictada en oportunidad en que se encontraba vigente el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”; es decir, en un contexto donde la única forma de conexión interpersonal era a través de los TIC.

Puntualizó que resultaba conveniente reseñar el contexto de crisis sanitaria y social imperante, en el que se plasmaba la problemática planteada en autos, y del que daban cuenta los considerandos de las normas impugnadas.

En tal sentido, recordó que: - a raíz de la declaración de la Organización Mundial de la Salud como *pandemia* del brote de SARS-COV-2 (COVID-19), el PEN dictó el decreto 260/2020 (B.O. 12/03/20), ampliando la emergencia pública en materia sanitaria por el plazo de un año, y fijando una serie de medidas y recomendaciones destinadas a la ciudadanía y a los distintos sectores del Gobierno tendientes a aplacar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario; - posteriormente, en atención al agravamiento de la situación epidemiológica y sanitaria a nivel mundial, dictó el decreto 297/2020 (B.O. 20/03/20), disponiendo el “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” hasta el 31/03/20, fijando, además, ciertas pautas para minimizar la circulación de las personas y el transporte en general; - esta situación se prorrogó, con diferentes modalidades, pautas y restricciones; - en tal contexto, dictó el decreto 311/2020, mediante el cual estableció por un plazo de ciento ochenta días que las empresas prestadoras de los servicios de telefonía fija o móvil e Internet y TV





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrían disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y quedaban obligadas, en caso de falta de pago, a mantener un servicio reducido conforme se estableciera en la reglamentación.

Hizo hincapié en que en tal coyuntura, el PEN dictó el decreto 690/2020 tomando en consideración que “el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos digitales que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión” y que “[l]a ONU ha expresado en diversos documentos la relevancia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para para el desarrollo de una sociedad más igualitaria y la importancia de que a todas las personas les sea garantizado su acceso a las mismas”.

Reprodujo los considerandos del mencionado decreto y, acto seguido, señaló que, partiendo de las premisas expuestas, correspondía evaluar la procedencia de la pretensión de la empresa accionante.

Precisó que, a tal fin, convenía efectuar una breve reseña de la normativa involucrada en el caso. Citó así, los artículos 99, inc. 3º de la Constitución Nacional, la ley 26.122 (arts. 21 y 22), y el decreto 690/2020 (arts. 1º, 2º y 3º).

Enfatizó que el aludido decreto 690/2020, no regulaba en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.

Remarcó, asimismo, que tanto dicho decreto como las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020, fueron dictadas en el marco de la pandemia mundial del SARS-COV-2 (COVID-19) que produjo una crisis mundial, que afectó a todos los ciudadanos, y que, por ello, “... la finalidad del régimen mencionado es la protección del ejercicio de publicar ideas; de profesar libremente el culto; de enseñar y aprender; conectar, comunicar -entre otros derechos-, es decir garantizar los derechos humanos” (*sic*).

Afirmó que, sentado lo expuesto, era importante señalar que el decreto cuestionado fue oportunamente sometido a la Comisión Bicameral Permanente, la que, según lo dispuesto en los artículos 10, 19 y 21 de la ley 26.122, debía pronunciarse en el término de diez días sobre la adecuación del referido decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado y elevar el respectivo dictamen a cada Cámara para su inmediato tratamiento.



Añadió que, conforme lo dispuesto por el art. 20 de la ley 26.122, una vez vencido el plazo para que la Comisión Bicameral emitiera su dictamen, las Cámaras se abocarían directamente al tratamiento del decreto, de manera expresa e inmediata.

Destacó que si bien el art. 24 de dicho ordenamiento legal establecía que la derogación y la consecuente pérdida de vigencia del decreto de necesidad y urgencia estaba subordinada al “rechazo por ambas cámaras”, no era posible prescindir de que la propia ley reglamentaria exigía el tratamiento expreso e inmediato; y que la preservación de la vigencia del decreto de excepción solamente tenía sentido en la medida en que se respetara este parámetro.

Puso de relieve que el Honorable Senado de la Nación, por conducto de la resolución N° 95/2020, determinó la validez del decreto 690/2020. (art. 1° de la citada resolución).

Consideró que, en consecuencia, habiendo sido ratificado el reglamento cuestionado por la Cámara Alta, no podía tenerse por acreditada la verosimilitud del derecho invocada por la accionante.

Aclaró que ello era así, por cuanto no resultaba adecuado, en este estado inicial del proceso, examinar durante cuánto tiempo un decreto de necesidad y urgencia podía y debía estar sometido a tratamiento parlamentario, ni tampoco analizar su vigencia una vez ratificado por la Comisión Bicameral Permanente y, en este caso, el Honorable Senado de la Nación, quedando solamente pendiente la aprobación o rechazo de la Honorable Cámara de Diputados.

Hizo hincapié, a mayor abundamiento, en que en estos casos, la verosimilitud del derecho debía surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, resultando, por lo demás, improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculaban a las partes, cuya naturaleza y extensión habían de ser dilucidadas con posterioridad.

Sostuvo, en tal orden de ideas, que no debía confundirse la tutela cautelar con la declaración del derecho en el proceso principal, ya que las providencias cautelares no constituían un fin en sí mismas, sino que estaban ineludiblemente pre-ordenadas a una ulterior sentencia definitiva.

Señaló que “[e]se examen importaría necesariamente determinar aspectos que, eventualmente, serán materia de consideración y juzgamiento en la sentencia definitiva a dictarse en el proceso de conocimiento





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

que, según sus propias palabras, promoverá con la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas que impugna, aspectos que requieren un estudio más profundo del que puede realizarse en este ámbito limitado” (sic).

Entendió que tampoco se configuraba el recaudo atinente al peligro en la demora, dado que, en el caso, “... la actora más allá de sus manifestaciones, no estimó cuál es la incidencia económica concreta que el congelamiento de precios, los aumentos fijados o el valor del Servicio Básico Obligatorio producen en su economía, de manera tal de acreditar que la denegación de la medida cautelar le causaría un gravamen que difícilmente podría revertirse en el supuesto de que la sentencia final de la causa admitiese su pretensión...” (sic).

Recordó que, en tal sentido, se había dicho en forma reiterada que el perjuicio invocado debía ser de una entidad tal que pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, y, asimismo, que el peligro en la demora debía ser grave e irreparable, y ser ponderado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que pudieran ser apreciados incluso por terceros, lo que no se vislumbraba en el *sub lite*.

Puntualizó que “[e]n otras palabras, la actora no ha explicado concretamente de qué manera dichos afectarían el estado de sus finanzas. En este sentido, corresponde recordar que el fin de las medidas cautelares es evitar que durante el tiempo en que tramita el proceso principal, su objeto pueda verse frustrado, por ello es relevante que quien pretende su dictado, acredite el peligro de la pérdida del derecho que intenta proteger. En el *sub examine*, la actora pretende tutelar un interés económico y sin embargo, no se han aclarado los efectos concretos que podría acarrear el hecho de afrontar dichos costos, en relación al giro normal en sus actividades” (sic).

Con relación al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 5, 6, 10, 13 inc. 3º, 14, 15 y 16 de la ley 26.854, dispuso que, en atención a la forma como se decidía, su tratamiento devenía insustancial.

Concluyó que, por las consideraciones expuestas, y toda vez que la viabilidad de una medida cautelar exigía la presencia de ambos recaudos (verosimilitud del derecho y peligro en la demora); así como que la ausencia de uno de ellos impedía su otorgamiento, correspondía rechazar la medida cautelar solicitada.



2º) Que contra dicho pronunciamiento, Telecom Argentina S.A. interpuso el recurso de apelación de fecha 2 de febrero de 2021 -ver "APELA [02/02/2021 11:40]", y presentó el correspondiente memorial el 11 de marzo de 2021 -ver "PRESENTA MEMORIAL. MANIFIESTA. MANTIENE RESERVA FEDERAL. [11/03/2021 00:23]", incorporado al sistema de gestión judicial ese mismo día-.

El Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) contestó el pertinente traslado el 17 de marzo de 2021 -ver ESTADO NACIONAL CONTESTA AGRAVIOS - PARTE 1 [17/03/2021 12:23]-, mientras que el ENACOM hizo lo propio el 18 de marzo de 2021 -ver "ENACOM CONTESTA EXPRESION DE AGRAVIOS [18/03/2021 09:09]"-.

3º) Que la actora sostiene, en primer lugar, que la sentencia apelada omite considerar diversos argumentos expuestos por su parte en sus presentaciones, los que justifican el dictado de la medida cautelar peticionada, y nada dice acerca de las resoluciones del ENACOM números 1466 y 1467 - dictadas ambas en ejercicio de las facultades delegadas por el DNU- respecto de las cuales también se ha solicitado la suspensión de sus efectos mediante la presentación ampliatoria de fecha 30 de diciembre de 2020-.

A modo de introducción, afirma que el Sr. magistrado de grado ha abdicado del control de constitucionalidad y que se está ante una sentencia que bien puede ser calificada de arbitraria. Tras brindar los argumentos por los cuales sustenta tal tesitura, expone que, en síntesis "... es ostensible que el Juez de grado no ejercitó un riguroso escrutinio sobre la validez del decreto presidencial impugnado y que de haberlo hecho con la rigurosidad que las circunstancias lo exigían, hubiera debido concluir en que el dispositivo no hubiera superado, ni siquiera en forma mínima, dicho escrutinio" (sic).

3.1) Como primer agravio, bajo el título "Ausencia de consideración de argumentos expuestos por Telecom" (sic), sostiene que el Sr. juez ha omitido considerar diversos argumentos expuestos por su parte que, por sí mismos, justifican el dictado de la medida cautelar peticionada.

Dice que mediante el DNU 690/2020, el PEN dispuso: (i) declarar servicio público a los servicios de Tics que brindaba Telecom Argentina S.A.; (ii) transformar sus precios, que eran fijados de un modo completamente libre y en competencia, a precios regulados; (iii) disponer la suspensión de todo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

aumento o modificación de tales precios hasta el 31 de diciembre de 2020; (iv) establecer la obligación de cumplir con una Prestación Básica Universal nunca prevista originalmente en el régimen legal al amparo del cual Telecom Argentina S.A. obtuvo sus licencias y derechos.

Destaca que las medidas dispuestas a través del DNU apuntado, resultan nulas e inconstitucionales en tanto: a) no se verifican los presupuestos de necesidad y urgencia exigidos en la Constitución Nacional para su dictado (art. 99 inc. 3º), instrumentando el DNU modificaciones legislativas de carácter permanente; b) no se dan los presupuestos legales para la calificación como “servicio público” de una actividad privada libre que se realiza en condiciones de competencia, siendo ilegítimo que el organismo de aplicación sea quien fije el marco regulatorio del mismo (art. 42 de la Constitución Nacional); c) se genera una violación del derecho de propiedad privada de Telecom S.A., al modificar unilateralmente las condiciones de prestación de sus servicios, desconociendo los derechos adquiridos y la libertad de precios vigente, configurándose una confiscación violatoria del artículo 17 de la Constitución Nacional; d) resultan irrazonables y desproporcionadas las medidas cuestionadas, en orden a lograr la finalidad supuestamente buscada; e) se incurre en un vicio evidente de desviación de poder, por cuanto se persigue una finalidad distinta de la declarada, buscando afectar el derecho de libertad de expresión en su faz individual y colectiva; f) se viola el derecho de propiedad de su parte, al congelar los precios de los servicios de TIC; g) se pasan por alto las exigencias del artículo 76 de la Constitución Nacional para la delegación de facultades legislativas; y h) se consagra una grave situación de inseguridad jurídica contraria a la Constitución Nacional.

Recuerda que planteó en el escrito de inicio, respecto al derecho a fijar libremente los precios, que su parte adquirió pliegos al Estado Nacional para prestar el servicio de telefonía móvil con la estipulación que le aseguraba la facultad de fijar el precio de tal servicio. Expone que lo mismo ocurre con los restantes servicios TIC (con excepción del servicio básico telefónico).

Precisa que también afirmó –y acreditó– en la aludida presentación, que “... se le adquirió al Estado Nacional espectro por más de 600 millones de dólares con la cláusula que le aseguraba la libertad para fijar sus precios” (sic).

Apunta que sostuvo en su demanda que:



-los fundamentos esgrimidos por el PEN para la afectación de los derechos de su parte, son espurios, aparentes, contradictorios y de pretendida corrección política, e intentan camuflar la deliberada desviación de poder: declara como fin asegurar el acceso a los servicios de TIC, en particular para garantizar la educación pública y evitar la deserción escolar, pero adopta medidas encaminadas a controlar y dirigir una industria que se desarrolla eficientemente en condiciones de competencia; nada tiene que ver la supuesta falta de conectividad de determinados sectores de la población, con apropiarse ilegítimamente de las actividades comerciales de su parte; de hecho, las prestadoras destinan el uno por ciento (1%) de su facturación al Fondo Fiduciario de Servicio Universal para que el Estado Nacional garantice la conectividad de todos los habitantes en condiciones de igualdad y este presupuesto está sub-ejecutado;

-el DNU 690/2020, al desconocer los derechos de propiedad de los licenciatarios, destruye la mínima seguridad jurídica necesaria para brindar un horizonte de previsibilidad a servicios que exigen de permanentes y millonarias inversiones para funcionar;

-con la regulación de precios y el desapoderamiento ilegítimo del servicio producto de la declaración de servicio público, las inversiones ya efectuadas por los prestadores se hacen imposibles de recuperar y las necesarias inversiones futuras se ahuyentan; el medio utilizado es inútil y contraproducente para obtener los supuestos fines buscados en los considerandos del DNU impugnado;

-se ha confiscado la actividad de su parte, actividad mediante la cual los consumidores, y también Telecom Argentina S.A., ejercen su derecho a la libertad de expresión; el sometimiento al régimen de servicio público de las actividades de su parte mediante un decreto de necesidad y urgencia ilegal, también viola las pautas constitucionales que deben configurarse para tal declaración (art. 42 de la Constitución Nacional);

-el decreto 690/2020 no cumple con la creación de un marco regulatorio legal para el servicio público, y delega tal actividad a lo que se le pueda ir ocurriendo al ENACOM; la delegación al ENACOM es inconstitucional porque el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los marcos regulatorios deben ser establecidos por ley (formal);

-es palmaria la inconstitucionalidad de un DNU que no es necesario ni urgente, y que dispone una confiscación regulatoria a su parte, a la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

vez que afecta la libertad de prensa y expresión, pues el Estado Nacional ha adquirido el control absoluto del principal canal de expresión de las ideas, que es la red de internet;

-la censura previa y la confiscación de bienes y derechos son dos medidas que la Constitución prohíbe al Estado Nacional de modo expreso; tales medidas son las que se disponen de modo artero y urgente en el decreto 690/2020, bajo el disfraz de consagrar el derecho a la conectividad;

-resulta manifiesta la violación a los requisitos de delegación estipulados en el art. 76 de la Constitución Nacional; los perjuicios a Telecom Argentina S.A. son palmarios, concretos, irremediables e inmediatos y se agravarán con el transcurso del tiempo, debiendo ser evitados en función del principio de prevención del daño previsto en los artículos 1710, 1711 y 1712 del Código Civil y Comercial.

Aclara que ninguno de tales argumentos ha sido tratado por el Sr. juez de grado, lo que agravia a su parte.

Dice que el Sr. magistrado de grado ha justificado el rechazo de la medida cautelar "... en la aprobación, por parte del Congreso, del DNU 690 en los términos de la ley 26.122" (sic).

Puntualiza que, más allá que la mencionada aprobación no tiene los efectos que el Sr. juez le asigna, lo cierto es que, de haber considerado los argumentos desarrollados por Telecom, igualmente hubiese sido procedente la suspensión de dicha norma, en atención a su manifiesta inconstitucionalidad y los perjuicios que irroga.

Recalca en que el Sr. juez tampoco consideró los argumentos brindados por su parte para fundamentar el pedido de suspensión cautelar respecto de las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020.

Postula que la nulidad de tales resoluciones no sólo deriva de ser actos reglamentarios del DNU 690/2020, sino que aquéllas poseen vicios propios que las descalifican como actos administrativos válidos.

Asevera que las mencionadas resoluciones vulneran el marco regulatorio consagrado por los pliegos y las leyes aplicables a los servicios de TIC; en especial, en lo referente a libertad de precios.

Esgrime que "[e]n efecto, no obstante las claras confiscaciones que la aplicación de la mencionada norma de necesidad y urgencia conlleva, la misma dispone que los precios serán regulados pero mantiene –según la explicación dada en autos por el Poder Ejecutivo Nacional–



el principio de libertad de precios, al preservar lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 27.078 que expresamente prescribe que las licenciatarias TIC fijarán sus precios, los que deberán ser ‘justos y razonables’, ‘cubrir los costos de la explotación’, ‘tender a la prestación eficiente’ y ‘a un margen razonable de la operación’” (sic).

Refiere a las expresiones vertidas por el Estado Nacional al presentar el informe del art. 4º de la ley 26.854 (en particular, a las que aluden a que las prestadoras fijarán sus precios, y que éstos deben ser justos y razonables y deben cubrir los costos de explotación, y que las empresas no perderán ingresos ya que los precios son libres; así como las que hacen hincapié en que el ENACOM analizaría los eventuales escenarios a fin de fijar los parámetros a utilizar para regular los precios a la luz del imperativo del propio artículo 48 de la ley 27.078 garantizando el acceso a las TIC con planes accesibles que garanticen una prestación básica universal obligatoria), para destacar que, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020 se impone, en tanto el accionar del Estado resulta abiertamente contradictorio con sus manifestaciones previas, especialmente las volcadas en estas actuaciones.

Pone de relieve que la accionada refirió que el Estado no regula precios de los servicios TIC –ni puede hacerlo legalmente– para luego –mediante las resoluciones impugnadas– fijar el precio de tales servicios en flagrante contradicción con sus afirmaciones previas.

Insiste en que el Sr. magistrado de la anterior instancia no trató esta cuestión.

Invoca la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la arbitrariedad de las sentencias.

Por lo expuesto, solicita que se admitan estos agravios, se revoque la resolución apelada y se haga lugar a la medida cautelar peticionada, propiciándose la suspensión del DNU 690/2020 y de las resoluciones 1466 y 1467.

3.2) En segundo lugar, se agravia por cuanto –según entiende–, el Sr. juez ha renunciado a ejercer su función constitucional de ejercitar el control judicial sobre los actos de gobierno.

Transcribe el apartado VI.4 del fallo recurrido y asevera que del mismo se desprende claramente que el Sr. magistrado ha resignado el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

ejercicio del control de constitucionalidad que tiene a su cargo (en este punto, invoca lo dispuesto por el art. 3º del Código Civil y Comercial de la Nación).

Indica que ello es así, porque: - corresponde indagar si la ratificación del Congreso -por la materia sobre la que incursiona el decreto presidencial- es jurídicamente posible; - sólo ha mediado el pronunciamiento de una de las dos cámaras del Congreso Nacional, y no del órgano legislativo, y la formación de la voluntad de éste con efectos jurídicos -aún en el contexto del procedimiento instaurado por la ley 26.122- se exterioriza únicamente con el pronunciamiento coincidente de ambas cámaras del Congreso (arts. 74 y siguientes de la Constitución Nacional); - el razonamiento del Sr. juez *a quo* es absurdo, porque implica que todo dispositivo que emane del Congreso de la Nación es constitucionalmente válido, por el sólo hecho de provenir del órgano legislativo; - la intervención del Congreso para verificar el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales del DNU exigidos por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional, no enerva el control que los jueces deben llevar a cabo sobre tales aspectos; control que no es facultad del juez sino un deber ineludible que puede ejercerse aún de oficio.

Hace referencia a las afirmaciones asentadas en el considerando VI.5 de la sentencia apelada.

Puntualiza que, en el caso y al contrario de la interpretación que asigna el Sr. juez *a quo* al precedente que invoca, la verosimilitud del derecho surge de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, "... pues a poco que se indague, el decreto presidencial -entre otros estropicios- acomete contra la propiedad privada y delega en una oficina del gobierno, un cúmulo de competencias que en la forma en que ha sido llevada a cabo, tampoco el Congreso podría haber hecho sin quebrantar las exigencias dispuestas por el art. 76 de la C. Nacional" (sic).

Pone de relieve que la delegación que practica el decreto presidencial no establece las bases de aquélla y tampoco dispone el plazo para su ejercicio. Explica que una delegación de tales alcances y con tantas falencias, ni siquiera hubiera podido recaer en el Sr. Presidente de la Nación, y si el Congreso -no obstante la prohibición que le impone el art. 76 de la Constitución Nacional- lo hubiera hecho, tal norma sería manifiestamente inconstitucional, sin necesidad de otra comprobación que la mera lectura de los elementos obrantes en la causa.



Insiste en que el decreto impugnado no responde a una imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución Nacional, en tanto el Congreso se encontraba funcionando regularmente (aunque por medios virtuales) e incluso –al momento de su dictado– existían proyectos de ley presentados, que contenían disposiciones de un tenor similar a las medidas adoptadas unilateralmente por el Poder Ejecutivo.

Señala que es de público conocimiento que el Congreso ha sancionado diversas leyes en el mismo período en que se dictó el DNU objetado, en tiempos brevísimos y ordenadas a paliar la situación de emergencia que atraviesa el país (como las leyes 27.548, 27.549, 27.550, 27.551, 27.553, 27.554, 27.555, 25.556 y 27.562, entre otras). Reitera que es patente que el Congreso se encontraba funcionando regularmente a la fecha del dictado del decreto 690/2020 (21 de agosto de 2020), por lo que no es posible sostener que éste se justifica ante la imposibilidad del dictado de una ley por el procedimiento ordinario.

Dice que tampoco se puede sostener que concurre en el caso la circunstancia contemplada en el punto 2) del considerando 9° del precedente “Verrochi”: es decir, que la situación en el sector enfocado por el decreto impugnado requiera una solución de una urgencia tal que deba ser adoptada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite ordinario de sanción de las leyes.

Afirma que el contenido normativo del decreto presidencial se dirige a alterar el régimen y el funcionamiento de un importantísimo ámbito de la economía, radicalmente y en forma permanente, aun para después de la emergencia sanitaria, por lo que no son las consecuencias de la pandemia las que tiende a paliar tal decreto, aunque así se exponga en sus considerandos, ya que, en tal caso, hubiera limitado la vigencia del estatuto que crea a la duración de la emergencia.

Puntualiza que, por otra parte, no existe urgencia en declarar como servicio público a los servicios TIC (incluyendo la telefonía móvil), que están entre los que mejor, más ampliamente y con mayor igualdad funcionan en nuestro país, en un régimen de plena competencia.

Asevera que ninguna disposición de la ley 27.541 –por la que el Congreso de la Nación declaró la emergencia pública y delegó en el PEN amplias facultades con base en lo dispuesto por el art. 76 del texto constitucional, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021–, le confirió





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

competencia al Presidente para incursionar en una materia que está fuera del ámbito de la delegación –y que tampoco el Congreso podría haber incursionado por ser violatoria de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos–.

Manifiesta que, “[d]e tal suerte, el írrito decreto presidencial que se propuso establecer sobre las actividades que desarrolla mi mandante un férreo control estatal –a tal punto que los declaró suyos– pretende ejercer facultades excepcionales saliéndose de los límites que le impuso el Congreso” (sic), y añade que la situación es completamente análoga a la resuelta por el Alto Tribunal en *Fallos*: 326:417.

Alega que este escrutinio de la validez constitucional de las normas impugnadas es completamente soslayado por el Sr. juez en el decisorio en crisis.

Señala, asimismo, que la aprobación del DNU 690/2020 por las Cámaras del Congreso no excluye la procedencia del control judicial sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución para el dictado de tales decretos, y, mucho menos si ha sido solo una de ellas la que ha intervenido.

Agrega que la intervención de las Cámaras tampoco neutraliza el control judicial de la compatibilidad de los DNU con las demás previsiones constitucionales.

Dice que un DNU dictado fuera de las extraordinarias circunstancias que lo justifican constitucionalmente, es un acto que transgrede normas de orden público y, en tal medida es nulo, de nulidad absoluta e insanable, de manera tal que un acto posterior no lo puede rescatar.

Esgrime que, naturalmente, si el control judicial es procedente cuando ambas Cámaras se han pronunciado en forma expresa por la aprobación de los DNU, con mucha mayor razón lo es en tanto ese control legislativo no haya tenido lugar cabalmente, ya sea porque sólo una de las Cámaras emitió su pronunciamiento (como es el caso de autos), o porque ninguna de ellas haya cumplido con la manda constitucional de expedirse en forma “expresa” e “inmediata”. Agrega que una conclusión contraria iría en contra del criterio sentado por la Corte Suprema en la causa “Consumidores Argentinos” (*Fallos*: 333:633, cons. 11).



Arguye que la sentencia apelada asigna a la intervención de una de las Cámaras de Congreso, efectuada al amparo del procedimiento previsto por la ley 26.122, una validez que no tiene.

Reitera que en la interpretación que realiza el Sr. juez de grado, basta la aprobación de una de las Cámaras del Congreso para hacer cesar, impedir o tornar abstracto el control judicial de constitucionalidad fundado en la inexistencia de las circunstancias de hecho a que está constitucionalmente sujeta la validez del decreto 690/2020. Agrega que "... para este caso, habría que concluir en que el artículo 24 de la citada ley 26.122 es inconstitucional, por resultar la misma, en esa inteligencia, repugnante a lo dispuesto en los artículos 82 y 99, inciso 3 de la Constitución, el bicameralismo establecido en nuestro régimen constitucional y el principio de división de poderes" (sic).

Repara en que cabría incluso que este Tribunal declarara la inconstitucionalidad del decreto impugnado, en atención a la doctrina que emana de *Fallos*: 335:2333 ("Rodríguez Pereyra").

Plantea que la ley 26.122 es inconstitucional, en cuanto dispone el mantenimiento de la vigencia de los DNU en tanto ambas Cámaras no se hayan pronunciado por su rechazo. Postula que, de tal modo, la norma legal permite al Poder Ejecutivo obtener, con el voto afirmativo de una sola Cámara, lo que el propio Congreso no puede lograr por iniciativa propia, siendo el titular de la función legislativa, lo que desequilibra la relación entre ambos poderes.

Cita doctrina y jurisprudencia que avalan su postulación.

Destaca que, más allá de las facultades que posee el Tribunal para decretarla de oficio, su parte planteará la inconstitucionalidad de la ley 26.122 en la acción de fondo que interpondrá.

En este mismo orden de ideas, expone que el Sr. juez ha soslayado que el Sr. Presidente de la Nación –y tampoco el Congreso– no puede dictar normas que restrinjan la libertad de prensa o establecer sobre los medios de comunicación la jurisdicción federal, que es lo que ha hecho al declarar como servicios públicos a los servicios TIC.

Afirma que el planteo constitucional efectuado excede el mero interés de las partes en este proceso, ya que proyecta sus efectos sobre la comunidad, poniendo en jaque uno de los fundamentos basilares de nuestro orden democrático, como es de la libertad de expresión consagrada por la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

Constitución Nacional, por lo que el caso reviste una inusitada gravedad institucional. Insiste en que tampoco puede hacerlo el Congreso de la Nación.

Alega que el propio Congreso Nacional, al sancionar la ley 26.032, ha dejado definitivamente dispuesto “[l]a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” -sic- (art. 1º).

Puntualiza que “... la declaración de servicio público que el dispositivo ha llevado a cabo es la vía instrumental para imponer sobre los servicios Tics (incluyendo claro está la televisión por cable como medio de comunicación social) un completo, total y absoluto control estatal sobre los mismos” (sic) y que, es por ello que “... la írrita medida dictada, afecta el derecho de libertad de expresión tanto en su faz individual como colectiva” (sic).

Sostiene que el dispositivo impugnado adopta una medida que resulta a todas luces irrazonable, una decisión desproporcionada que viola así el art. 28 de la Constitución Nacional, pues si la finalidad buscada es posibilitar un mayor acceso a los servicios TIC, lo cierto es que esa finalidad está desviada, porque esconde el propósito instrumental de imponer sobre los medios de comunicación el control absoluto del Estado Nacional.

Insiste en que “[l]a finalidad no es otra que la de imponer ese control absoluto del gobierno federal, y la confiscación operada mediante la declaración de servicio público, es el medio instrumental írrito del que se ha valido para concretarla” (sic).

Cita doctrina del Alto Tribunal relativa a la libertad de expresión y de su homólogo de los Estados Unidos de América en lo relativo a la red de *Internet*.

Aduce que es claro que cualquier intromisión gubernamental en la materia (servicio de *Internet*, considerado con integrante de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión), por mínima que fuese, afecta la citada garantía.

Hace hincapié en que “... en que la máxima intervención estatal en la economía que comporta la declaración de servicio público (*publicatio*), conlleva –por ello– el máximo grado de intromisión gubernamental de entre todos los que serían posibles” (sic).



Afirma, asimismo, que el argumento de la pandemia mundial que emplea el Sr. magistrado para convalidar el DNU es –cuando menos– contrario a los hechos.

Refiere al apartado VI.2 de la sentencia apelada.

En este punto sostiene que, en primer lugar, no es cierto que los derechos humanos enumerados en el mencionado acápite de la sentencia no estuvieran suficientemente garantizados –ya– por la ley 27.078, por cuanto, conforme surge expresamente de los arts. 1º y 2º de la citada ley, su finalidad es, precisamente, garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, previa declaración de que su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad.

Explica que, entonces, el propio legislador incorporó a la categoría de derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones mediante la utilización de los servicios TIC, garantizando su ejercicio.

Sostiene que “... V.E. sabe que el principio de progresividad, que es propio de esta materia, nos informa que no hay marcha atrás posible una vez efectuada una declaración legislativa semejante, de manera que la invocación que hace el magistrado, en rigor nada le añade a lo que el legislador ya había decidido de manera categórica, y con efectos irreversibles para todos los habitantes de la República Argentina” (sic).

Añade que, por lo demás, el ejercicio de publicar ideas, profesar libremente el culto, de enseñar y aprender, de conectarse y comunicar, se encuentra garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esgrime que, en segundo lugar, “...tampoco la pandemia tiene cabida aquí como argumento que posibilite validar el dispositivo impugnado, conforme la fundamentación que hace el magistrado, desde que a la fecha del dictado del DNU 690/2020 (21/8/2020) ya no se daban las mismas circunstancias imperantes al tiempo en que el Poder Ejecutivo nacional dispuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (20/3/2020)” -sic-, sino que “[a]ntes bien, las restrictivas medidas inicialmente adoptadas a la libre circulación de personas, contaban con una muy importante cantidad de excepciones y, en cualquier caso, no se entiende cuál es la relación que existe entre profesar libremente el culto y el acceso a la red de internet, por citar un ejemplo” (sic).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

Asevera que el acceso a las redes de Telecom Argentina S.A. estuvo siempre garantizado, tal como lo demuestra la enorme proliferación de plataformas de acceso virtual (cita al respecto las de Zoom, Google, etcétera). Destaca que, lejos de estar restringidos los derechos antes enunciados, fueron los desarrollos y las multimillonarias inversiones realizadas por la firma, las que permitieron que sus clientes siguieran recibiendo, pese al incremento exponencial del uso de las redes, los servicios prestados.

Postula que, en consecuencia, la fundamentación del decisorio en este aspecto es –en la más favorable interpretación– errada.

Entiende que se encuentra acreditado que “... el derecho que da fundamento a la petición de alivio cautelar es verosímil, ya que se ha demostrado que el Presidente de la Nación Argentina ha hecho lo que ni el Congreso de la Nación hubiera podido hacer con la consecuente afectación de derechos constitucionalmente amparados que ello implicó (especialmente los derechos de propiedad, de trabajar y ejercer industria lícita y de libertad de expresión, arts. 17 y 14 CN) y que la decisión en crisis ha coonestado tan ilegítimo proceder” (sic).

3.3) Bajo el título “La completa ausencia de consideración de las graves consecuencias económicas que acarrearán las medidas impugnadas, incluyendo las provocadas al propio patrimonio público” (sic), sostiene que el fallo es también errado en lo relacionado con la acreditación del requisito del peligro en la demora, poniendo en cabeza de su parte un deber que no tiene, como es el de acreditar hechos que, por ser de público y notorio conocimiento (verbigracia; la inflación), no necesitan de ser probados.

Luego de reproducir los términos del pronunciamiento apelado que refieren a este recaudo, afirma que, en materia de fijación de precios, la regla establecida por el art. 48 de la ley 27.078, es la de la libertad, aun con la redacción dada a la disposición por el decreto de necesidad y urgencia.

Apunta que tal interpretación fue confirmada por el Estado Nacional – PEN, al presentar el informe previsto por el art. 4º de la ley 26.854, presentación en la que expresamente reconoció que los licenciatarios tienen el derecho a fijar libremente los precios de sus servicios.

Postula que, por tal razón, el Sr. juez yerra groseramente cuando invierte los términos de su análisis y pone en cabeza de su parte el deber de probar la afectación a su derecho, cuando el escenario que el decreto 690/2020 establece “... -por un lado- es el del congelamiento de precios por un



periodo de seis (6) meses (¿dónde quedó la libertad?) y luego una resolución del ENACOM que es manifiestamente irrita e ilegítima cuando se la confronta con la regla dispuesta por la ley, fija arbitrariamente los precios de los Servicios Tics y autoriza un incremento para el mes de enero del año 2021 del 5%, el cual aparte de ilegítimo es irrazonable teniendo en cuenta el índice de inflación y el aumento de costos que enfrentó la industria en el año 2020, ignorando el previo congelamiento por seis meses (¿dónde quedó la regla de que los precios deben cubrir los costos y otorgar una razonable renta?)” -sic-.

Aclara que si –tal como expuso– la regla es la libertad en la fijación de los precios, toda interferencia, restricción, alteración o supresión de aquélla no puede presumirse válida –independientemente del contenido–, y por sí sola ocasiona perjuicio –que es lo que ocurre en el *sub lite*–.

Puntualiza que la resolución ENACOM 1466/2020 no sólo consolida el congelamiento dispuesto en el decreto 690/2020 (de modo que no existirá ninguna compensación que morigere los perjuicios derivados de la circunstancia de prestar un servicio con precio inalterado, no obstante el proceso inflacionario que oficialmente se reconoce y expresa numéricamente a través de las mensuales evaluaciones que practica INDEC), sino que fija un irrazonable e injustificado aumento máximo para los licenciatarios de servicios TICs, calculado sobre los precios vigentes al 31 de julio de 2020, disponiendo que todo próximo aumento debe ser autorizado por el ENACOM previamente.

Destaca, por otro lado, que dicho precio resulta insuficiente y pone en peligro la actividad de la empresa, y que debe tenerse en cuenta que desde junio hasta diciembre de 2020 el precio de los servicios TIC estuvo congelado.

Señala que durante el año 2020, Telecom Argentina S.A. solo aumentó los precios en el mes de mayo y respecto de algunos de los servicios, en noviembre 2019, y la inflación medida por el INDEC fue de un 36.1% en dicho período; agrega que los costos laborales se incrementaron en un 39.1% ponderado en el año 2020, y los servicios de la deuda en moneda extranjera se incrementaron en un 50% por efecto de la devaluación de la moneda.

Hace hincapié en que, en tal contexto, el aumento del 15% ponderado dispuesto por su parte con relación a sus servicios venía a morigerar la difícil situación en que se encuentra la empresa con motivo del decreto 311/2020, mientras que el 5% autorizado –por quien no tiene facultades para





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

hacerlo—, es insuficiente y obliga a la firma a otorgar un subsidio —que debe soportar con su propio patrimonio— a sus clientes.

Alude a que el porcentaje del 5%, además de no compensar el atraso en los precios, aparece como insuficiente frente a la inflación proyectada para este año.

Expone que este ilegítimo accionar del ENACOM ha sido convalidado por el Sr. juez en su resolución, lo que agravia a su parte.

Manifiesta que no hace falta versación en finanzas o en economía para comprender que la inflación produce un incremento de los costos, que en el caso de una empresa de “servicios” pueden ser trasladados a los precios que percibe, y que —además— como cualquier otra actividad económica privada debe tener rentabilidad.

Apunta que “[t]ampoco hay que ser un especialista para entender qué si tal traslación a los precios de las variaciones sufridas en los costos relativos de los diferentes insumos que participan en la formación del precio, es impedida por una medida de gobierno como la que aquí se impugna, y esa medida no prevé ninguna compensación, subsidio o cualquier tipo de ayuda estatal, habrá un impacto negativo en la economía de la empresa, pues los ingresos se mantendrán nominalmente fijos mientras que sus costos se siguen incrementando” (sic).

Explicita que “... los aumentos autorizados mediante la resolución dictada por el ENACOM 1466 (5% para el mes de enero) tendientes a compensar la suspensión de aumentos del año 2020, no guardan ningún tipo de relación con el índice de inflación del país, así como tampoco con los costos que enfrentó la industria en dicho período (el índice de inflación del año 2020 de 36,1% y aumento de paritarias ocurrido durante el año 2020 de 39,5% ponderado), por lo que el aumento “autorizado” por ENACOM no sólo resulta ilegítimo sino también totalmente irrazonable, máxime cuando Telecom tuvo que soportar el aumento de la morosidad producto de las medidas adoptadas por el Decreto 311 que impidieron el corte de servicios durante 6 meses ante la ausencia de pago” (sic).

Pone de relieve que la decisión apelada omite, además, que las medidas impugnadas (DNU 690/2020 y resoluciones ENACOM 1466/2020 y 1467/2020) no han previsto compensación económica, subsidio o ayuda estatal de ninguna especie para conjurar los perjuicios producidos por el congelamiento



de precios decretado hasta el 31/12/2020, a diferencia de lo que sucede con otras actividades económicas también declaradas servicios públicos.

Precisa que la resolución apelada también soslaya que las resoluciones del ENACOM 1466/2020 y 1467/2020, imponen a Telecom S.A. la obligación de brindarle el Servicio Básico Obligatorio a todo aquel que –sin otro requisito que su simple manifestación y sin posibilidad de previa comprobación de ninguna especie– se lo solicite.

Aclara que tales circunstancias surgen de las propias resoluciones antes mencionadas, por lo que la comprobación del perjuicio que las medidas impugnadas provoca proviene de los elementos obrantes en la causa sin necesidad de mayor indagación.

Alega que el Sr. magistrado también omite considerar los restantes perjuicios debidamente identificados y acreditados por Telecom S.A. en su presentación, que son:

1. Primer perjuicio: Telecom S.A. no podrá afrontar las inversiones necesarias para la prestación de sus servicios y se verá comprometida la posibilidad de cancelar préstamos vigentes y obtener nuevos.

Señala que la industria de telecomunicaciones convergentes está sujeta a permanentes cambios significativos en materia de tecnología y a la incorporación de nuevos productos y servicios, y que para responder a esos cambios se debe dedicar un capital significativo al desarrollo, la compra y la implementación de nuevas tecnologías, lo que significa permanentes inversiones.

Recuerda que su parte ha invertido desde el 2018 el equivalente a más de 2.600 millones de dólares americanos, equiparables en promedio a más del 75% de su capacidad de generación de caja operativa según surge de los Estados Financieros Públicos y Auditados de Telecom (<https://www.cnv.gov.ar/SitioWeb/Empresas/Empresa/30639453738?fdesde=11/9/2016>).

Explica que tales sumas representan, asimismo, un promedio de inversión de 25% (2018) y 27% (2019) sobre ventas, sustancialmente mayor al promedio mundial. Añade que aproximadamente el 70% de la inversión en infraestructura y redes se realiza en moneda extranjera, por tratarse de equipamiento e insumos que sólo son suministrados por proveedores del exterior (no reemplazable por proveedores locales, por tratarse de tecnología propietaria de los países que la desarrollan), a lo que se suma que las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

licitaciones de espectro también son realizadas en dólares estadounidenses por el Estado. Repara en que para poder financiar estas inversiones, su parte no sólo utiliza sus ingresos –que son en pesos– sino que necesariamente debe tomar deuda en el mercado financiero internacional.

Patentiza que, consecuentemente, la deuda financiera de Telecom Argentina S.A está nominada en dólares estadounidenses en casi su totalidad.

Esgrime que, en consecuencia, "... la regulación de precios dispuesta por el DNU 690 y la fijación del injustificado e irrazonable aumento de 5% estipulado por la Resolución 1466 –téngase presente que la empresa en dicho período aumentó un ponderado entre todos los servicios de aproximadamente un 15%-, con la consiguiente menor disponibilidad de fondos para Telecom, compromete la posibilidad de hacer frente a: a) las obligaciones financieras pendientes de pago a la fecha; b) las necesidades de financiamiento que la empresa requiere para mantener los niveles actuales de prestación de sus servicios y ampliar su oferta, teniendo en cuenta las nefastas perspectivas anticipadas por los acreedores y potenciales inversores que se derivan de los precedentes respecto de los servicios públicos de distribución de electricidad, gas y peajes" (sic).

Remite a lo expuesto en el escrito de inicio y sus ampliaciones, donde detalladamente se explica el impacto de las medidas de gobierno cuestionadas sobre (a) las obligaciones financieras pendientes de pago; (b) la posibilidad de financiar las nuevas inversiones necesarias para mantener la actual calidad y regularidad en los servicios, a la vez que ampliar su oferta.

Recuerda que acompañó comunicaciones de algunos bancos internacionales, en las que éstos se niegan a otorgar financiación como consecuencia de la regulación de precios y la incertidumbre jurídica que crea el DNU, o en las que optan por encarecer las condiciones de financiación por el mayor riesgo asumido.

Brinda detalles sobre cuestiones relacionadas con estos aspectos (en los términos que surgen del memorial), para concluir que "... las medidas adoptadas por los demandados impiden y encarecen la obtención de nueva financiación para inversiones e infraestructura pudiendo, asimismo, generar la exigibilidad inmediata de las obligaciones financieras pendientes, debiendo destacarse que, de no concederse la medida, existe el riesgo concreto



de incumplimiento de pago o de relaciones técnicas, teniendo en cuenta los montos adeudados y necesarios para las inversiones que demanda la provisión de servicios TIC” (sic), y que nada de ello fue considerado por el Sr. magistrado de grado.

2. Segundo perjuicio: Las medidas de gobierno cuestionadas pueden conllevar que Telecom pierda el espectro adquirido al Estado Nacional necesario para prestar sus servicios 4G y sanciones económicas millonarias.

Expone que su parte se encuentra obligada a cumplimentar dos exigentes cronogramas de despliegue a los que se sometió en el marco de los procesos de asignación de espectro en los que participó, y que su incumplimiento puede determinar sanciones económicas y la pérdida del tal espectro.

Relata que: - el 27 de noviembre de 2014 y el 11 de junio de 2015 se adjudicaron a Telecom Argentina S.A. determinadas bandas de frecuencias de espectro por el que pagó la suma de U\$S 658 millones de dólares; - el Pliego de Bases y Condiciones del Concurso respectivo estableció diversas obligaciones de cobertura y de despliegue de red, que requieren significativas inversiones que fueron estimadas oportunamente en aproximadamente U\$S 450 millones y cuyo incumplimiento puede acarrear importantes sanciones y efectos adversos para la empresa; en efecto, dentro de las condiciones dispuestas por el pliego (art. 21 y Anexo III) se establecieron obligaciones de cobertura que incluyen tanto localidades como corredores viales a desplegar en 5 etapas; - dichas etapas comenzaron el 27 de febrero de 2018 y está prevista su finalización hacia el primer trimestre del año 2023; - a la fecha de inicio del presente, la inversión necesaria para ejecutar las obligaciones pendientes de cumplimiento ascienden a un monto de U\$S 91.8 millones de dólares.

Pone de relieve que Telecom Argentina S.A. tuvo en consideración la posibilidad de fijar libremente el precio de sus servicios a la hora de definir la inversión en la adquisición de espectro, sus condiciones comerciales (precio) y su posibilidad de recupero, como así también las obligaciones de despliegue y cobertura, y su costo.

Indica que para poder cumplir con las obligaciones pendientes se requiere un determinado flujo de dinero que, teniendo en cuenta la regulación de precios estipulada por el DNU, el aumento fijado por el ENACOM y la imposibilidad de acceder al mercado financiero internacional (sea por negativa





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

de los bancos a prestar o por el encarecimiento que lo vuelve inaccesible), resulta difícil de obtener para Telecom Argentina S.A., pudiendo ser pasible de las consecuencias previstas, entre ellas, la caducidad.

Puntualiza que a ello se suma que conforme el art. 541 del pliego, a los efectos de afianzar las obligaciones y responsabilidades asumidas, Telecom Argentina S.A. debió constituir una garantía de cumplimiento por una suma equivalente al 15% del monto total de los MHz. adjudicados (póliza de caución por la suma de \$53.210.487 dólares estadounidenses, la cual garantiza el cumplimiento total de las obligaciones de despliegue a las que se obligó la licenciataria).

Alega que, por lo tanto, si se limita o impide la financiación exterior y el flujo de fondos producto de la fijación de precios, Telecom Argentina S.A. podría encontrarse en la situación de no poder cumplir en tiempo y forma con las obligaciones asumidas ante el Estado Nacional, lo que determinará la ejecución de la garantía de cumplimiento y la caducidad de las autorizaciones del uso del espectro asignado, lo que implica no sólo la pérdida de las sumas abonadas sino también la imposibilidad de continuar prestando los servicios de 4G (perjudicando ello tanto a la firma como a los usuarios).

Recuerda que el proceso de reasignación de espectro utilizado oportunamente por la empresa NEXTEL –cuya continuadora es hoy Telecom S.A.– fue aprobado mediante la resolución ENACOM N° 1.299/2017 para prestar el servicio de SCMA en las frecuencias cuya atribución fuera modificada mediante las resoluciones ENACOM N° 1.033 y 1.034/2017, fijándose el valor en U\$D 178.419.397, los cuales se pagaron de la manera indicada en el punto VI del escrito inicial. Añade que Telecom Argentina S.A. tiene también obligaciones de despliegue pendientes de cumplimiento, detalladas en el Anexo II, conforme al cronograma allí establecido, el cual finaliza en 2024.

Insiste en que la no ejecución del cronograma por motivo de las medidas dispuestas por los demandados y las consecuencias que ellas generan, puede implicar la pérdida del espectro reasignado y la ejecución de una póliza de caución constituida según surge de los instrumentos respectivos que se adjuntaron, a la vez que daños concretos en los servicios de telefonía móvil de Telecom que impactan de lleno en todos sus usuarios.



Señala que pese a su trascendencia e impacto sobre los servicios TIC que presta Telecom Argentina S.A., tampoco este perjuicio fue considerado por la resolución cuestionada.

Arguye que la decisión del Sr. magistrado omite considerar el impacto negativo que las medidas impugnadas tienen en el propio patrimonio del Estado Nacional (quien, a través de ANSES, participa en el capital accionario de Telecom Argentina S.A. con el 11,34% de su capital social).

Recalca que cuando su parte "... impugna las confiscatorias medidas, no solamente está defendiendo su patrimonio, sino el del Fondo de Garantía de Sustentabilidad que administra el referido organismo de la seguridad social el que sin ninguna duda se ha visto seriamente afectado ya que al 22 de octubre de 2020 sus acciones cotizaban a 269,50 haciéndolo a 176,00 al día de la fecha" (sic), y que "... esta información también es pública y de fácil acceso a través de la web" (sic).

Expresa que el perjuicio es irreparable y la pérdida de ANSES irreversible, porque cuando la sentencia de fondo se pronuncie por la ilegitimidad de las medidas impugnadas en autos, no habrá ninguna posibilidad de revertir las negativas consecuencias de ellas derivadas. Destaca entonces que la pérdida patrimonial –en caso de no accederse a la cautela– será irreparable, tanto para los accionistas privados de la firma, como para el accionista público.

Postula que, por tal razón, resulta criticable el razonamiento del Sr. magistrado consistente en que su parte no ha acreditado el perjuicio irrogado que no puede ser subsanado con el dictado de una sentencia definitiva favorable; ello en tanto "... las medidas impugnadas no han previsto ninguna compensación, ni subsidio, ni ayuda estatal de ninguna especie y la sentencia que admita la acción no lograría repararlos porque es ostensible que a medida que el tiempo pasa los perjuicios ya son irreversibles, debiendo haber priorizado, incluso el inferior, el principio de prevención legalmente estipulado" (sic).

Manifiesta que si bien actualmente su parte se encuentra cumpliendo con lo dispuesto en la resolución ENACOM 1467/2020 (prestación básica universal), ello no implica consentir la ilegalidad de dicha norma, obedeciendo dicho cumplimiento –en forma exclusiva– al hecho de evitar sanciones y consecuentes mayores perjuicios a la empresa.

Pone en conocimiento del Tribunal que, sin perjuicio de ello, la empresa continúa con su compromiso de prestar servicios a sectores de bajos recursos en condiciones diferenciales.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

Peticona que se revoque la decisión apelada y en consecuencia de ello, que se ordene la suspensión con carácter de medida cautelar de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del DNU 690/2020 y de las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020.

4º) Que al contestar el traslado del memorial, luego de efectuar aclaraciones previas vinculadas al examen de los antecedentes que configuran la cuestión bajo análisis y de realizar una reseña del pronunciamiento recurrido, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) sostiene que el escrito recursivo de su contraria no significa más que la mera expresión de disconformidad con lo decidido sin un sustento lógico-jurídico suficiente, advirtiéndose una llamativa insustancialidad en orden a las exigencias del art. 265 del C.P.C.C.N..

En este sentido, agrega que la pretendida fundamentación reitera distintas objeciones ya formuladas, lo cual no constituye una crítica concreta y razonada del fallo, razón por la que solicita que el recurso de la parte actora sea declarado desierto.

Asimismo, responde cada uno de los agravios de su contraria, analizando en primer lugar lo manifestado respecto de las presuntas omisiones del juzgador y las alegaciones vinculadas a la inconstitucionalidad del decreto 690/2020.

En cuanto a ello, señala que la parte actora se limita a reseñar los fundamentos expuestos en su presentación inicial y destaca que no existió omisión alguna, que las cuestiones han sido abordadas, evidenciándose la esterilidad de las objeciones introducidas para conmovir la legitimidad del decreto en cuestión.

Sin perjuicio de lo expuesto, analiza las argumentaciones y, refiriéndose al art. 48 de la ley 27.028, afirma que nunca se verificó el estado de libertad absoluta que pregona la accionante sobre el establecimiento de los precios de los servicios TIC, los cuales deben ser “justos y razonables”. Asimismo, aclara que el decreto 690/2020 no introdujo modificaciones al respecto, manteniendo la fórmula para la determinación de precios.

Aborda también las referencias de la actora sobre una supuesta afectación de la libertad de expresión, para lo cual sostiene que las disposiciones del decreto en cuestión no tienen incidencia alguna en cuanto a



los contenidos que se transmiten por las redes de servicios de TIC; ello de conformidad con lo establecido por el art. 1 de la ley 27.078.

Por otra parte, realiza determinadas aclaraciones acerca del régimen del Servicio Universal –lo define y pondera su finalidad, como así también los principios, procedimientos y disposiciones por las cuales se rige–, su relación con el aporte al fondo fiduciario que efectúan las prestatarias de los servicios TIC y la Prestación Básica Universal Obligatoria establecida por el decreto 690/2020.

En particular, destaca que, dado el carácter dinámico de los factores que inciden en la materia regulada, los valores de la Prestación Básica Universal podrán ser adecuados cuatrimestralmente considerando las variables de ajuste aplicadas a la Asignación Universal por Hijo y examinando otros parámetros que determine prudencialmente el ENACOM, tal como ha ocurrido con los aumentos del 14% establecidos por la Resolución 205/ENACOM/21 en el servicio de Internet a partir del 1º/03/2021.

Por ello, a diferencia de lo sostenido por la apelante, considera que las obligaciones de las licenciatarias no se reducen a la mera contribución del 1% de sus ingresos para la conformación del fondo fiduciario, sino que se integran con el cumplimiento de las condiciones de prestación que establezca legítimamente el ENACOM en ejercicio de sus facultades reglamentarias.

Luego, en relación al segundo agravio de la recurrente, aduce que la queja vinculada a que el Sr. juez de grado habría resignado su función constitucional de controlar los actos de gobierno resulta de orden genérico e impreciso.

En relación a ello, precisa que el decreto 690/2020 ha seguido el trámite constitucional previsto al efecto por el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional y la ley 26.122, y recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “[l]a misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades” (*Fallos*: 338:779).

A su vez, sostiene que “... si el constituyente dispuso la facultad de dictar DNU, lo hizo con la finalidad de que dicha norma, dictada en una coyuntura excepcional, tuviera continuidad y vigencia. Pues, justamente actos de esta naturaleza, tienen por objeto medidas de política pública,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

económicas, sociales, sanitarias, que no admiten demoras. De este modo, no tendría el más mínimo sentido dictar un acto normativo de estas características, para que no tenga continuidad y vigencia (...) Por lo tanto, lo razonable es que el decreto permanezca vigente hasta que el Congreso exprese lo contrario” (sic).

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende favorables a su tesis, sosteniendo que esta Cámara ya ha tenido oportunidad de expedirse sobre la naturaleza del régimen delineado por la ley 26.122, habiendo avalado su constitucionalidad.

Considerando descartadas las impugnaciones efectuadas en relación a la ley mencionada, la codemandada refiere a la verificación de los requisitos de necesidad y urgencia en la especie, a la supuesta ilegitimidad de la delegación de potestades reglamentarias realizada por el decreto 690/2020 a favor del ENACOM y la presunta afectación –ya mencionada– del derecho de libertad de expresión.

Para ello, sostiene una vez más que las cuestiones han sido profundamente desarrolladas en el informe previo presentado en los términos del art. 4° de la ley 26.854, remitiéndose a las argumentaciones y razonamientos aportados en dicha oportunidad.

Respecto a la primera de las cuestiones referidas, cabe destacar que expresa que para comprender el dictado del decreto bajo análisis resulta necesario considerar la grave situación sanitaria causada por la pandemia originada por el Sars-Cov-2, sus múltiples implicancias en todos los órdenes de la vida social y, en particular, la trascendental relevancia que adquirieron en aspectos laborales, económicos, sociales, culturales y educacionales, los servicios de TIC regulados por la ley 27.078.

Hace hincapié en que la crisis epidemiológica operó como elemento verificador del requisito de “urgencia” que debe ser tenido en cuenta en el caso, mientras que la trascendencia adquirida por los servicios da sustento al presupuesto de “necesidad”.

Al contestar el traslado del memorial, el ENACOM también hace alusión a los agravios de la accionante referidos al examen efectuado en torno a la falta de consideración de las consecuencias económicas de la medida adoptada en virtud del decreto 690/2020 y a la acreditación del requisito del peligro en la demora.

Sostiene que el tratamiento otorgado por el Sr. magistrado de primera instancia es correcto, ya que las manifestaciones de la accionante no



alcanzan para tener por acreditado el requisito mencionado. En relación a este punto, citando jurisprudencia que considera favorable a su postura, manifiesta que lo alegado por la empresa se circunscribe a razones individuales y económicas, excediéndose el acotado marco cognitivo de las medidas cautelares y tornándose improcedente el análisis de la prueba pretendido por Telecom Argentina S.A.

Por otro lado, refiere a las disposiciones incluidas en las normas impugnadas, las cuales entiende que importan la razonable implementación de un segmento de las políticas públicas diseñadas para el sector comunicacional, cuya principal referencia normativa la constituye la ley 27.078.

En este sentido, destaca que es tarea del Gobierno Nacional implementar políticas públicas con el fin de eliminar la existencia de inequidades, resolviendo la urgente necesidad en materia de conectividad y acceso a los servicios de TIC para las franjas sociales más postergadas.

Afirma que, para la adopción de disposiciones específicas, ha tenido que ponderar una multiplicidad de circunstancias fácticas, normativas y técnicas, procurando tutelar los derechos de los usuarios y consumidores de los servicios TIC, como así también los intereses de las prestatarias, garantizando los niveles de inversión y competencia que requiere el sector comunicacional.

Pone de relieve que la resolución 1466-ENACOM/20 ha tenido en cuenta todos los elementos estimados prudencialmente como relevantes para la operación y que "...ha arribado al porcentaje antes aludido garantizando el cumplimiento de la premisa consignada por el DNU 69/2020, referida a que el precio de tales servicios debe cubrir los costos, las inversiones y una ganancia razonable" (sic).

Considera que "los precios establecidas en las Resoluciones 1466-ENACOM/ 20, 27-ENACOM/ 21 y 28-ENACOM/ 21 persigue la justicia y razonabilidad en los precios minoristas de los servicios TICs subyaciendo los inexorables valores sociales de equidad, igualdad y consecución de derechos, pues la esencialidad de tales servicios conlleva necesariamente su acceso indiscriminado en garantía de los derechos fundamentales de las partes que se satisfacen no solo a través sino a partir de ellos" (sic).

Concluye que, al agraviarse la actora de que no se haya tratado la imposibilidad de afrontar inversiones necesarias para la prestación de sus servicios, cuestión que –según ella– compromete la posibilidad de cancelar





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

los préstamos vigentes y obtener nuevos, parece confundir la tutela cautelar pretendida con la declaración de un derecho que –en su oportunidad– será materia de consideración para el caso que se promueva una declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, desvirtuando de esta forma el objeto de la medida y pretendiendo un anticipo de sentencia.

Por último, la codemandada efectúa una reseña de las resoluciones más actuales dictadas en la especie, estas son las Nros. 27, 28, 204 y 205 – ENACOM/21.

Aclara que se ha realizado un desarrollo continuo de la política regulatoria, efectuando un seguimiento cotidiano de las variables implicadas, estudiando su evolución y proponiendo medidas necesarias para lograr un justo equilibrio de los factores en juego. Entre éstas, destaca que se encuentran las últimas dos resoluciones mencionadas, las cuales autorizaron el incremento del valor de los precios minoristas de los Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet (SVAINT) y de los Servicios de Radiodifusión por Suscripción por Vínculo Físico y/ o Radioeléctrico (SRSVFR), por un lado, y establecieron los nuevos valores de la Prestación Básica Universal Obligatoria (PBU), por el otro.

En tales términos, considera que deben rechazarse los agravios manifestados por la parte actora, confirmándose el decisorio del señor juez de grado, con expresa imposición de costas a su contraria.

5º) Que, a su turno, con fecha 17 de marzo de 2021, el Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros, formula sus réplicas, efectuando –en primer término– una reseña de la resolución impugnada por la parte actora y solicitando que se declare desierto el recurso presentado; ello en los términos de los artículos 265 y 266 del C.P.C.C.N..

Sostiene que la apelación bajo análisis no resulta una refutación concreta y razonada de los fundamentos dados por el Sr. juez *a quo*, que la accionante se ha limitado a reiterar los argumentos expuestos en su presentación inicial y que simplemente expresa su disconformidad con lo decidido.

Luego, recuerda que los jueces no tienen la obligación de tratar todos y cada uno de los argumentos vertidos por las partes litigantes, y que están facultados para considerar solo aquellas manifestaciones relevantes



para la resolución del conflicto planteado, tal como aconteció en la sentencia de grado.

Desde esta perspectiva, procede a contestar cada uno de los agravios de su contraria, analizando en primer lugar aquél referido a la omisión de diversos argumentos que hubieran justificado el dictado de la medida cautelar peticionada. Destaca que resulta erróneo el razonamiento consistente en que el Sr. magistrado de primera instancia debió ponderar todos y cada uno de los planteos esgrimidos, aclarando que sólo existe arbitrariedad cuando la sentencia impugnada se funda en la mera voluntad de los jueces o no sigue una secuencia lógica de los hechos o una derivación razonada del derecho vigente.

Asimismo, esgrime que ninguno de los planteos de la accionante resulta trascendental para afectar la validez del pronunciamiento y que, a diferencia de lo manifestado por su contraria, se encontraban verificados los requisitos para el dictado del decreto 690/2020, normativa aplicada con el único fin de equilibrar los derechos entre los prestadores y usuarios de servicios esenciales para la ciudadanía.

Por otro lado, en cuanto a la queja de la actora relacionada con el uso de facultades legislativas que ha hecho el Poder Ejecutivo Nacional, señala que éste se encuentra habilitado ante la concurrencia de dos supuestos: la imposibilidad del Congreso de deliberar ante causas de fuerza mayor que se lo impidan y la urgencia de la situación que no permite el tratamiento en tiempo (cfr. el precedente “Verrocchi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Por ello, sostiene que las normas han sido dictadas en cumplimiento de todos los requisitos que hacen a su constitucionalidad.

Pondera que, los efectos del decreto 690/2020 y de las resoluciones ENACOM 1466 y 1467 del 2020, constituyen una decisión política pública a efectos de proteger el derecho de acceso a la telefonía móvil y a los “Servicios TIC”, siendo éstos, derechos que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión, al acceso a la justicia, a trabajar, a la educación, salud, y alimentación entre otros. Según manifiesta, a través de ellas no se ha hecho más que considerar la situación de emergencia que atraviesa el país y la afectación del poder adquisitivo de los usuarios, buscando tutelar a los sectores más vulnerables, para garantizar y promover los niveles de inversión y el desarrollo de la competencia.

Agrega que la resolución ENACOM 1466/2020 fijó aumentos para el mes de enero de 2021 y que, en su artículo 2°, estableció que cualquier





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

empresa que los considerase insuficientes podría requerir un porcentaje superior de forma fundada, no generándose perjuicio alguno y resultando conjetural cualquier suposición efectuada por la accionante.

A continuación, en relación al agravio referido a la falta de ejercicio del control de constitucionalidad sobre los actos de gobierno, aduce que la recurrente se limita a cuestionar la presunción de legitimidad de dichos actos sin agregar consideración alguna que busque desarticular los fundamentos de lo decidido en primera instancia. Sin perjuicio de ello, aclara que el Sr. juez *a quo* analizó el cumplimiento de los requisitos para el dictado del decreto, la materia objeto de regulación y la situación de emergencia, realizando de esta forma el control de constitucionalidad y de verosimilitud en la ilegitimidad de la norma atacada.

Añade que el Sr. magistrado de grado descartó abordar la cuestión con mayor profundidad debido a que ello hubiera importado ir más allá del análisis propio de una medida cautelar. En este sentido, cita jurisprudencia del Máximo Tribunal y recuerda que las medidas cautelares que impliquen la suspensión de actos públicos que se presumen legítimos, son extraordinarias, ya que significan juzgar sobre la constitucionalidad de la norma y un adelantamiento de sentencia respecto de los planteos que son pretensión principal de los procesos de fondo.

Por otro lado, hace hincapié en la situación de la reglamentación de los servicios TIC para el momento en que se inició la emergencia sanitaria, y aclara que el derecho a la explotación de los mismos siempre estuvo sujeto a la reglamentación establecida por el Estado Nacional por un plazo determinado.

Luego, a fin de ponderar la incorporación que realiza el decreto 690/2020 de aquellas normas que velan por la defensa de los derechos de la ciudadanía y la posibilidad de ejercer el debido control del servicio público por parte del organismo regulador (art. 15 de la ley 27.078), efectúa una reseña del DNU 267/2015, el cual sostiene que abandonó de plano la idea del acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como un derecho humano, dejándolos librados a ley de la oferta y la demanda como una simple mercancía.

Considera que, al declararse el mismo “servicio público esencial y estratégico” para todos los actores intervinientes, se asegura el acceso de la ciudadanía a los Servicios TIC. A todo evento, señala que el



decreto 690/2020 fue dictado en plenas atribuciones de las facultades presidenciales (artículo 99, inc. 3º, CN), en un contexto inédito en el país y a nivel mundial.

En consecuencia, entiende que los decretos sancionados tienen plena justificación en dicho contexto y que la crisis ocasionada por el coronavirus ubicó a la conectividad en el centro de la escena, requiriéndosela en innumerables actividades laborales de amplios sectores de la economía, en diversos ámbitos profesionales y sociales, como así también a nivel educativo.

En cuanto a esta cuestión, finalmente, esgrime que –sin ninguna duda– la emergencia exigía una inmediata respuesta normativa, que fue brindada por el Poder Ejecutivo Nacional por medio del decreto 690/2020 (21/08/2020) y declarada válida por el Honorable Senado de la Nación (resolución 95/2020, del 3/09/2020).

Añade que “en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores una gran cantidad de proyectos de ley, presentados por diferentes fuerzas políticas, tanto del oficialismo como de la oposición, que coinciden en categorizar como servicios públicos a la telefonía móvil, las TIC e Internet. Por ello, el DNU N° 690/2020 se inserta en esta corriente legislativa multipartidaria, y en el mismo sentido, viene a reponer una mínima parte de las normas dejadas sin efecto por el citado DNU N° 267/2015” (sic).

Contesta también los agravios de la apelante respecto de la constitucionalidad de la ley 26.122, ponderando –en primer término– que la aplicación de la misma no fue cuestionada en el escrito inicial de las presentes actuaciones, no habiéndose sometido la cuestión a conocimiento del Sr. juez de primera instancia y, por lo tanto, resultando tardío su planteo y no correspondiendo su tratamiento (art. 277 del C.P.C.C.N.).

A pesar de ello, señala que la citada norma resulta constitucional en todos sus términos y que la recurrente no ha sido clara al expresar agravios, ya que confunde el control de constitucionalidad que efectúa el Poder Judicial con aquél que debe realizar el Congreso de la Nación en el marco de dicha ley. Aclara que el Sr. juez *a quo* analizó los requisitos del DNU y el trámite constitucional seguido para su dictado, considerando que no podía tenerse por acreditada la verosimilitud del derecho en aquel estado inicial del proceso.

A su vez, al igual que el ENACOM, sostiene que “el constituyente dispuso la facultad de dictar un DNU, lo hizo con la finalidad de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

que dicha norma, dictada en una coyuntura excepcional, tenga continuidad y vigencia. Pues justamente actos de esta naturaleza, tienen por objeto medidas de política pública, económicas, sociales, sanitarias, que no admiten demoras. De este modo, no tendría el más mínimo sentido dictar un acto normativo de estas características, para que no tenga continuidad de vigencia. Además, la Ley Fundamental tampoco estableció límites a la vigencia de dicho Decreto. Por lo tanto, lo razonable es que el Decreto permanezca vigente hasta que el Congreso exprese lo contrario” (sic).

Agrega que la inconstitucionalidad articulada en cuanto a que la ley 26.122 requiere que ambas Cámaras deban pronunciarse por el rechazo del DNU para que éste pierda vigencia, debido a que permite al Presidente imponer su voluntad al Congreso, no es más que una conjetura política que excede el marco jurídico a analizar, y que subestima la actuación del Congreso. Ello así, bajo el entendimiento de que las respectivas Cámaras no sólo tienen la capacidad de aprobar o rechazar el decreto, sino también las potestades ordinarias para derogarlo por ley.

Respecto de la vulneración de la libertad de expresión invocada por la parte actora, señala que los efectos del decreto 690/2020 exceden sus intereses y que aquél tiene por objeto posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, siendo libres los contenidos de todos los medios de comunicación con plena libertad de expresión, de opinión y de imprenta.

Por último, formula sus réplicas en cuanto a la queja de la actora vinculada a la no consideración de las graves consecuencias económicas que acarrearán las medidas impugnadas.

Para ello, refiere a los estados financieros de la empresa e indica que, a pesar del contexto desfavorable atravesado durante la pandemia, aquélla ha tenido un considerable crecimiento económico en la región, demostrando resultados financieros sólidos con ingresos y beneficios netos millonarios tanto en 2019, como en el primer semestre del 2020, no viéndose afectada su situación por la suspensión dispuesta en el art. 4º del decreto 690/2020.

Asimismo, manifiesta que la accionante omitió mencionar las subsiguientes autorizaciones del ENACOM para proceder al aumento de sus tarifas. En este punto, hace referencia a determinadas resoluciones del ente,



estas son: la n° 1466/2021 (establece un aumento de tarifa del 5% a partir del mes de enero de 2021), la n° 27/2021 (aumento del 7% para el mes de febrero en relación a los precios autorizados mediante la resolución anterior) y la n° 204/2021 (dispone que las Licenciatarias de Servicios de Telefonía Fija, de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, de Servicios de Radiodifusión por Suscripción mediante Vínculo Físico o Radioeléctrico y de Servicios de Radiodifusión por Suscripción mediante vínculo Satelital, podrán incrementar el valor de sus precios minoristas en marzo de 2021, tomando como referencia los precios vigentes y autorizados mediante las mencionadas resoluciones).

En tales términos, solicita que se rechace el recurso interpuesto por la parte actora y que, en consecuencia, se confirme la sentencia dictada con expresa imposición de costas.

6º) Que, conforme se desprende del escrito de inicio –ver “SOLICITA URGENTE DICTADO DE MEDIDA CAUTELAR. OFRECE PRUEBA. PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 26.854. INTRODUCE CUESTIÓN FEDERAL. SOLICITA RESERVA DEL EXPEDIENTE [17/09/2020 16:50]”, incorporado al sistema de gestión judicial el 22/9/2020–, Telecom Argentina S.A. (empresa que tiene por actividad principal la prestación de servicios de telecomunicaciones, actualmente denominados por la ley 27.078 como Servicios de las Tecnologías y las Comunicaciones (TIC); entre ellos principalmente los servicios de telefonía básica, telefonía móvil, acceso a internet y televisión por cable -ver página 6 de la demanda-), solicitó el dictado de una medida cautelar contra el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) y el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), a los efectos de que se suspendiera a su respecto, la aplicación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 690/20.

Señaló que dicha medida apuntaba a la suspensión de la aplicación y los efectos de la citada disposición de carácter legislativo emanada del PEN, en razón de su palmaria nulidad absoluta e insanable, en tanto dicho dispositivo violentaba lo establecido en los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75.22, 76 y 99.3 de la Constitución Nacional, además de lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Luego de efectuar la exposición del caso (*thema decidendum*), y de anunciar que oportunamente iniciará la acción principal, refirió, en los distintos capítulos de su presentación inicial, a:





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

-los servicios prestados por la firma, el marco normativo y los derechos adquiridos bajo tal marco, y al servicio prestado bajo un régimen de competencia con libertad de precios;

-la procedencia de la medida cautelar: 1.- verosimilitud del derecho invocado (- la violación del derecho de propiedad y la declaración de servicio público como mecanismo para el despojo de la titularidad de los servicios; la violación a la libre competencia y a ejercer toda industria lícita (art. 42 de la Constitución Nacional); - la inconstitucionalidad del congelamiento transitorio de precios; - la violación al régimen del servicio público y la ausencia de marco normativo que desconoce el art. 42 de la Constitución Nacional; - la inconstitucionalidad del DNU por violación de las exigencias del art. 76 de la Constitución Nacional para la delegación de facultades legislativas; - la inconstitucionalidad por imposición de cargas no previstas originalmente y totalmente injustificadas (Prestación Básica Universal Obligatoria); - la inconstitucionalidad del DNU por no configurarse los presupuestos para su dictado y por instrumentar modificaciones legislativas de carácter permanente; - la inconstitucionalidad del DNU por la existencia de una ley de emergencia pública que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo y se encuentra vigente; - la ilegalidad del DNU por desviación de poder y la falsedad de las motivaciones invocadas por aquél; - la violación del principio de razonabilidad; - la afectación a la libertad de prensa, control absoluto del Estado sobre la red de internet y telefonía móvil); - 2.- el peligro en la demora (- daños concretos y actuales; - perjuicios causados 1 a 3); - 3.- el interés público comprometido; ausencia de perjuicio al Estado; 4.- inexistencia de otra medida; 5.- falta de identificación de la medida cautelar con el resultado del proceso; - 6.- contracautela (solicita que se fije una caución juratoria).

Paralelamente, planteó la inconstitucionalidad de la ley 26.854 (arts. 4°, 5°, 6°, 9°, 10, 11, 13, 15 y 16).

Ofreció la prueba documental detallada en el acápite IX de la demanda y, en subsidio, para el caso que aquella fuera desconocida, el libramiento de oficio a fin de acreditar su autenticidad.

Introdujo la cuestión federal, pidió la reserva del expediente y, por último, efectuó una reseña de las cuestiones planteadas.

La documental se encuentra acompañada mediante los archivos presentados el 17 de septiembre de 2020 e incorporados al sistema de gestión judicial el 22 de septiembre de 2020 (anexos 1 a 7).



Con posterioridad, mediante la presentación efectuada el 30 de diciembre de 2020, denunció hechos nuevos y amplió la solicitud de medida cautelar –ver: “DENUNCIA NUEVOS HECHOS. AMPLIA SOLICITUD DE URGENTE DICTADO DE MEDIDA CAUTELAR. OFRECE PRUEBA. MANTIENE CUESTIÓN FEDERAL. [30/12/2020 12:27]”, incorporado al sistema el 15 de enero de 2021–.

Así en este último escrito, denunció que con posterioridad a la promoción de estos obrados se habían publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina las resoluciones Nros. 1466/2020 y 1467/2020, ambas dictadas por el Ente Nacional de Comunicaciones el 18 de diciembre de 2020.

Amplió la medida cautelar previamente peticionada, solicitando que se dispusiera la suspensión respecto de su parte, de la aplicación de las resoluciones ENACOM 1466/2020 y 1467/2020, ya que las mismas se habían emitido “reglamentando” el cuestionado e ilegítimo DNU 690/20, siendo una consecuencia del mismo.

Señaló que la solicitud formulada se explicaba en razón de la palmaria nulidad absoluta e insanable de las resoluciones del ENACOM mencionadas, en tanto dichos dispositivos eran una consecuencia del DNU 690/2020, que agravaban las afectaciones enunciadas en el escrito de inicio (en lo que se refería a lo establecido en los artículos 14, 17, 19, 28, 31, 32, 33, 42, 75.22, 76 y 99.3 de la Constitución Nacional, además de lo previsto en el artículo 30 de la Convención IDH con el alcance que a dicha norma le ha asignado la Opinión Consultiva de la Corte IDH 6/86) imponiendo además a su parte, en su carácter de licenciataria de los servicios de TIC, cargas que demandaban un esfuerzo económico excepcional, sin compensación de ninguna especie, que quebraba en forma manifiesta el necesario equilibrio económico financiero que permitía la prestación de un servicio de calidad y en condiciones regulares, circunstancias éstas que no eran exigidas a ningún otro prestatario de un “servicio público”.

A su turno, el ENACOM y el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros – Dirección General de Asuntos Jurídicos – Dirección de Asuntos Contenciosos) presentaron los informes previstos por el art. 4º de la ley 26.854 –ver “ENACOM PRESENTA INFORME ART. 4 LEY N° 26.854 [31/10/2020 19:52]” e “INFORME ART 4 LEY 26854 - PARTE 1 [02/11/2020 12:37]” e *idem* PARTE 2, incorporados al sistema el 3 de noviembre de 2020–, y, con posterioridad, la contestación al traslado del hecho nuevo y el informe





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

relacionado con la ampliación de la medida cautelar –ver “CONTESTA TRASLADO SOBRE HECHO NUEVO. INFORME ART 4 LEY 26854. MANTIENE CUESTIÓN FEDERAL [26/01/2021 11:53]” y “SOLICITA SE RESUELVA PEDIDO DE CONEXIDAD. PRESENTA INFORME ART 4 LEY 26854 - PARTE 1 [25/01/2021 11:17]” e *idem* PARTE 2, incorporados al sistema el 26 de enero de 2021–.

Tal como se vió, el Sr. juez de feria rechazó la medida cautelar solicitada por los motivos que han sido reseñados en el considerando 1º del presente pronunciamiento y la parte actora apeló dicho decisorio. Tanto los agravios de la accionante como las contestaciones de las demandadas han sido reseñadas más arriba, en los considerandos 3º, 4º y 5º.

Resta señalar, que con fecha 11 de marzo de 2021, la actora presentó un escrito, por el que formuló determinadas manifestaciones con relación al dictado de la resolución ENACOM N° 204/2021, informado por la codemandada ENACOM –ver “MANIFIESTA [11/03/2021 00:28]”, incorporado al sistema ese mismo día–.

En dicha presentación, indicó que tal dispositivo fijaba aumentos para los diferentes servicios TIC para el mes de marzo de 2021, los cuales sólo podían ser aplicados por aquellos licenciatarios que hubieran cumplido con las ilegítimas resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020 y 1467/2020, lo cual no era el caso de Telecom.

Apuntó, asimismo, que “[e]n consecuencia, al ser una derivación del DNU 690, dicha resolución resulta nula de nulidad absoluta al igual que aquella norma” (sic), y que “...resulta nula por poseer los mismos vicios propios que posee la resolución 1466 y que la descalifica como acto administrativo válido al contrariar la letra del artículo 48 de la ley 27.078 –incluso en la redacción fijada por el DNU–, fijando el precio de los servicios Tics, debiendo incluso destacarse que los ilegítimos aumentos dispuestos resultan absolutamente irrazonables e injustificados” (sic).

7º) Que se debe comenzar por referir, como primera aproximación al asunto, al texto de las normas del decreto 690/2020 y de las resoluciones ENACOM 1466/2020 y 1467/2020, cuya aplicación se solicita suspender cautelarmente.

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 690/2020, el Sr. Presidente de la Nación dispone:



“ARTÍCULO 1°- Incorpórase como artículo 15 de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N° 27.078, el siguiente texto:

‘Artículo 15- Carácter de servicio público en competencia. Se establece que 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 son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad’;

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

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

Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta.

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

“ARTÍCULO 3°- Incorpórase, como segundo párrafo del artículo 54 de la Ley N° 27.078, el siguiente:

‘Incorpórase como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades. Los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación.

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

“ARTÍCULO 4°- Suspéndese, en el marco de la emergencia ampliada por el Decreto N° 260/20, cualquier aumento de precios o modificación de los mismos, establecidos o anunciados desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades.

Esta suspensión se aplicará a los servicios de televisión satelital por suscripción.”;

“ARTÍCULO 5°.- Las prestadoras deberán dar adecuada publicidad a lo dispuesto en el presente decreto respecto de los servicios a su cargo.”;

“ARTÍCULO 6°.- Designase como Autoridad de Aplicación del presente decreto al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), el que deberá dictar las normas complementarias necesarias para el cumplimiento del presente decreto.”.

Por su parte, y en cuanto concierne a la reglamentación emitida como consecuencia del decreto objeto de cuestionamiento, tiénesse presente que la resolución RESOL-2020-1466-APN-ENACOM#JGM, emanada del Directorio del ENACOM, establece, en cuanto interesa a los fines de la decisión por adoptar:

“ARTÍCULO 1°.- PRECIOS de SERVICIOS. Los licenciatarios de Servicios de TIC que presten servicios de Acceso a Internet, de Radiodifusión por Suscripción mediante vínculo físico, radioeléctrico o satelital; Servicio de Telefonía Fija y de Comunicaciones Móviles -todos con sus distintas y respectivas modalidades-, podrán incrementar el valor de sus precios minoristas, hasta un CINCO POR CIENTO (5 %) para el mes de enero de 2021.

Para el caso de los licenciatarios que posean menos de CIENTO MIL (100.000) accesos y que no hubieran aumentado sus precios en cualquiera de sus planes y servicios durante el año 2020, podrán incrementar el valor de sus precios minoristas, hasta un OCHO POR CIENTO (8%) para el mes de enero de 2021.

Para establecer los porcentajes aprobados, se deberán tomar como referencia sus precios vigentes al 31 de julio 2020”;

“ARTÍCULO 2°.- Disponer que cualquier pretensión particular de incremento de un porcentaje superior a los establecidos en el Artículo 1° deberá solicitarse con carácter excepcional y fundarse debidamente a través de documentación fehaciente, en el marco del Artículo 48 de la Ley N° 27.078 (texto dado por el DNU N° 690/20).

Los licenciatarios de Servicios de TIC estarán sujetos a los porcentajes de aumento establecidos por el Artículo 1° de la presente hasta



tanto no medie autorización expresa por parte de esta Autoridad de Aplicación para su modificación, previa evaluación de la solicitud en los términos del párrafo precedente.”;

“ARTÍCULO 3°.- OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN. Establecer que las Licenciatarias de Servicios de TIC con registro de Valor Agregado de Acceso a Internet (SVA-INT); de Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico (SRSVFR) y de Comunicación Audiovisual por suscripción mediante vínculo satelital (DTH); deberán notificar a esta Autoridad de Aplicación todas las variaciones de precios minoristas que decidan efectuar sobre sus planes, precios y condiciones comerciales vigentes; con una antelación de SESENTA (60) días corridos previos a implementación.”;

“ARTÍCULO 4°.- Los prestadores alcanzados por las disposiciones precedentes deberán notificar a la Autoridad de Aplicación las propuestas sobre variaciones de precios, planes y promociones; así como también las eventuales solicitudes derivadas de la disposición del Artículo 2° a esta Autoridad de Aplicación, a través de la Plataforma TRÁMITES A DISTANCIA (TAD), mediante el trámite Análisis y Registro de Precios, Planes y/o Promociones de Prestadores.”;

“ARTÍCULO 5°.- DISPOSICIÓN TRANSITORIA. Excepcionalmente, para la primera variación de precios minoristas que los prestadores mencionados en el Artículo 1° pretendieran implementar con posterioridad a la fecha de publicación de la presente Resolución, el plazo previo respecto del deber de notificar a la Autoridad de Aplicación sus variaciones de precios minoristas quedará fijado en DIEZ (10) días corridos desde la publicación de la presente.”.

Mientras que la resolución RESOL-2020-1467-APN-ENACOM#JGM, también dictada por el Directorio del ENACOM, en cuanto resulta relevante a los fines del presente decisorio, prescribe:

“ARTÍCULO 1°.- Aprobar la ‘Prestación Básica Universal Obligatoria’ para el Servicio Básico Telefónico (PBU-SBT) como Anexo I registrado en el GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES como IF-2020-88088270-APN-DGAJR#ENACOM, que forma parte integrante de la presente Resolución, la que tendrá lugar una PBU-SBT por domicilio del beneficiario y grupo familiar.”;





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

“ARTÍCULO 2°.- Las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico, cuyas licencias fueron otorgadas en el marco del Decreto N° 62 de fecha 5 de enero de 1990, se encuentran obligadas a incluir en sus ofertas, a partir del 1 de enero de 2021, a la Prestación Básica Universal Obligatoria (PBU-SBT) que por el Artículo precedente se aprueba.”;

“ARTÍCULO 3°.- Aprobar la ‘Prestación Básica Universal Obligatoria’ (PBU-SCM) para los Servicios de Comunicaciones Móviles (SCM) como Anexo II registrado en el GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES como IF-2020-88091651-APN-DGAJR#ENACOM, que forma parte integrante de la presente Resolución.”;

“ARTÍCULO 4°.- Los prestadores de Servicios de Comunicaciones Móviles (SCM) encontrándose comprendidos entre ellos los Servicios de Telefonía Móvil (STM), de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE), de Comunicaciones Personales (PCS), de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA) y su evolución tecnológica, como así también los Operadores Móviles Virtuales están obligados a brindar, a partir del 1 de enero de 2021, la Prestación Básica Universal que por el Artículo 3° se aprueba.”;

“ARTÍCULO 5°.- Aprobar la ‘Prestación Básica Universal Obligatoria’ (PBU-I) para el Servicio de Valor Agregado de Acceso a Internet (SVA-INT) que como Anexo III registrado en el GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES como IF-2020-88097621-APN-DGAJR#ENACOM, que forma parte integrante de la presente Resolución, la que tendrá lugar una PBU-I por domicilio del beneficiario y grupo familiar.”;

“ARTÍCULO 6°.- Los prestadores de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet (SVA-INT) deberán brindar, a partir del 1 de enero de 2021, la Prestación Básica Universal que por el Artículo 5° se aprueba.”;

“ARTÍCULO 7°.- Aprobar la ‘Prestación Básica Universal Obligatoria’ (PBU-TP) para los servicios de televisión paga por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico o satelital como Anexo IV, registrado en el GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES como IF-2020-88097760-APN-DGAJR#ENACOM, que forma parte integrante de la presente Resolución, la que tendrá lugar una PBU-TP por domicilio del beneficiario y grupo familiar.”;



“ARTÍCULO 8°.- Los licenciatarios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) con registro de Servicio de Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los licenciatarios de Televisión por suscripción satelital, deberán garantizar como Prestación Básica Universal Obligatoria (PBU-TP), las señales que comprendan el plan de menor valor ofertado al 31 de julio de 2020, o un plan con similares prestaciones y características autorizado previamente por la Autoridad de Aplicación, conforme Anexo IV identificado como IF-2020-88097760-APN-DGAJR#ENACOM del GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES, integrante en un todo de la presente Resolución.”;

“ARTÍCULO 9°.- Los prestadores de Servicios de Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico (SRSVR) o vínculo satelital (DTH) deberán brindar, a partir del 1 de enero de 2021, la Prestación Básica Universal que por el Artículo 7° se aprueba.”;

“ARTÍCULO 10.- En aquellos casos en que los Licenciatarios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) con registro del Servicio de Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico (SRSVFR) y los licenciatarios de comunicación audiovisual de Televisión por Suscripción por vínculo satelital (DTH) que revistan una posición dominante en un área de cobertura determinada, el descuento indicado en el Artículo 7°, será establecido conforme las pautas indicadas en el punto B) del Anexo IV identificado como IF-2020-88097760-APN-DGAJR#ENACOM del GENERADOR ELECTRÓNICO DE DOCUMENTOS OFICIALES, integrante en un todo de la presente Resolución.

A los efectos de este Artículo se entiende que un licenciatario reviste una posición dominante cuando hubiere suscripto más de la mitad de abonados o accesos correspondientes a ese área de cobertura a la fecha de publicación de la presente.”;

“ARTÍCULO 14.- Los Prestadores Obligados deberán realizar y/o efectuar las instalaciones y/o habilitaciones para los servicios requeridos por los beneficiarios y beneficiarias de la presente Resolución, dentro de su área de cobertura, en un plazo que no podrá exceder el Tiempo Comprometido de Instalación (TCI) máximo dispuesto por el Reglamento de Calidad de los Servicios de TIC aprobado por Resolución N° 580/2018 del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN o el que en el futuro lo reemplace a partir de la recepción de la solicitud del servicio.”;





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

“ARTÍCULO 16.- Cuando los Prestadores obligados entendieran que, por cuestiones técnicas u operativas, no pudieran cumplir con los plazos estipulados en el Artículo 14 deberán notificar fehacientemente de dicha circunstancia al peticionante y al ENACOM dentro de las 72 horas de recibida la solicitud, indicando las causales del impedimento, la estrategia de contingencia y el plazo en que estarán en condiciones de proceder a la instalación y/o habilitación del servicio, el cual en ningún caso podrá exceder de los plazos dispuestos en la normativa dispuesta en el Artículo 14.”;

“ARTÍCULO 18.- Los Prestadores obligados podrán solicitar la actualización de los precios de las prestaciones aprobados por la presente Resolución de manera cuatrimestral, tomando como referencia las variables de ajuste aplicadas a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH), siempre y cuando hayan cumplido con el registro y presentación de la información obligada en los Artículos 19 y 20 de esta norma, según corresponda. La actualización solicitada será evaluada junto con otros parámetros que este ENACOM considere en el marco de sus competencias de intervención fundada en razones de interés público.”;

“ARTÍCULO 19.- Los Prestadores de Servicios de TIC obligados deberán informar a esta Autoridad de Aplicación, a través de la Plataforma Web (<https://serviciosweb.enacom.gob.ar/>), en el marco de las obligaciones dispuestas en la Resolución ex CNC N° 493/2014, sus modificatorias y concordantes, sus precios, planes y promociones vigentes, incluyendo la ‘Prestación Básica Universal Obligatoria’ (PBU) aprobada por la presente norma; debiendo identificarla con esta denominación específica, en el formulario de planes correspondiente al servicio declarado.”;

“ARTÍCULO 20.- Los licenciatarios de TIC con registro del servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los licenciatarios de comunicación audiovisual de Televisión por suscripción mediante vínculo satelital, deberán ingresar la información vinculada a la PBU-TP a través del módulo ‘Precios y Planes’ de la Plataforma de Servicios WEB, accesible en la página web institucional de este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 4° de la Resolución ENACOM N° 3.408/2017 y el Artículo 4° de la Resolución ENACOM N° 3.407/2017, respectivamente; debiendo identificar la PBU-TP que se reglamenta por la presente, con esta denominación específica y discriminada, según corresponda, de acuerdo con la clasificación que le sea aplicable en el



Anexo pertinente y detallando tales condiciones en el campo Observaciones del formulario de planes.”;

“ARTÍCULO 21.- Los Prestadores obligados a brindar ‘Prestaciones Básicas Universales y Obligatorias’ (PBU) deberán informar mensualmente -dentro de los cinco primeros días hábiles - a esta Autoridad de Aplicación, a través de la Plataforma Web (<https://serviciosweb.enacom.gov.ar/>), y en el marco de lo dispuesto en los Artículos 19 y 20, la cantidad de beneficiarios que accedieron a las PBU que por este acto se aprueban.

El primer vencimiento de la carga de la cantidad de usuarios que accedieron a la PBU será dentro de los primeros 5 días hábiles del mes de marzo de 2021.”;

“ARTÍCULO 22.- Los licenciatarios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) con registro de Servicio de Radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los licenciatarios de Comunicación Audiovisual de Televisión por suscripción mediante vínculo satelital (DTH) deberán adicionalmente consignar, con periodicidad mensual y dentro de los CINCO (5) días hábiles de cada mes, en los formularios pertinentes de la Plataforma de Servicios Web; las localidades y áreas de prestación de servicios, indicando la cantidad de abonados en cada una de ellas; independientemente de las obligaciones de información referidas en las Resoluciones ENACOM N° 3.407/2017 y N° 3.408/2017 y sus cronogramas de presentación anexos.”.

En los distintos anexos de esta última resolución, se fijan los valores de cada una de las prestaciones básicas universales obligatorias establecidas en ella.

Por otra parte, las resoluciones mencionadas por la codemandadas ENACOM y Estado Nacional – PEN al contestar el traslado del memorial de su contraria, emitidas con posterioridad al dictado de las resoluciones 1466 y 1467 del año 2020, dispusieron:

-la resolución RESOL-2021-27-APN-ENACOM#JGM, emitida por el Sr. Presidente del ENACOM, *ad referéndum* del Directorio de dicho organismo (art. 2°), ratificada por la resolución sintetizada 170/2021 del ENACOM (B.O. 22/02/2021, página 81) , que: “Los Licenciatarios de Servicios de TIC que presten Servicios de Acceso a Internet que posean menos de CIEN MIL (100.000) accesos podrán incrementar el valor de sus precios minoristas





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

hasta un SIETE POR CIENTO (7%) para el mes de febrero de 2021 en relación a los precios autorizados mediante Resolución ENACOM N°1466/20” (art. 1°);

-la resolución RESOL-2021-28-APN-ENACOM#JGM, también emitida por el Sr. Presidente del ENACOM ad referéndum del Directorio de dicho órgano (art. 2°) y ratificada mediante la resolución sintetizada 163/2021 del ENACOM (B.O. 22/02/2021, página 80), que: “ ... los Licenciarios de Servicios de TIC de Radiodifusión por Suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico (SRSVFR) y de Telefonía Fija (STF) en todas sus variantes y/o modalidades, junto con los de Servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión por suscripción mediante vínculo satelital (DTH); y siempre que posean menos de CIENTO MIL (100.000) accesos totales, podrán incrementar el valor de sus precios minoristas hasta un SIETE POR CIENTO (7%) para el mes de febrero de 2021 en relación a los precios autorizados mediante Resolución ENACOM 1466/2020” (art. 1°); medida que será aplicable a partir del 1° de febrero de 2021 (art. 3°);

-la resolución RESOL-2021-204-APN-ENACOM#JGM, emitida por el Sr. Presidente del ENACOM con fecha 20 de febrero de 2021 y con vigencia desde ese día (art. 7°), ad referéndum del Directorio del organismo (art. 8°), establece que las licenciatarias de los distintos servicios podrán incrementar el valor de sus precios minoristas en marzo de 2021 y tomando como referencia sus precios vigentes autorizados mediante las resoluciones ENACOM Nros. 1366/2020, 27/2020 y 28/2020:

*para las licenciatarias de Servicios de Telefonía Fija: 5% (art. 1°);

*para las licenciatarias de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet: 7%, 5% o 7,5% conforme el esquema descrito en la norma (art. 2°);

*para las licenciatarias de Servicios de Radiodifusión por Suscripción mediante Vínculo Físico o Radioeléctrico: 7%, 5% o 7,5% conforme el esquema expuesto en la norma (art. 3°);

*para las licenciatarias de Servicios de Radiodifusión mediante Vínculo Satelital: 5%, 7,5% y 7,5%, según el esquema de la norma (art. 4°).

Adicionalmente, la resolución 204/2021, dispone en su artículo 5° que “... los incrementos autorizados en los artículos precedentes sólo podrán ser aplicados por aquellas Licenciatarias que hubiesen cumplimentado las disposiciones contenidas en las Resoluciones ENACOM 1466/2020;



1467/2020; 27/2021 y 28/2021 en todos sus términos y alcances; y que la presente medida no abarca ni alcanza a los precios de las Prestaciones Básicas Universales (PBU) y Obligatorias aprobadas por la Resolución ENACOM 1467/2020”.

La resolución RESOL-2021-205-APN-ENACOM#JGM, con vigencia a partir del 1° de marzo de 2021, sustituye el Anexo III –Servicio de Acceso a Internet– aprobado por el artículo 5° de la Resolución ENACOM 1467/2020 (la descripción más arriba efectuada de esta última resolución mencionada, ya contiene la modificación apuntada, por lo que nada cabe agregar en este punto).

8°) Que, a esta altura, debe señalarse, en orden a la admisibilidad de la medida cautelar peticionada, que es condición básica para su viabilidad la configuración de los extremos previstos atinentes a la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de un daño irreparable en la demora (*periculum in mora*), recaudos a los que debe unirse un tercero, previsto de modo genérico por el art. 199 del C.P.C.C.N..

9°) Que, como principio, es apropiado recordar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, por vía de principio, las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, también ha admitido que ese criterio debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (*Fallos*: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; 329:2684; 331:1611; 331:2910; 335:23 y 335:49; causa CSJ 608/2014 (50-P)/CS1 "Petrobras Argentina S.A. c/Neuquén, Provincia del y otro -Estado Nacional- s/ incidente de medida cautelar", sentencia del 7 de julio de 2015).

Asimismo debe tenerse en cuenta que el Alto Tribunal ha expresado que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”, porque si estuviera obligado a extenderse en consideraciones al respecto, “peligraría la carga que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

pesa sobre el juzgador de no prejuzgar” (*Fallos*: 330:3126; 331:1611; 335:23; 335:49; causa “Petrobras Argentina”, ya citada).

Sobre la base de las pautas expuestas, efectuado un estudio preliminar de los planteos efectuados, y con la provisionalidad que es propia de toda valoración llevada a cabo en el marco precautorio, se advierte que se encuentra configurado el requisito de la verosimilitud del derecho invocado en un grado suficiente para admitir la cautelar.

Así, de una primera lectura de la normativa involucrada en autos, se advierte que mediante el dec. 690/20, el PEN ha introducido modificaciones de carácter permanente en el articulado de la ley 27.078, otorgando a los Servicios de las Tecnologías de la Información el carácter de servicio público esencial y estratégico y en competencia (art.1), y determinando en consecuencia 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.”* (art.2).

A su vez, su artículo 3 dispuso incorporar *“....como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades. Los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.”*

Por otra parte, se decidió suspender –en el marco de la emergencia ampliada por el dec. 690/20–, cualquier aumento de precios o modificación de los mismo, establecidos o anunciados desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico, y los correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil en cualquiera de sus modalidades.

Finalmente y en cuanto resulta relevante y conducente al análisis que aquí se lleva a cabo, se designó como Autoridad de Aplicación del citado decreto, al *“.... Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), el que deberá dictar las normas complementarias necesarias para el cumplimiento del presente decreto.”* (art.6).



Como se advierte con claridad, las previsiones contenidas en el precepto citado –y aquéllas que surgen de las resoluciones emitidas por el ENACOM en cumplimiento de la designación conferida, que fueron enunciadas en el Considerando 7 del presente decisorio– se traducirían, *prima facie*, en una alteración sustancial de las condiciones bajo las cuales fueron regulados, organizados y habilitados por parte de la respectiva autoridad estatal, los servicios prestados por Telecom Argentina S.A..

Como nota inicial y por cierto esencial a la cuestión bajo análisis, es preciso destacar que servicios como los prestados por los licenciatarios TIC's, han sido organizados, regulados y habilitados por el propio Estado Nacional bajo la forma y condiciones de libre competencia, marco que ha determinado su propia dinámica respecto de la implementación y prestación de los mismos (en cuanto refiere a la normativa basal que reguló los servicios en cuestión, a mero título ejemplificativo cabe mencionar los Decretos 731/89, 1461/93, 266/98, 764/00, el art. 48 de la Ley 27.078 –en su redacción original– y Resoluciones SC N° 37/2014 y N° 733-E/2017, entre otras normas).

Frente a lo cual, su calificación como “servicios públicos” implica la reversión sustancial de los conceptos de libre competencia y sus naturales implicancias, para sujetar las prestaciones y sus condiciones a un sistema de total regulación (tal como el que es propio y natural del servicio público); afirmación que encuentra sustento en el propio texto del dec. 690/20 (y surge con claridad de los considerandos de dicho acto), así como en las previsiones contenidas en las citadas Resols. ENACOM N° 1466/20 y 1467/20, que no comportan sino la puesta en ejecución de la anunciada regulación de los servicios públicos referidos a las prestaciones aquí involucradas.

Así pues, llevado a cabo un estudio preliminar de los planteos efectuados, y con la provisionalidad que es propia de toda valoración llevada a cabo en el marco precautorio, se advierte que se encuentra configurado el requisito de la verosimilitud del derecho invocado en un grado suficiente para admitir la cautela, habida cuenta que los dispositivos en cuestión dan lugar a una alteración sustancial del régimen jurídico de los servicios prestados por Telecom (v.gr., de servicios en libre competencia a servicios públicos), importando ello una total sujeción de su prestación a criterios regulatorios elaborados por la Administración, con total modificación de las condiciones bajo las cuales fueron originalmente regulados, autorizados y habilitados, sujetando su gestión a un régimen exorbitante –propio del derecho administrativo–, que implica reconocer





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

las más amplias prerrogativas al Estado Nacional para incidir en la actividad, disponiendo, entre otros aspectos, del propio patrimonio del prestador para organizar modalidades o condiciones bajo las cuales se llevarán a cabo las prestaciones, así como de la tarifa que aquél habrá de percibir, todo ello, como se dijo, en sustitución y eliminando el régimen de libertad de competencia y, por consiguiente, de fijación del precio de los respectivos servicios.

En efecto, se observa de una primera lectura de la normativa involucrada en autos, que partiendo del dictado de un decreto de necesidad y urgencia, el PEN ha introducido modificaciones de carácter permanente en el articulado de la ley 27.078, otorgando a la totalidad de los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (servicios TIC), al acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre los licenciatarios de tales servicios TIC y al servicio de telefonía móvil, el carácter de “servicios públicos”, estableciendo a continuación y como consecuencia de ello, una serie de medidas que, en principio, serían susceptibles de afectar de manera sustancial las condiciones de prestación de dichos servicios.

Ello así, habida cuenta que, según se advierte de la mera lectura de las citadas Resoluciones ENACOM nros. 1466 y 1467/20, se ha dispuesto de las instalaciones, tecnología, inversiones así como de los costos operativos en que incurre la accionante a los fines de implementar y sostener la prestación de sus servicios en competencia, por un lado, para su aplicación a la satisfacción compulsiva de un servicio calificado como “universal”, bajo condiciones fijadas unilateralmente por la autoridad de aplicación, sin fundamento jurídico alguno que en principio justifique tal apropiación y afectación de los bienes privados.

Y, por el otro, fijando un régimen de ajuste de precios –en un caso– y tarifario –relativo al servicio “universal”– en forma también unilateral, y que en principio se desentiende del costo real de organización, instalación, prestación y mantenimiento del mismo, así como de la posibilidad de obtención de una “rentabilidad razonable”.

Es que, como surge del análisis liminar de las normas –llevado a cabo con la provisionalidad que es propia del ámbito cautelar–, las medidas adoptadas importarían la creación de cargas adicionales en cabeza de las empresas prestadoras de los servicios antes enunciados (entre ellas, Telecom Argentina S.A.), al disponer que la autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria (arts. 2° y 3° del



decreto 690/2020), lo que se ha concretado en el dictado de la citada Resolución ENACOM 1467/20 (ver su articulado que, en lo relevante, ha sido reseñado en el Consid. 7); a lo que se debe añadir que al disponerse que los precios correspondientes a los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquéllos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público (art. 2° del decreto 690/2020, modificatoria del art. 48 de la ley 27.078), así como los correspondientes a los servicios de telefonía móvil (art. 3° del decreto 690/2020, que incorpora un segundo párrafo al art. 54 de la ley 27.078), serán regulados por la autoridad de aplicación, tal previsión ha dado lugar a la pertinente fijación –por parte de aquélla– de la tarifa por percibir.

Nótese en este orden, que se ha dispuesto suspender cualquier aumento o modificación de los precios desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020, incluyendo los de los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico, los correspondientes al servicio de telefonía fija y móvil y los servicios de televisión satelital por suscripción.

En consonancia con cuanto se lleva expuesto, cabe apuntar que mediante la resolución ENACOM 1466/2020, la autoridad de aplicación (es decir, el ENACOM) conforme lo dispuesto por el mencionado DNU 690/2020, estableció, en principio, topes (porcentajes máximos permitidos) a los incrementos de los precios minoristas de los servicios de acceso a Internet, de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico, radioeléctrico o satelital, de telefonía fija y de comunicaciones móviles para el mes de enero de 2020 (los que, por otra parte, debían tomar como referencia, los precios vigentes al 31 de julio de 2020); estableciendo como alternativa (excepcional, conforme así lo califica la propia norma), para cualquier pretensión de incremento de un porcentaje mayor, que éste "... deberá solicitarse con carácter excepcional y fundarse debidamente a través de documentación fehaciente, en el marco del Artículo 48 de la Ley N° 27.078 (texto dado por el DNU N° 690/20)".

En este caso, los licenciatarios de servicios TIC estarán sujetos a los porcentajes de aumento previstos en el art. 1° de dicha resolución, hasta tanto no medie autorización expresa del ENACOM para su modificación; y si bien mediante la resolución ENACOM N° 204/2020 se autorizó a las licenciatarias a incrementar el valor de sus precios minoristas en marzo de 2021, lo cierto es que se estableció como condición para ello, que tales licenciatarias





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

hubieran cumplimentado las disposiciones contenidas en las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020, 1467/2020, 27/2021 y 28/2021.

Y, por su parte, tal como se viene exponiendo y resulta relevante para analizar la incidencia normativa en la situación de la peticionante de la cautela, por la resolución 1467/2020, el ENACOM aprobó las prestaciones básicas universales obligatorias para los distintos servicios, fijando sus valores en los respectivos anexos (ver considerando 7°).

Estableció el acto citado, que las licenciatarias de los servicios enumerados en dicha reglamentación (ver la norma, transcrita en el considerando 7°) debían brindar, a partir del 1° de enero de 2021, dichas prestaciones básicas.

En tales condiciones, según se advierte *prima facie* de lo hasta aquí expuesto, las medidas adoptadas a tenor del DNU 690/2020 y las resoluciones del ENACOM impugnadas en autos, imponen obligaciones a las prestadoras de los servicios, que por cierto exorbitan el régimen jurídico y patrimonial bajo el cual –como se dijo– fueron regulados, organizados y autorizados los servicios en libre competencia, en tanto se les impone la prestación de un denominado servicio “universal” y obligatorio a su cargo, que comporta claramente un acto de disposición del patrimonio singular por decisión estatal; a la vez que la fijación de un régimen de precios y tarifario en las condiciones dispuestas, reviste una entidad tal que permite avizorar un impacto negativo en el nivel de ingresos de la firma actora (al producir efectos, tal como se vio en los párrafos que anteceden, en los precios de los servicios, que deben ceñirse a los porcentajes de aumento y régimen tarifario estipulados en la reglamentación).

Así es que, tal como puede apreciarse de una lectura acotada de la normativa cuestionada, las medidas implementadas se vislumbran también, en principio, como susceptibles de afectar sustancialmente la ecuación económico-financiera tomada en consideración al momento de autorizarse las prestaciones y otorgarse concesiones (según el caso; tal lo concierne a la prestación por vínculo físico, como lo relativo los servicios de telefonía celular e internet por espectro radioeléctrico) para la prestación de los servicios por parte de Telecom Argentina S.A.. Ello así, y en principio, dadas las modificaciones introducidas en materia de precios (ahora sometidos a las regulaciones, topes y condiciones establecidos por el ENACOM) y de prestación del servicio (obligación de brindar a los usuarios que así lo requieran por considerase



comprendidos en los términos del art. 12 de la resolución ENACOM 1467/2020, las prestaciones básicas universales obligatorias, en las condiciones establecidas por el ENACOM).

10) Que, a esta altura del análisis, ha de señalarse que este Tribunal valora y considera de singular entidad, el reconocimiento y preocupación expresados por el P.E.N. en los considerandos del dec. 690/20, en cuanto refiere a la relevancia de las prerrogativas universales involucradas en los derechos al acceso a la información y a las comunicaciones (tales como el acceso a Internet; el derecho de acceso a los TIC y a las comunicaciones; el derecho a la educación sin discriminación alguna; la gratuidad y equidad en la educación pública estatal), así como el hecho de que el Estado Nacional asuma la misión de garantizarlos de manera igualitaria y sin discriminación.

Y, en esta línea, se hace un deber poner de manifiesto que el propio Estado Nacional cuenta con los medios y también con la posibilidad jurídica y técnica de implementar sistemas de prestación básica y universal a los fines de la consecución de los objetivos propuestos, sea disponiendo de los recursos actuales (entre los cuales, a título de ejemplo y, por cierto, sin excluir otros medios no enunciados, se encuentran el Fondo Fiduciario del Servicio Universal aportado por los prestadores de los servicios TIC'S cuyo reglamento fue aprobado por Resolución ENACOM N° 721/20; el sistema ARSAT (ley 26.062 y sus disponibilidades tecnológicas); programas de acceso a conectividad llevados a cabo por el Ministerio de Educación, la Secretaría de Innovación y el ENACOM), o implementando nuevos emprendimientos, claro está, sin afectar el contenido esencial de derechos provenientes de la actividad lícita de terceros. Pues ciertamente, de lo que se trata es de ampliar el espectro de prerrogativas, brindando el acceso a la información y consiguiente posibilidad de inclusión, a la mayor cantidad de personas y bajo postulados de equidad social, lo que puede y debe ser llevado a cabo con debido resguardo y respeto de los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes que reglamentan su ejercicio.

En tales condiciones, no se advierte de qué modo las medidas implementadas, con la secuela de afectación –tanto a los derechos adquiridos al amparo del régimen de libre competencia, cuya licitud no está en discusión, como a los servicios prestados–, que tales dispositivos conllevan (tal como han sido enunciadas en los apartados precedentes), resulten de estricta e imperiosa





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

necesidad y por lo mismo, guarden relación de proporcionalidad, con los objetivos trazados.

Y lo propio cabe predicar en orden a la invocación de las circunstancias derivadas de la emergencia declarada a consecuencia de la pandemia de COVID-19, habida cuenta que, por un lado, se encuentran vigentes las medidas de urgencia implementadas por el DNU 311/20 (v.gr., prohibición de corte de servicio a ciertos usuarios residenciales y no residenciales; prestación de un servicio reducido para garantizar conectividad información y entretenimiento y planes de facilidades de pago para deudas en situación de morosidad) y, por el otro, es de toda evidencia que lo concerniente a la situación sanitaria y consiguientes medidas adoptadas para el resguardo de la salud de la población y superación del flagelo a que nuestra sociedad se encuentra sometida, no reconocen un adecuado y razonable correlato en cuanto a la necesidad y urgencia propias de tal situación, con la calificación de los servicios TIC como públicos, con la consiguiente alteración sustancial del régimen jurídico y económico de las prestaciones involucradas.

Recuérdese a esta altura, que como principio las normas positivas son susceptibles de cuestionamiento cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (CSJN, *Fallos*: 311: 394 y 321: 3630, voto del juez Fayt).

A ello cabe añadir que ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional (CSJN, doctrina de *Fallos*: 307: 326). Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 de la Constitución Nacional (*Fallos*, 328:566, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, considerando 7°, último párrafo, subrayado agregado); criterio afín con el que postula descartar la razonabilidad de una norma reglamentaria que parte "...de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión" (*Fallos*: 332:1963, voto del juez Lorenzetti).

Síguese de lo dicho, y con palabras del Alto Tribunal, que el medio empleado en el caso de las normas cuestionadas, no sólo no parece proporcionado a la consecución de las finalidades de lo que se dice, constituye el objeto de su dictado, siendo que resultan en principio susceptibles de seria



objeción en tanto afectan derechos en pleno y actual ejercicio, reconocidos por un régimen jurídico cuya legitimidad no ha sido puesta en tela de juicio.

11) Que, en función de lo señalado, se concluye entonces, que del estudio acotado de las normas cuestionadas, y valorando sus efectos y consecuencias con respecto a las prerrogativas involucradas que titulariza la solicitante, permiten advertir la configuración de circunstancias que *prima facie* colocan bajo serio y fundado cuestionamiento el estándar de razonabilidad y la legitimidad del decreto 690/2020 y de las resoluciones del ENACOM adoptadas en consecuencia, por la directa afectación que generan a los derechos de propiedad de la accionante, resultantes de la prestación de servicios de tecnología de la información y de las comunicaciones, bajo el sistema de libre competencia, regulado, autorizado y concedido (según el caso), por el propio Estado Nacional.

Es apropiado recordar a esta altura, que en el célebre caso “Bourdieu, Pedro Emilio c/Municipalidad de la Capital, sobre devolución de sumas de dinero” (*Fallos*: 145:307), la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que: “Las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término 'propiedad', cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende 'todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción .contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio”.

En vista del análisis efectuado en los considerandos que anteceden, y bajo la clara directriz que resulta del citado precedente del Alto





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

Tribunal, estima esta Sala que, como se adelantara, se encuentra configurada de manera suficiente la verosimilitud en el derecho invocado por la solicitante, y con entidad para disponer la tutela que se pretende; debiendo a esta altura recordarse que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y que la fundamentación de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar (CSJN, *Fallos*, 330:3126).

Es que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (*Fallos*: 306:2060).

De tal suerte, y como resultado de los desarrollos expuestos, llevados a cabo al sólo y único efecto de la decisión que debe ser adoptada en orden a la petición cautelar, ha de tenerse por configurado el recaudo bajo análisis.

12) Que, en orden al *periculum in mora*, ha de recordarse que tal recaudo constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares, cuyo dictado procura evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde; impidiendo así que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada, o torne inoperantes sus efectos.

Al efectuar dicha comprobación, debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que indica que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas obliga, en los procesos precautorios como el presente, a una severa



apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar (conf. CSJN, “Molinos Río de la Plata”, *Fallos* 322:2139, entre otros).

En este orden de ideas, se observa que, con el dictado de la ley 26.854, en las causas en que la Nación es parte, su artículo 13 ha precisado los alcances de estos requisitos para los casos como el de autos, en los que la pretensión cautelar consiste en obtener la suspensión de los efectos de un acto estatal, explicitándose que los perjuicios invocados han de ser graves de imposible reparación ulterior y que la verosimilitud explicitada precedentemente debe vincularse, tanto con el derecho invocado, como con la ilegitimidad argumentada, respecto de la cual, ha de existir indicios serios y graves al respecto. Por lo demás, también se detalla que para la concesión de la medida preliminar debe valorarse que no se produzca una afectación del interés público ni se generen efectos jurídicos o materiales irreversibles (conf. esta Sala, fallo del 27/11/20 Expte. 10788/20/1 “Incid. N° 1 N Motores SA c. EN M. Prod - Sec de Ind. Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Exterior y otros s/Medida Cautelar”; esta Cámara, Sala V, fallo del 29/12/20, Expte. N° 64.512/2019 “Reconquista Valores SA y otro c. UIF-Ley 25246-Dto 290/07”).

Agrégase a lo dicho, que en definitiva, la configuración de tal recaudo depende de la comprobación acerca de la existencia de situaciones susceptibles de generar un riesgo cierto y verificable como consecuencia del mantenimiento de la situación de hecho o de derecho que se intenta modificar por vía cautelar, y que sea susceptible de afectar de manera concreta las prerrogativas invocadas por el solicitante.

Analizada la cuestión desde la perspectiva expuesta, en el caso de autos, resulta ostensible que, según ha quedado debidamente expuesto en los pasajes que anteceden, la calificación de las prestaciones como servicios públicos, implica el consiguiente sometimiento de las retribuciones que ha de recibir el prestador, a un régimen tarifario, en el cual los precios son fijados unilateralmente por la autoridad de aplicación, modalidad que se replica en orden a la imposición de la prestación del servicio “universal”, también retribuido por la tarifa determinada por acto estatal.

De tal modo, el peligro en la demora se encuentra configurado en autos por la apuntada circunstancia, a lo que se deben añadir como factores de singular relevancia, los efectos adversos que provoca a la empresa accionante, el régimen de retribución que resulta de las normas cuestionadas,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

en la actual coyuntura económica financiera y cambiaria que atraviesa el país, caracterizada, entre otros factores, por una alta inflación y un fuerte deterioro en la valuación del peso frente a las monedas extranjeras; cuyos resultados negativos se ven potenciados por la nueva regulación, que ha generado un cambio significativo en lo concerniente a la retribución por los servicios y a las prestaciones que obligatoriamente debe brindar.

Así se advierte que los precios cuyos porcentajes máximos de aumentos se fijan mediante la reglamentación emitida por el ENACOM, que toman como punto de partida los establecidos por las prestadoras de los servicios al 31 de julio de 2020, se exhiben, *prima facie*, como insuficientes para compensar los efectos nocivos generados por las variables más arriba apuntadas. Es que los porcentajes fijados (incrementos máximos permitidos) en la reglamentación cuestionada, resultan inferiores a los índices IPC calculados por el INDEC para el período del 31 de julio de 2020 al 31 de diciembre de 2020 (es decir, al 16.5%; equivalente a la sumatoria de los IPC correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2020), que coincide, por lo demás, con un lapso en el que las prestadoras se encontraban inhibidas para aumentar los precios, por expresa disposición del art. 4° del decreto 690/2020.

Resta añadir en este orden, que el dictado de la Resolución ENACOM N° 204/21 (cuyo texto se acompaña en la presentación del ENACOM de fecha 26/2/21), no sólo carece de entidad para modificar el resultado del análisis normativo que se viene desarrollando, sino que precisamente, sus disposiciones (esp. art. 5) ratifican por un lado las conclusiones que en orden a la asunción y ejercicio de la potestad regulatoria bajo el marco del servicio público, y particularmente en el caso, en torno de la fijación del precio de los diferentes servicios, han sido vertidas al analizar la verosimilitud en el derecho, a la vez que por el otro, sus motivaciones resultan alcanzadas por la valoración, que en orden a la proporcionalidad, consecuencias y afectación de derechos que provocan las medidas involucradas, se llevara a cabo en el Considerando 11 de este pronunciamiento (a cuyos pasajes cabe remitir para evitar innecesarias reiteraciones); siendo del caso puntualizar finalmente que los porcentuales autorizados (arts. 1 a 3 Resol. cit.), son pasibles de análogas observaciones que las expuestas en el párrafo precedente.

De otra parte, es también relevante considerar a los fines del análisis que aquí se lleva a cabo, que a tenor de las normas cuestionadas, se impone que la firma actora también deba brindar, a partir del 1° de enero de



2021 y en las condiciones estipuladas por la reglamentación dictada por el ENACOM, las prestaciones básicas universales obligatorias a toda una serie de usuarios, a precios más bajos aún que los previstos para los restantes clientes.

Nótese que las disposiciones contenidas en la Resolución ENACOM 1467/20, que obligan a ofertar la denominada Prestación Básica Universal Obligatoria, conforman un complejo de obligaciones que se imponen al prestador y que no han sido previstas tanto en el momento de ser regulados, organizados y autorizados los servicios así como tampoco -y por análogas razones- pudieron ser incluidas en la planificación que en todos los órdenes lleva a cabo el obligado, circunstancia susceptible de afectar de manera concreta y objetiva el equilibrio económico y financiero de su actividad.

Todo lo cual, unido al hecho de que la “Prestación Básica” ya referida estará sujeta a una tarifa fijada por la autoridad estatal (cuyo carácter promocional y de fomento es congruente con la planificación de tal servicio), comporta una situación de ostensible afectación en el ámbito operativo y patrimonial con serio compromiso de la sustentabilidad y continuidad de los servicios, que aún considerada de manera autónoma respecto de los restantes factores enunciados, determina la configuración del recaudo bajo análisis.

Cuanto se lleva dicho pone de manifiesto de manera patente y objetiva, la negativa y progresiva incidencia en el tiempo, de las medidas en cuestión con respecto al nivel de ingresos de Telecom Argentina S.A., lo cual como queda dicho -y resulta asimismo de una apreciación razonable de la realidad- es susceptible, en principio, de afectar la prestación de los servicios brindados por la firma a los usuarios, en cuanto concierne particularmente a la conservación del nivel de calidad, así como también en cuanto refiere a la posibilidad de mantener actualizados los mismos en línea con los avances tecnológicos.

De manera adicional, y atentas las características de la empresa actora, su giro comercial, las prestaciones que brinda y correlativos requerimientos de inversión y consiguiente financiamiento que razonablemente han de ser satisfechos para su organización y desarrollo, es válido atender también a la dificultad puesta de manifiesto en orden a la posibilidad de acceder a la financiación por parte de entidades internacionales.

En este aspecto, la actora acompaña como prueba, a los efectos de acreditar sus dichos, las copias certificadas de los intercambios de correos electrónicos y sus traducciones -ver “Anexo 5 - 2 [17/09/2020 18:21]”-; y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

asimismo, aporta el informe de las calificadoras de riesgos Fitch Ratings y Fix SCR. -ver "Anexo 5 - 2 [17/09/2020 18:21]".

Desde esta perspectiva y tomando debida razón de los efectos que resultan concreta y efectivamente de las normas cuestionadas, es oportuno recordar que "los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (CSJN, *Fallos*: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert); por manera que cabe atender precisamente a las negativas consecuencias económicas que para la accionante habrían de seguirse como resultado del mantenimiento del régimen objeto de análisis.

Ha de tenerse en tales condiciones, por suficientemente configurado el peligro en la demora, que habilita el dictado de la medida cautelar solicitada.

Arribado este punto, es preciso tener en cuenta que la debida conjugación de los intereses en juego exige ponderar tanto el gravamen que produciría el mantenimiento de los efectos y aplicación de las normas aquí cuestionadas, si al cabo del proceso fueran declaradas ilegítimas, como aquél que resultaría de su suspensión temporal, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión impugnatoria que se articule (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, causa 63609/2017/1/CA1 "Abarca", resol. del 21/11/17).

Este balance, ponderado a la luz del adecuado rigor exigido para la configuración del recaudo que se viene analizando, arroja un resultado favorable al otorgamiento de la tutela en este proceso cautelar, a tenor de la magnitud de los intereses involucrados y la concreta y efectiva afectación de los derechos resultantes de la actividad para la cual se encuentra habilitada la accionante; frente a lo cual, no se advierte que la suspensión cautelar de los dispositivos involucrados, sea susceptible de impedir o tan siquiera obstaculizar la consecución de los objetivos que, como políticas públicas, han sido enunciados en los considerandos de dichos preceptos, habida cuenta que como queda dicho, es el propio Estado Nacional quien dispone de los medios suficientes y herramientas idóneas para su implementación.

Es que el despliegue de un juicio sobre los intereses en juego (CS *Fallos*: 335:1200), que se exprese en la proporcionalidad de la medida (como uno de los sub-principios de la razonabilidad; arg. CS *Fallos*: 333:1023,



consid. 9º), y su actualidad, a tenor del análisis que resulta de los desarrollos aquí efectuados, permite concluir que una denegatoria de la medida ocasionaría a la actora perjuicios más graves o relevantes, que su otorgamiento al interés público invocado por el demandado, módulo de análisis que ha sido adoptado en decisión reciente de esta Cámara (conf. Sala IV, fallo del 2/3/21, Expte. N° 89.549/2018 “Incidente N° 1 - Demandado Municip. de San Isidro s. Inc. Medida Cautelar”).

13) Que, por las razones apuntadas, este Tribunal considera ajustado a derecho admitir el recurso y otorgar la medida cautelar peticionada por la actora, debiéndose a tal efecto, tener en cuenta las circunstancias actuales configuradas al momento de emitir la decisión, por manera que corresponde que se consideren las constancias obrantes en el expediente incorporadas con posterioridad a la interposición del presente recurso (conf. Fallos: 310:670; 311:1810; 318:625; 321:1393, entre otros).

Y en razón de ello, habida cuenta que la Resolución ENACOM 204/21, ha sido emitida con fundamento en la norma que será objeto del dispositivo cautelar que se adopte (v. Considerandos de la Resolución citada, esp. fundamentos normativos), se ajustará la decisión comprendiendo también al referido acto.

En tales condiciones, corresponde revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, disponer como medida precautoria, la suspensión de los efectos de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto 690/2020 y de las resoluciones ENACOM Nros. 1466/2020, 1467/2020 y 204/21, y su consiguiente inaplicabilidad con relación a la firma accionante.

Ello, por el plazo de seis meses (art. 5º de la ley 26.854), contados a partir de la notificación de la presente.

A tales efectos, fijase una contracautela (real), que la actora deberá prestar o afianzar en debida forma, por un monto equivalente a la cantidad de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000). El importe en cuestión, deberá ser depositado en el Banco de la Nación Argentina a nombre del juzgado de primera instancia, y como perteneciente a estos autos, pudiendo ser reemplazada por un seguro de caución, títulos de deuda pública o bienes embargables (confr. art. 199 del C.P.C.C.N.), a satisfacción del juzgado interviniente.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

a) por mayoría, hacer lugar a la apelación intentada, revocar la decisión de la instancia de origen y, en consecuencia, admitir la medida cautelar peticionada por Telecom Argentina S.A., con el alcance dispuesto en el considerando 13), y por el plazo y bajo la caución allí señalados; y

b) por unanimidad, distribuir las costas de ambas instancias por su orden, en atención a las particularidades del caso y a lo novedoso de la cuestión, lo que se evidencia con el desarrollo efectuado en el presente pronunciamiento (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y gírese.

JOSE LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS MARÍA MÁRQUEZ

MARÍA CLAUDIA CAPUTI
(en disidencia)

La señora jueza María Claudia Caputi dijo:

1.- Que, en cuanto a la reseña de las alternativas y vicisitudes del pleito, por razones de brevedad, doy por reproducida la detallada y minuciosa reseña desarrollada en el voto de mis distinguidos colegas de Sala, relativa a los antecedentes del conflicto, los planteos y agravios de las partes, y el decisorio que viene en apelación, tramos a los cuales habré de remitir, dándolos por reproducidos, por razones de brevedad.

2.- Que voy a permitirme discrepar, sin embargo, en cuanto a lo sustancial de la decisión que debe ser adoptada.



Mi discrepancia resulta de la perspectiva que he venido sosteniendo en lo referente a la verificación de los requisitos a los que debe quedar supeditada la medida cautelar solicitada por la parte actora. Ello así, pues estimo que el recurso deducido no resulta procedente, por lo que se debe confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia, si bien en función de los razonamientos que se pasan a señalar a continuación.

3.- Que, a tal fin, voy a comenzar centrándome en el examen del peligro en la demora, que constituye uno de los pivotes conceptuales en orden al otorgamiento o denegación de la medida bajo examen.

Al respecto, liminarmente, y según hube de considerar en diversos casos anteriores, el peligro irreparable en la demora, como presupuesto al que queda supeditada la concesión de medidas como la propiciada, debe ser revisado con un estándar al que desde hace un tiempo asigno una particular cota mínima, bajo la cual he entendido que no procede su admisión en casos determinados en los que resultaba escasamente verificado, hipotético, abstracto, o no suficientemente patentizado. Recuerdo en este sentido, mi voto en disidencia en el expediente “Alto Paraná S.A. c/E.N. – AFIP DGI – Resol. 61, 62, 63, 64 y 65/12 LGCN s/Medida Cautelar autónoma”, registrado bajo el n° 26.180/2012, decisorio del del 27 de diciembre de 2012; sumado, asimismo, a los que hube de suscribir en los autos: “Oleaginosa Moreno Hnos. SACIFI – Incidente Med. Caut. c/E.N. – AFIP – DGI – Resol. 13/11 s/Dirección General Impositiva”, expte. N° 29.255/2011, fallado el 22/11/2011; “Puerto Norte S.A. c/GCBA s/proceso de conocimiento”, expte. n° 13.383/2015, del 10/11/2015; “New Textil SA. c/E.N. – AFIP – DGA s/medida cautelar autónoma”, expte. n° 55.885/2015/CA001, del 05/05/2016; “Incidente N° 2 – Actor: Confederación Arg. de la Mediana Empresa -CAME- Demandado: E.N. – M° Trabajo Empleo SS – CNTA s/Inc. apelación”, expte. n° 46.699/2017, del 02/03/2017; “Mishka S.A. – Demandado: E.N. – AFIP – DGA s/inc. apelación”, expte. n° 57.983/2016/1, del 30/03/2017; “Traz S.A. c/E.N. – M° Producción – SCI y Otro s/medida cautelar”, expte. 83.447/2016, del 20/09/2017, y “Heg S.R.L. – Demandado: E.N. – M° Producción – SCI y Otro s/inc. apelación”, expte. n° 37.117/2017/1/CA001, del 24/04/2018.

Más recientemente en el tiempo, me expedí bajo una afín comprensión en mi voto para el caso “M.O.D.O. S.A. de Transporte Automotor y otros – Demandado: E.N. – M° Hacienda – AFIP s/Inc. de Medida Cautelar”,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

expte. n° 59.471/2019/2, decisorio del 21 de julio del año 2020 (el texto completo de todas estas decisiones puede ser consultado en internet, en el portal del *Centro de Información Judicial*: <<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>>).

Interpreto, por ello, que cuando se pone en tela de juicio la juridicidad de medidas por las que se implementan políticas públicas, este recaudo apunta a verificar de un modo más o menos concreto, pero revestido de cierto grado de nitidez al fin, sobre los perjuicios sufridos por los destinatarios de dichas medidas. En el caso, según se ha visto, se invoca que el bloque de normatividad constituido por el decreto n° 690/20 y las resoluciones del ente regulador dictadas a su abrigo (*v.gr.*, las nros. 1466/2020, 1467/2020 y 204/21), con el cambio que implicaron en el paradigma de los servicios alcanzados, repercutieron en la ecuación económico - financiera de la firma actora, de modo tal para justificar privar de efectos jurídicos, temporalmente, a dichas disposiciones.

4.- Que, repasada de modo general la jurisprudencia, observo puntos de coincidencia de ésta con las pautas desarrolladas en los votos reseñados.

Así, se ha interpretado que la puntual cognición a la que debe arribarse, para tener por cumplida la configuración de este recaudo de medidas provisionales como la solicitada, dada por la ponderación de los daños –aún en ciernes– que provocarían, a fin de disiparlos jurisdiccionalmente, debe superar un cierto grado de dudas en su esencialidad y manifestaciones. La incerteza en esta materia es trascendente, en tanto funciona como un óbice al otorgamiento de la medida requerida.

Es que, bajo un enfoque afín al que se viene describiendo, se ha resuelto que el examen de la concurrencia del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida en la causa de que se trate, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran producir los hechos que se pretenden evitar restan eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso y en ese sentido; entendiéndose que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos, su gravitación económica (cfr. CSJN, *Fallos*, 329:5160 –“Adm. de Parques Nacionales c/Prov. del Neuquén”– del 14/11/2006; 339:225 “Empresa San José s/incidente” del



02/03/2016; 341:1717 –“AMFJN c/E.N.”, sent. del 27/11/2018–; 342:1591 –caso “Prov. de Entre Ríos c/Estado Nacional s/inc. med. caut.”, del 1º/10/2019–, e igualmente el voto disidente de los Sres. jueces Maqueda y Rosatti en *Fallos*, 343:1086, caso “Total Austral S.A. c/Dirección Prov. de Puertos de la Prov. de Tierra del Fuego”, sent. del 24/09/2020). De modo similar, se ha resuelto que a los fines de evaluar la procedencia de una medida cautelar, el peligro en la demora se debe advertir en forma objetiva si se consideran los efectos que provocaría la aplicación de la resolución determinativa impugnada, y la gravitación económica que tendría (cfr. CSJN, autos “Constructora N. Odebercht S.A. c/Chubut, Prov. del y otros s/acc. declarativa”, expte. C. 1641 XLIX Ori., del 15/10/2015; en sentido análogo, Sala III, en autos “Sistema Televisivo Comunitario S.A. – Inc. Med. 7-IV-10 y otros c/E.N. – SCI Resol. 50/10 – Expte. S01:70254/01 s/medida cautelar autónoma”, expte. nº 17.542/2010, sent. del 25/08/2010 y sus citas).

5.- Que, a esta altura de mi análisis, he de recordar que el fin primordial de las medidas cautelares radica en evitar que durante el tiempo en que tramita el proceso principal, su objeto pueda verse frustrado, a raíz de lo cual deviene relevante que quien pretende el dictado de las mismas, acredite el peligro de la pérdida del derecho que intenta proteger. Es así como la irreparabilidad del respectivo daño, viene determinada por la imposibilidad de reparación del mismo al momento de dictarse la sentencia definitiva, ante el pronóstico de que ésta se torne en ineficaz o de imposible cumplimiento.

En todo caso, también es cierto que en el marco cautelar quien juzga se expide sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre quien decide, de no prejuzgar (C.S.J.N., *Fallos*, 330:3126).

Así las cosas, y habiendo sopesado –bien que bajo las limitaciones propias del acotado ámbito cognoscitivo que autoriza el proceso cautelar y, de hecho, lo caracteriza– las concretas circunstancias del caso en función de lo que surge del expediente, tengo para mí que dicho peligro no se configura de modo nítido o suficiente como para el otorgamiento de una medida innovativa como la que se peticiona.

Como lo indiqué en “Alto Paraná S.A. c/E.N. – AFIP DGI – Resol. 61, 62, 63, 64 y 65/12 LGCN s/Medida Cautelar autónoma”, antes





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

recordado, la invocación de la tutela de un interés económico requeriría, para lograr la protección cautelar, un umbral de persuasión fáctica un tanto mayor al que aprecio en las constancias de la presente causa. Ello así, con miras a generar en quien tiene en sus manos la decisión, un esclarecimiento un tanto más concretizado respecto de la gravitación de las medidas cuya validez se objeta y, en definitiva, sobre los efectos concretos que irrogaría a la prestataria de un servicio que mutó en su calificación y enfoque general (al pasar a definírsele como servicio público), impactando en el giro comercial de la empresa, globalmente considerado.

En otras palabras, dicho esclarecimiento implicaría la posibilidad de arribar a vislumbrar con un grado de cierta intensidad la concreción en los contornos y entidad del daño que se invoca y su fehaciencia, sumado ello a una alegación fundada circunstanciadamente, y de base al menos tentativa o aún probabilística, de que el eventual perjuicio o menoscabo patrimonial a verificar sea irreparable y guarde nexos con la medida impugnada (y así pueda descartarse que responda a otros factores o condicionantes ajenos a la misma).

En definitiva, según expresé en las causas recordadas *supra* (v.gr., “Alto Paraná”, “Oleaginosa Moreno”, “Puerto Norte”, “New Textil S.A.”, “CAME”, “Mishka S.A.”, “Traz S.A.”, “Heg S.R.L.” y “M.O.D.O.”) no sirven, al fin indicado, manifestaciones generales o impregnadas de cierta latitud, siendo conducentes sólo las expresiones que concreten fácticamente la entidad y magnitud del menoscabo alegado. Ahora bien, no se quiere significar, con ello, que dicho daño no exista, o no esté producido en el terreno fáctico, sino que en realidad se produce una situación diversa, dada por la ausencia en el momento actual de elementos objetivos, que obrasen en el expediente, y de los que surja aquél con una entidad que supere el umbral antes señalado.

Noto aquí que, sobre el punto, en el voto mayoritario, mis estimados colegas de Tribunal advierten que se cierne sobre la actora un daño insusceptible de superación ulterior, y es innegable que resultan movilizantes los razonamientos que conducen a concluir de ese modo, en tanto sustentados sobre la limitación a los ingresos derivados de la explotación del servicio, bajo las reglas (que alteran las anteriormente imperantes) y demás regulaciones que fueron impuestas por medio del decreto y resoluciones que se resisten en autos. Empero, tengo también para mí que el nivel exacto de concreción y puntualidad con que estimo debe verificarse dicha afectación para sopesar las decisiones



bajo juzgamiento, no alcanza en estos autos un piso de convicción suficiente, a la luz de la línea jurisprudencial que he venido asumiendo a lo largo de los años, como para que se justifique derribar, en este estado liminar del proceso, un conjunto de medidas del Poder Ejecutivo Nacional y de la Administración pública nacional, de amplia proyección y mayúsculos alcances.

Así las cosas, y en lo referente a esta compleja controversia, no hallo elementos para formarme en esta oportunidad un grado suficiente de convicción sobre las exactas implicancias de las medidas impugnadas, donde se alcancen a sopesar elementos de juicio objetivos en torno de la repercusión negativa de la misma, en su genuina extensión. No se me escapa, ciertamente, que una ponderación preliminar de la cuestión, propia del instituto cautelar, no es compatible con exigencias rigurosas, precisiones detallistas, o aclaraciones sobreabundantes para verificar el daño irreparable en la demora. Como fuese, aún bajo los parámetros clásicos en la materia, la modulación de estos factores que estimo aplicables, conduce a la conclusión negativa que adelanté.

Bajo tales condiciones, y de cara a la provisionalidad de cualquier temperamento que se asuma sobre la protección cautelar, observo que si bien la versación y comprensión sobre las regulaciones sectoriales y su tratamiento jurídico autorizarían a aventurar conclusiones o pareceres preliminares sobre los efectos de la política estatal resistida, el contexto del caso me persuade que será una vez que se diluciden mejor tales extremos cuando se configure la oportunidad idónea para establecer las soluciones jurisdiccionales que correspondieran.

En definitiva, es por las razones que se han indicado que concluyo, entonces, que el decisorio de la anterior instancia, más allá de las críticas expresadas en el recurso, debe ser mantenido.

6.- Que lo expuesto sobre el *periculum in mora* resulta de por sí dirimente, y hace que no resulte imprescindible, ni necesario, ingresar al examen de los demás recaudos a los que se supedita el otorgamiento de la medida cautelar requerida.

En tal sentido, y respecto de la verosimilitud del derecho en juego, se reconoce como una pauta de razonable hermenéutica que los presupuestos procesales de las medidas precautorias se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho podría llegar a atemperarse el rigor con que es sopesado el peligro en la demora, y viceversa





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

(esta Sala, *in re*: “Toma, Roberto Jorge c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/medida cautelar –autónoma–”, del 21/12/2000; Sala I, “ADM Argentina SA – Inc. de Med. 8-IX-11 c/ E.N. AFIP DGI Resol 2300/07 - RG s/amparo ley 16.986”, del 3/11/2011; Sala IV, “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/Fondo Nacional de las Artes”, del 16/4/1998; y el voto de la suscripta en la causa: “Oleaginosa Moreno Hnos. SACIFI – Inc. Med. c/ E.N. – AFIP DGI Resol. 13/11 s/ DGI”, expte. nº 29.255/2011, sent. del 22/11/2011 ya citado y sus citas, entre muchos otros).

Empero, a los efectos de dicha inoficiosidad termina siendo determinante la circunstancia de que, según la jurisprudencia prevaleciente, ambos recaudos deben hallarse siempre presentes; con lo que la falta de verificación del peligro en la demora se presenta como un óbice para la admisión del recurso bajo examen.

En las condiciones descriptas, deviene por lógica implicancia inoficioso que me expida respecto del plazo de duración, la contracautela y demás cuestiones que se abren a discernimiento cuando procede la tutela cautelar, por lo que a ello se va a estar.

7.- Que, despejado lo anterior, por último, sí voy a compartir el criterio de la mayoría en punto a las costas de ambas instancias.

Ello así, en tanto coincido en que la solución más equitativa frente al panorama y devenir del presente litigio, consiste en que aquellas sean asumidas en el orden causado, dadas las particularidades del caso y lo novedoso de la cuestión traída a resolver, en los términos que autoriza el art. 68, segunda parte, del código de rito. **ASÍ VOTO.**

MARÍA CLAUDIA CAPUTI

