

APROXIMACIONES AL RÉGIMEN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ARGENTINA ODA A UN *CRONY CAPITALISM* VEINTEAÑERO

Isaac AUGUSTO DAMSKY*

SUMARIO: I. *Reflexiones iniciales*. II. *Primera aproximación al proceso privatizador*. III. *Segunda aproximación: las bases históricas de las telecomunicaciones argentinas*. IV. *Tercera aproximación: la privatización*. V. *Cuarta aproximación: la desmonopolización*. VI. *Quinta aproximación: la desregulación. El cumplimiento del acuerdo asumido por Argentina con la Organización Mundial de Comercio*. VII. *Sexta aproximación: la problemática protección de los usuarios de las telecomunicaciones*. VIII. *Epílogo*.

I. REFLEXIONES INICIALES

Haciendo un poco de memoria, a las privatizaciones —pero especialmente a la del sector telecomunicaciones por su carácter pa-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires; *magister* en Derecho administrativo por la Universidad Austral; profesor adjunto de Derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires e “Investigador formado” de la misma Universidad. Autor de numerosos trabajos de investigación en su especialidad.

NOTA: El autor aclara que los datos técnicos, históricos y regulatorios específicos, unidos a la información especializada en materia de telecomunicaciones que ha sido utilizada para la elaboración del presente trabajo han sido obtenidas del excelente trabajo realizado por los autores Claudio Schifer y Ricardo Porto, en su libro *Telecomunicaciones. Marco regulatorio*, Buenos Aires, El Derecho, 2002, si bien desde otra perspectiva de análisis y de posturas jurídicas distintas.

radigmático— las hemos pontificado, primero, por casi diez años, para, luego, denostarlas —creo yo— durante casi otros diez años.

Creo recordar que ya desde aproximadamente la mitad de la década de 1980 se alzaban variopintas banderas privatizadoras en el contexto argentino.¹

Un contexto hiperinflacionario, en todos sus sentidos; la dilatación extrema del Estado empresario así ameritaba ser calificado dados sus enormes déficit, entre los cuales los prestacionales eran los más evidentes: Argentina estaba prácticamente incomunicada, bien sea por la irregular prestación a los abonados —rayana con la falta de servicio— o por la imposibilidad casi absoluta de suscribir nuevas líneas telefónicas, excepción hecha de los subjetivos voluntarismos y favoritismos a los cuales pudiera apelarse dentro de la empresa estatal, como primer y último recurso. En ese entonces, amiguismo y corrupción interna eran moneda corriente.

De allí que no haya sido difícil que la fortuna estuviera del lado de la privatización —en todos sus sentidos— hasta bien entrada la década de 1990, ya que la optimización de la calidad de atención al abonado —recordemos, persona humana— no se hizo esperar, a lo que se agrega que el verdadero “boom” del sector de telecomunicaciones experimentado a nivel global determinó que en muy poco tiempo la calidad y cantidad de servi-

¹ Ampliar en Schifer, Claudio y Porto, Ricardo, *Telecomunicaciones. Marco regulatorio*, Buenos Aires, El Derecho, 2002, p. 26. Señalan los autores: “El Decreto 1842/97, dictado por el entonces presidente Raúl Alfonsín, contiene un reconocimiento institucional expreso de la crisis del sector público en distintos planos y constituye a la vez el punto de partida en el proceso de apertura del sector de las telecomunicaciones. El Decreto comienza por destacar el deterioro funcional y financiero de las empresas estatales que prestan servicios públicos; lo que conlleva la imposibilidad de satisfacer debidamente las crecientes demandas de la ciudadanía. Indica que contribuye a este estado de cosas el monopolio o cuasi monopolio que de hecho se ha conferido a determinadas empresas estatales; por lo cual dicha situación ha perdido todo sustento fáctico y carece de razonabilidad, toda vez que obra en detrimento del bienestar general y del desarrollo tecnológico, económico y social de la Nación”.

cios disponibles impactara de manera más que positiva sobre la percepción de sus destinatarios.

Esta suerte acompañó al proceso hasta casi finales de la década de 1990, momento en el que los conflictos provenientes de la polémica y poco transparente estructuración del proceso privatizador adquirieran decidido estado público. Si bien los cuestionamientos y el manto de sospecha cubrieron al proceso desde sus orígenes, especialmente al ente regulador el que fuera irregularmente creado por decreto, al que se privó de la integración de los usuarios a su directorio —incumpliendo la manda constitucional— lo cierto es que determinados acontecimientos —muchos de ellos vinculados con la afectación de la capacidad contributiva del usuario— determinaron la pérdida de credibilidad del universo de usuarios. Quizá el polémico “rebalanceo telefónico” dispuesto por el Decreto 92 de 1997 haya sido el ejemplo paradigmático.²

Pero sea cual fuere la razón preponderante que por entonces incidió en la pérdida de credibilidad, la distancia que pone el paso del tiempo permite ensayar otras explicaciones, de ninguna manera justificativa de los errores del pasado, pero sí nos permite ver con mayor claridad al especial fenómeno que a modo de causa y/o efecto inscribió al proceso privatizador en un camino que aún transita.

Fenómeno que entonces era imperceptible y ahora es ostensible. Me refiero al fenómeno de crisis del Estado, determinado por al menos dos factores de la globalización económica: por un lado, el de la imposición de las reglas de juego, por parte del inversor, lo que permitió verificar con asombro la simetría casi absoluta de los marcos regulatorios y los procesos llevados a cabo en todas las latitudes, de suerte que las regulaciones uniformemente producidas lucían no como el fruto del poder regulatorio

² Dicha norma estableció la “Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico”. Este esquema tarifario, como señalan Schifer y Porto, modificó el anterior cuadro de tarifas, generando un intenso debate en torno a la legitimidad y razonabilidad de las medidas, con una alta litigiosidad.

del Estado, sino más bien como consecuencia del poder de imposición del capital transnacional involucrado, que logró penetrar en los sistemas internos de la mano de empresas domésticas, cercanas al poder, que les sirvieron de vehículo de inversión. Y el segundo factor de este fenómeno se encuentra en el proceso de internacionalización de los ordenamientos, determinado por la fuerza expansiva de los espacios jurídicos globales para imponer, desde fronteras afuera, reglas positivas aplicables al ordenamiento interno. Este dato, si bien ya se encontraba reconocido desde aproximadamente la década de 1970 en las leyes 19798 y 22285³ —los antiguos regímenes de telecomunicaciones y radiodifusión—, lo cierto es que adquiere peso relevante con la fuerza normativa desarrollada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)⁴ y los acuerdos arribados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, incorporados al ordenamiento interno de Argentina mediante el dictado de las leyes 24.425 y 25.000, superadoras de las normas de la UIT.⁵

³ En ambas normas se establece que los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión se regirán por las leyes específicas y por los convenios internacionales suscritos por la República Argentina.

⁴ Como explican Schifer y Porto, en 1997 Argentina ratificó la Constitución y convenio de la UIT de 1992 y las enmiendas de Kyoto de 1994. La Unión establece reglamentos y definiciones técnicas para unificar criterios internacionales aplicables a cada país. De allí que tiene por objeto la ampliación en la cooperación internacional entre todos los miembros de la Unión para el mejoramiento y el empleo racional de toda clase de telecomunicaciones, para lo cual puede definir nuevas normas industriales, gestionar la utilización del espectro y la aplicación de tecnologías de comunicaciones. De allí su competencia para “formular normas mundiales destinadas a las administraciones y facilitar la reglamentación y/o coordinación de asuntos relacionados con el espectro de radiofrecuencias”.

⁵ Como explican Schifer y Porto, la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor en el campo de las telecomunicaciones, paralelamente con la relevancia que en el plano económico va cobrando este sector. Por ejemplo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), anexo al Acuerdo de la OMC, constituye la primera expresión del sistema multilateral de comercio en materia de servicios, y está estructurado de manera de contemplar las obligaciones y disciplinas generales.

De manera que el proceso de privatización y postprivatización de las telecomunicaciones argentinas presenta una problemática aún no resuelta, que me interesa indagar, mediante una serie de aproximaciones vinculadas a la evolución de los sucesivos marcos regulatorios, que así permitan una relectura alternativa a los hitos principales de este proceso. Observo que esta problemática está conectada a los siguientes extremos, que, en mi opinión, resultan claramente diferenciables:

Primero, a la imperceptible pero certera asunción de posición dominante de las empresas transnacionales actoras del sistema, en materia de regulación, control y prestación, las que progresivamente fueron asumiendo un poder de imposición ostensible, real y tangible. Una nueva forma de poder o un poder de formas nuevas, hasta entonces desconocidas; situación ésta que permite verificar la sustitución del Estado por parte de las empresas del sector y el consecuente desplazamiento y reducción de este —otro Estado soberano— a un sujeto más de la cadena de relaciones jurídico-administrativas en la materia, dado que —como veremos— es solo emisor de una regulación fragmentaria y “porosa”.

Digo que el Estado, en esta nueva realidad, que lleva ya veinte años, es emisor, y no productor de la regulación, ya que la quintaesencia de los dictados del núcleo regulatorio le vienen impuestos —como veremos— por los dictados de una nueva dinámica de intereses públicos, de un orden público global, proveniente de un poliforme *global governance*, que —insisto— reduce al Estado a una figura ciertamente permeable a los dictados de estas nuevas formas de actuación del poder y de mediación de intereses públicos, de carácter eminentemente transaccional.

Nueva realidad que en países económicamente devastados e institucionalmente desarropados, como la Argentina —ejemplo

Específicamente en el campo de las telecomunicaciones, la normativa dictada al amparo de la OMC ha igualado y, en algún caso hasta superado, la importancia de la legislación producida en el seno de la UIT (obra y autores citados, pp. 91-93).

paradigmático de una picardía suicida aplicada a la incesante búsqueda de inagotables fuentes de reinención de una democracia cada vez más formal— no encuentra una racionalidad coherente de internacionalización bajo las nuevas formas del *global governance*, sino que, por el contrario, se queda sola y aislada del mundo bajo los dictados de un *crony capitalism veinteañero*. “Veinteañero”, porque nació a la privatización en 1989; pero, eso sí, anudado bajo la apariencia de un renovado mercadocentrismo, de concurrencia, en pos del cual “lo institucional” postuló regular para la competencia.

Segundo, al errático estatus jurídico del usuario, quien no obstante merecer el doble rótulo de *beneficiario de la prestación y destinatario de la protección*, es sobre quien recae de forma absoluta o, mejor dicho, es quien en realidad soporta —“con sus pesos”— el peso, la externalidad y el coste no trasladable, de su anhelada prestación.

Categoría errática, que —debido al poder omnímodo de los nuevos prestadores— debe tal calificativo a la interacción de un trípode conformado por la desarticulación semántica de su figura, la fragmentación jurídica de su régimen y el carácter omisivo de la protección brindada por el ordenamiento sectorial.

Es, que como veremos, no obstante haberse desarrollado las telecomunicaciones en Argentina bajo la mácula del servicio público, a la luz de la cláusula constitucional de la prosperidad o progreso; no obstante haberse ejecutado mediante una real e insoslayable sustitución de un monopolio estatal por un —al menos— oligopolio privado; a partir de la década de los 90, procurarán estos nuevos actores concebir a las telecomunicaciones principalmente como una actividad de carácter comercial, proponiéndonos —con marcado éxito— que sea el mercado —es decir, aquel soberano privado difuso transnacional del que nos habla Capella—⁶ quien fije las reglas para el funcionamiento del servicio.

⁶ Me estoy refiriendo al proceso de transformación del poder en la actualidad, en los términos presentados por Juan Ramón Capella, al decir: “La crisis del estado intervencionista y asistencial se resuelve en la gran transformación que se produce aceleradamente [en el contexto europeo] desde mediada la dé-

Esta remanida referencia axiológica al mercado, en la que abrevaron reguladores y prestadores para enmarcar a una de las racionalidades del proceso, motiva mis siguientes dos señalamientos, orientados a comprender el marco dentro del cual verdaderamente se inscribió el proceso que comentamos.

El tercero, entonces, se determina por la necesidad de advertir que aquello que en el hemisferio norte puede considerarse mercado, en las empobrecidas realidades del hemisferio sur, a lo sumo asume la forma monopolio privado —o, en el mejor de los casos— de oligopolio privado, que esta supuestamente nueva tendencia conceptual y regulatoria no hace otra cosa que verificar lo dicho hasta aquí, en punto a que la privatización ha sido el producto de

cada de 1970, y que en veinte años origina un mundo nuevo, una Babel de características propias. Para los rasgos del proceso de cambio resulta decisiva la posición de predominio social en que se encontraba el capital transnacional... Componen la gran transformación dos macrofenómenos estrechamente interdependientes entre sí: una mundialización ('desigual' o 'deforme') de las relaciones sociales, y una nueva revolución industrial, la tercera. La mundialización desigual de las relaciones es una globalización multifacética que crea relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta y reorganiza el tiempo y la distancia en la vida social. La mundialización configura un sistema desigual: con un 'sur' del mundo infradotado cuya periferia se hunde en la miseria y un 'norte' trifocal (en torno al Japón, la Unión Europea y Norteamérica), con su propio entorno... En este proceso se hundan casi todas las burocracias industrializadoras carentes de flexibilidad para adaptarse al proceso; y también quedan atrás las estructuras de tipo 'fondista', superadas por formas empresariales transnacionales, generalmente reticulares, que operan segmentando el proceso productivo y deslocalizándolo, con gran capacidad de innovación organizativa... La mundialización impone una nueva estructura o campo de poder: la forma estado pierde su primacía al subordinarse a un soberano privado supraestatal de carácter difuso, con una asignación de funciones nueva en este cambio interrelacionado. El sistema de legitimación tiende a cambiar también, y el derecho se adapta y adquiere rasgos apropiados a la nueva situación. Una nueva cultura, babélica, presencia el enfrentamiento de tendencias contrarias: el impulso a la barbarización de todas las relaciones sociales, que puede desembocar en tiranías integrales y catástrofes sociales duraderas, y la debilitada tendencia a un ulterior afianzamiento, contra las desigualdades estructurales, del proceso de democratización". Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 238 en adelante.

una muy consciente y direccionada política regulatoria “paraestatal” impuesta en bloque a los Estados privatizadores, por los actores económicos con real capacidad de imposición.

Ello así, ya que un dato común a la regulación de la década de 1990 fue haberse programado para el logro de tales objetivos: insisto, el desplazamiento del poder estadocéntrico de normación y control de estas actividades a un *crony capitalism* arropado de mercadocentrismo. Es que a veinte años del inicio del proceso no caben dudas de que la privatización argentina —de manera muy similar a las restantes privatizaciones latinoamericanas— se encarnó en núcleos económicos monopólicos, verdaderos Goliat del *crony capitalism*, que tanto aqueja a los países pobres, que reduce al “regulador” a un juego de apariencias, cuyo objeto será legitimar —siempre bajo apariencia de regulación y control— a una nueva realidad, que no será desregulada sino regulada, controlada y concentrada en los nuevos monopolios privados.

En resumidas cuentas, se trata —como a la vieja usanza— de un negocio atendido y controlado por sus dueños:

Adviértase que toda la regulación emitida durante por lo menos quince años se programó para el logro de esa finalidad. El supuesto regulador juzgó positivamente para el sector, conceptos a los que dotó de significado y efectos propios y concretos, tales como “desregulación”, “liberalización”, “formación de mercados competitivos”; “libertad de elección en el consumo”.

Estos conceptos, ahora devenidos en contenidos normativos, al interactuar de manera concreta a partir del específico objeto y finalidad que debió reconocerles el regulador, posibilitaron la articulación legitimada en el tráfico jurídico a esta nueva dinámica de intereses públicos, sobre cuyo análisis insisto. Implicaron la atribución concreta de títulos legitimantes al *Goliat* para, bajo la apariencia de la desregulación y liberalización, regular él mismo y establecer él mismo a quiénes aceptar, a quiénes rechazar y a quiénes exfoliar del sistema.

Cabe por último señalar que todo este fenómeno irresoluto e inconcluso, arropado de regulación para la competencia, bus-

có encontrar su supuesta finalidad suprema, su supuesta télesis inspiradora, en las razones de orden superior determinadas por la protección de usuarios y consumidores, en consonancia con el programa mentado en el artículo 42 de la Constitución.

Paradójicamente, esta razón última invocada para legitimar lo ilegítimo opera ahora como un reordenador del sistema, fronteras afuera, a partir de la operatividad del sistema interamericano de derechos humanos como un ámbito preminente de internacionalización del derecho argentino, a partir de la cada vez más intensa e innegable fuerza expansiva de los principios, valores y reglas contenidos en la sistemática de sus tratados internacionales.

Es una *ultima ratio*, un último recurso que posibilita ahora el desarrollo de las reglas hermenéuticas necesarias y adecuadas para la reconfiguración de los intereses públicos involucrados, para la recentralización de los destinatarios de la prestación y para la reorientación de los cometidos públicos en el marco de esta nueva arena pública presidida y modulada por un *global governance* anudado fronteras afuera del Estado nacional; en definitiva, para la reordenación de todo un sistema normativo complejo —por su fuerte internacionalización— servicial público, aquejado de una anomia definitiva e irrecuperable de nuestros sistemas jurídicos producida por este dato aquí señalado desde el inicio: el de no llamar a las cosas por su nombre.

1. ¿Por qué hablar de un *crony capitalism*?

Por la posición privilegiada de poder o de cercanía al poder que poseen los actores económicos que gestionan el sector de telecomunicaciones, de suerte que se facilita casi al extremo la obtención de favores de amplio valor económico determinados por el otorgamiento de posiciones o estatus de privilegio más que por la recepción de beneficios directos. Estos comportamientos validan la existencia de comportamientos *rent seeking*⁷ de determi-

⁷ Chudnovsky: “Por *rent seeking* se entiende a los intentos del sector privado por influenciar sobre el sector público para obtener subsidios, monopolios y

nados grupos, de manera que actores económicos que antes resultaban públicamente percibidos de forma positiva como agentes del desarrollo económico ahora aparecen con una percepción negativa fundada en su grado de cercanía o niveles de incidencia con las estructuras estatales decisorias.⁸

De allí que actualmente, al indagarse las circunstancias relacionadas, frente a la pregunta de por qué los gobiernos garantizan tales favores y crean tales condiciones, proponga la formulación de un dilema como respuesta, la explicación de que el *crony capitalism* aparece en tales escenarios como una solución de segundo grado a un fundamental problema de las estructuras gubernamentales: cualquier gobierno suficientemente fuerte para proteger y estimular derechos de propiedad es también suficientemente fuerte para abrogarlos. La consecuente capacidad de un gobierno para arbitrariamente depredar a los poseedores de activos crea un dilema. A menos que el gobierno encuentre una manera de atarse las manos, los inversores no invertirán. Y si

posiciones contractuales preminentes” (Chudnovsky, Daniel *et al.*, *Las recientes crisis sistémicas en países emergentes: las peculiaridades del caso argentino*, Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 2004, p. 22, nota 43).

⁸ Expliqué en mi anterior trabajo: “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, núm. 27, Instituto Paranaense de Direito Administrativo, 2007, pp. 13-15, “a partir del acaecimiento de las crisis económicas latinoamericanas de reciente data, pero especialmente a partir del colapso de la economía asiática de finales de la década de 1990, académicos y reguladores se han interesado en el comportamiento *rent seeking* de determinados grupos... En estas circunstancias, los inversores, que poseen información ilimitada, canalizan fondos hacia proyectos en los que hay altos rendimientos prometidos pero dudosa capacidad de repago, el problema de la selección inversa, la que ocurre cuando deudores de alto riesgo potencial son los que más buscan créditos aún pagando altas tasas de interés y los acreedores conceden dichos créditos. En estos escenarios, no solo se generan crecientes distorsiones en la asignación de recursos, sino que usualmente vienen acompañadas de prácticas poco transparentes tales como la expansión de las oportunidades para comportamientos *rent seeking*, en el marco de relaciones difusas entre el estado y los particulares”.

eso sucede, probablemente no se verifique desarrollo económico. Ahora bien, muchos países no tienen gobiernos limitados, y por lo tanto tienen que resolver este problema de otra manera. Tienen que encontrar una forma de atarse las manos, pero no quieren o no pueden crear mecanismos de gobierno limitado. Entonces, ausente ese mecanismo es que aparece como solución frecuente la expansión de los *crony capitalists*. Ellos posibilitan garantizar la subsistencia de inversores de segunda clase, de suerte que para la perspectiva individual del inversor el problema de la protección universal o individual de sus derechos de propiedad deviene irrelevante: en tanto sus activos estén protegidos los inversores continuarán invirtiendo como si se verificara una protección universal de tales derechos. Desde esta perspectiva, el desarrollo económico puede ocurrir en escenarios de *crony capitalism*, e incluso a pesar de gobiernos no limitados.⁹

De esta manera, según la descripción realizada por la doctrina dominante en la materia, el *crony capitalism* opera mediante alguna de las denominadas tres “posiciones de privilegio”, las que reconocen como elemento común el hecho de que el *cronyism* base su política de expansión en el acceso a un crédito subsidiado determinante de un éxito en sus finanzas a consecuencia de *political assets*.¹⁰ Sus formas pueden ser:

⁹ Cfr. mi anterior trabajo, pp. 14 y 15, siguiendo a Haber, Stephen, *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America. Theory and Evidence*, Hoover Institution, CA, 2006, p. XII.

¹⁰ Krueger, Anne, “Why Crony Capitalism is bad for Economic Growth”, en Haber, Stephen (ed.), *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America. Theory and Evidence*, Hoover Institution, CA, 2006; pp. 22 y ss. La autora señala que las tres formas tienen en común el dato de que el éxito del negocio finca no en el desempeño de la empresa en el mercado competitivo, sino en discernimientos políticos y *nonmarket criteria*. También reconoce la existencia de diferencias, tales como que los costos de las SOE son probablemente más transparentes debido a que normalmente reconocen su fuente de financiamiento en el presupuesto público, mientras que los costos del *cronyism* COE se encuentran ocultos precisamente por la falta de financiamiento público y consecuente innecesidad de llevarlo de registros públicos, a lo que se agrega que el valor económico de las posiciones privilegiadas se hace difícil valorar con precisión.

Primero: el otorgamiento de la titularidad de una actividad empresarial o la delegación de su gestión. Tal lo verificable con la estructura jurídica concesional del proceso privatizador. La situación característica se determina por el apoderamiento de grupos privados de empresas estatales. Se las denomina SOE o *State Owned Enterprises*.

Segundo: consiste en el acceso de los titulares de actividades económicas de titularidad privada a estatus de privilegio, tales como posiciones monopólicas con su consecuente incidencia respecto del acceso a asistencia financiera subsidiada. Se las denomina COE o *Crony Operate Establishments*.

Tercera: se verifica en los favoritismos en la adjudicación de contratos estatales.

Todo esto, sin dudas nos valida y explica las especiales modulaciones y peculiaridades que asume en Argentina el inexorable proceso de internacionalización y crisis del Estado, que gradual y progresivamente viene desarrollándose desde hace aproximadamente veinte años; nos permite comprender una realidad incomprendida, nos permite asumir una identidad perdida y nos permite entender y reencauzar a este *crony capitalism* veinteañero, auténtico fenómeno adolescente, al que aspiramos —merced a esta nueva racionalidad humanitaria— que algún día llegue a ser adulto.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROCESO PRIVATIZADOR

La primera afirmación que cuadra efectuar es que el proceso de privatización de las telecomunicaciones en Argentina, iniciado hace veinte años atrás, y amplificado por intermedio de sus subsecuentes procesos de *desmonopolización* y *desregulación*, convirtió a las empresas del sector en el único actor central del sistema.

Pensemos que el proceso se inició con el traspaso del monopolio público, siguió con la transferencia en propiedad de la red telefónica pública, y se consolidó con el otorgamiento de una licencia única para operar todos los servicios que pudiesen incorporar.

Así, el análisis que efectuaré sobre la evolución del marco jurídico verifica el señalamiento formulado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, al sentenciar:

La mayoría de los cambios legislativos o de reglamentación pueden agruparse en dos amplias categorías: la primera incluye iniciativas que facilitan la introducción de la competencia en varios mercados, el establecimiento de una entidad reguladora y la privatización del operador principal; la segunda categoría es un nuevo grupo constituido por las modificaciones obra de los países que intentan descubrir la forma de ajustarse a la convergencia.¹¹

Inicialmente cabe decir que esta descripción se ajusta a lo sucedido en Argentina. Sintéticamente, puede referirse que en primer lugar se privatizó la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (“ENTEL”), al amparo de la Ley de Reforma del Estado de Argentina, número 23696. El régimen jurídico inicial —que en materia de prestadores se sustentó en el Decreto 62/90 y demás normas concordantes— establecía divisiones de servicios de telecomunicaciones. Se distinguían el servicio telefónico, que se brindaba en régimen de exclusividad, de aquellos otros servicios de telecomunicaciones ofrecidos en forma competitiva como originariamente fueron el *trunking* y el *paging*.

Luego se permitió la competencia en distintos sectores de las telecomunicaciones, a raíz del Decreto 264, de 1998, ya que las distinciones, consagradas a principios de la década de 1990, fueron paulatinamente superadas por el paso del tiempo. Con la masificación de internet se transformó la noción de servicio básico, de acuerdo con la creciente factibilidad de dicha red, de posibilitar la prestación de diversos servicios de datos y telefonía.

Así, la evolución tecnológica permitió que por intermedio del Decreto 764, de 2000, se eliminaran las categorías vigentes entre servicio telefónico, de telecomunicaciones en general y de

¹¹ UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), “Tendencias en las Reformas de Telecomunicaciones. Convergencia y Reglamentación, 1999”.

valor agregado, indicándose que las tecnologías existentes en un momento determinado no pueden condicionar los criterios de prestación de los servicios.

A partir de dicho plexo valorativo se efectuó una regulación integral, con carácter abierto, para evitar que los avances tecnológicos encontraran en la regulación un vallado u obstáculo para su desarrollo en el campo normativo.

La adopción de este carácter abierto de la regulación dictada hace nueve años atrás cumplimentó así la recomendación de la UIT, en punto a señalar que

El desafío para los reguladores es crear una serie de reglamentos coherentes, relevantes y tecnológicamente neutrales que no inhiban el crecimiento del sector, y que, al mismo tiempo, fomenten decididamente la innovación y atiendan de la mejor forma posible a los intereses de los usuarios.¹²

A partir del Decreto 764/00 comienzan a intervenir en el mercado, prestadores que brindan diversos servicios de telecomunicaciones, con lo cual ya resultará quizá limitativo calificar a una empresa como prestadora de servicios de telefonía, o datos, toda vez que puede brindar otro tipo de servicios.

Por tal motivo, a partir de esta norma comenzará a hablarse de “prestador de servicios de telecomunicaciones en forma genérica”, ya que a partir de este nuevo régimen, sobre la base de la convergencia tecnológica y la integración de servicios, se estableció un sistema que permite a todo prestador, aumentar la oferta de ser-

¹² UIT, *op. cit.* Respecto de las cuestiones que se tratarán en el presente trabajo, recomiendo ampliar, entre muchas otras, en las siguientes obras: UIT, Oficina de Radiocomunicaciones, *Manual gestión nacional del espectro*, Ginebra, 1995; Cervio, Guillermo, *Derecho de las telecomunicaciones*, Buenos Aires, Ábaco, 1996; Tau Anzoátegui, Carlos, *Derecho de la radiodifusión. Interpretación jurídica y política*, Buenos Aires, Ábaco, 1999; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, F. D. A.; Tesler, Mario, *La telefonía argentina. Su otra historia*, Buenos Aires, Rescate, 1999; Schifer, Claudio y Porto, Ricardo, *Telecomunicaciones. Marco regulatorio*, Buenos Aires, El Derecho, 2002, en cuya obra se nutrió el presente trabajo.

vicios de acuerdo con sus posibilidades tecnológicas y las demandas del mercado: el reglamento de licencias confiere título para la prestación de servicios de telecomunicaciones, cuyo otorgamiento es sin límite de tiempo, a requerimiento del interesado y siempre que éste cumpla con los requisitos previstos en el mismo.

Como sintéticamente presentamos, vemos que bajo estos criterios amplios se reguló la convergencia. Esta última, si bien fragmentariamente, porque fue sólo limitada al ámbito de las telecomunicaciones, siendo que la radiodifusión no fue incluida por esta norma, más allá de permitir a los titulares de radios y canales de televisión a explotar servicios de telecomunicaciones.

Sentado lo expuesto, a continuación cuadra aproximarnos brevemente en las bases históricas de las telecomunicaciones en Argentina, para luego tratar el ciclo de la nacionalización, antecedente del proceso privatizador, y así llegar al núcleo problemático que nos ocupa.

III. SEGUNDA APROXIMACIÓN: LAS BASES HISTÓRICAS DE LAS TELECOMUNICACIONES ARGENTINAS

En la siguiente reseña que rápidamente se propone, observaremos que Argentina tuvo tres épocas en el desarrollo jurídico institucional de las telcos: una primera, principalmente con compañías inglesas; la segunda, estadounidense, y, por último, el arribo del periodo de administración estatal tributario de la concepción constitucional originaria del servicio público resignificada en el texto de 1949.

El origen de las telecomunicaciones en Argentina se remonta a la segunda mitad del siglo XIX al instalarse el telégrafo juntamente con el primer ferrocarril, denominado "ferrocarril oeste". A partir de esa fecha se extienden los telégrafos, construyéndose la línea telegráfica pública paralela a las vías. Para 1870, el área de la provincia de Buenos Aires contaba con tendidos importantes dirigidos a dos de los más importantes centros del país: Córdoba y Rosario.

El comienzo de la consolidación jurídico-administrativa de las telecomunicaciones argentinas se determina por la creación de la Administración Central de los Telégrafos Nacionales, en 1871, el dictado de la Ley 750 $\frac{1}{2}$ sobre telégrafos, en 1875, la creación de la Dirección General de Correos y Telégrafos de 1876.

Es importante advertir que la propia Ley 750 $\frac{1}{2}$ declaraba la titularidad estatal del servicio por intermedio de su artículo 2o., y consecuentemente facultaba al estado federal y provincial al otorgamiento de concesiones para la construcción de telégrafos. El fundamento para arrogarse tal facultad se encontró en la idéntica naturaleza existente entre este servicio y el de correos, pues ambos servían a la transmisión del pensamiento, de manera que las bases constitucionales de su regulación fincaron en la artículo 67, inciso 13, cláusula constitucional que atribuía como facultad exclusiva del Congreso nacional el “arreglar y establecer las postas y correos generales de la Nación”.

Como vemos, ya desde la génesis argentina se jerarquizó esta actividad a la categoría de servicio público, de titularidad estatal presidido por el régimen de la *publicatio* sentada en la cláusula constitucional del progreso por la que se alentaba al Congreso a la asunción de un rol de franca intervención en la economía, de manera que la advertimos como de arquitectura jurídica original y diferenciada del tradicional constitucionalismo abstencionista demoliberal decimonónico.

El primer intento de telefonía argentina se ensaya en 1878, a dos años de su patentamiento en Estados Unidos por Alexander Graham Bell. Será en los inicios de la década de 1880, precisamente el 2 de marzo de 1881, cuando la presidencia de la nación autoriza por decreto la construcción del primer tendido telefónico de la Ciudad de Buenos Aires, capital de la nación. La autorización se otorgó a favor de la compañía GOWER Bell (empresa de capital inglés), sin otorgamiento de privilegios y para su construcción a riesgo y ventura del empresario.

Se otorgarían, casi simultáneamente, dos autorizaciones más a favor de la Compañía Continental Telefónica del Río de la Pla-

ta —de capital norteamericano— y a la Société du Pantéléphone —empresa belga—.

Un dato original finca en que la unión telefónica del Río de la Plata sufre una escisión por parte de usuarios disconformes con el elevado costo del servicio inglés, decidiendo formar una cooperativa de servicio telefónico de capital enteramente nacional. Así nació la Sociedad Cooperativa Telefónica en 1887, posteriormente denominada Compañía Telefónica Argentina.

A principios del siglo XX, el Congreso Nacional legisla sobre teléfonos y radiotelegrafía. Se sanciona la Ley 4408, de 1904. Declara comprendidas en las disposiciones de la Ley de Telégrafos Nacionales, del 7 de octubre de 1875, a las empresas de teléfonos y radiotelegrafía que liguen un territorio federal con una provincia, dos provincias entre sí o un punto cualquiera de la nación con un Estado extranjero.

Posteriormente, en 1913, se complementa el incipiente marco regulatorio con el dictado de la Ley 9127, denominada “de organización del servicio radiotelegráfico”, mediante la cual se afecta la asunción de la titularidad y prestación estatal exclusiva.

En cuanto al desarrollo de la telefonía, cabe señalar que a partir de 1916 se formaron progresivamente empresas de telefonías regionales. Así, ese año se crea la Compañía Entrerriana de Teléfonos; luego, en 1923, Ericsson estableció el primer enlace telefónico con la Mesopotamia; en 1927, la Compañía Argentina de Teléfonos y las compañías Telefónica Argentina y Unión Telefónica del Río de la Plata pasaron, entre 1927 y 1929, a manos de capitales estadounidenses, al ser adquirida por la ITT (International Telephone and Telegraph Company).

1. *La nacionalización*

El siguiente hito de importancia se produce a partir de la década de 1940, con el comienzo del proceso de nacionalización de la telefonía privada.

Por ley 12864 de 1946 se dispuso la adquisición de los bienes de la empresa United River Plate Telephone Co. Y por Ley 12971, de 1947, se declaró que la empresa mixta Telefónica Argentina, a la que fueron transferidos los bienes, derechos y obligaciones de la United River Plate, es persona de derecho público.

El proceso de nacionalización de empresas privadas de servicio público encontró jerarquización constitucional con la Constitución Argentina de 1949. El informe del despacho constituyente firmado por Arturo Sampay expresaba:

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

Y luego

La prestación de servicios públicos es una de las funciones del Estado, garante del bien común, y es propio en consecuencia, que después de haber experimentado el fracaso del sistema de concesiones a privados debido a que la consideración del provecho individual empujaba a segundo plano la preocupación por el bien general, se reponga en manos del Estado las riquezas y funciones que originariamente le pertenecen.

Como es sabido, a partir de la década de 1940, en un considerable número de países de América Latina y Europa, los servicios de telecomunicaciones comenzaron a ser brindados por empresas estatales, circunstancia que se correspondía con la idea de asignar al Estado el desarrollo de actividades económicas y de prestación de servicios públicos.

La firma del convenio de compra, por parte del Estado argentino, a la International Telephone and Telegraph Corp., del

activo físico de la Compañía Unión Telefónica del Río de La Plata, Ltd, significó la incorporación al patrimonio nacional de la red telefónica más importante dentro de Argentina. La estatizada empresa mixta Telefónica Argentina pasó a denominarse en 1949, Teléfonos del Estado, y en 1956 se llamó ENTEL: empresa estatal que desde entonces hasta la privatización, en 1989, fue el primer actor del servicio público de telecomunicaciones en Argentina, si bien junto con ella continuaron operando la Compañía Argentina de Teléfonos y la Compañía Entrerriana de Teléfonos, junto con algunas cooperativas telefónicas del interior del país.

2. La derogación de la Constitución de 1949, su paradójica ultraactividad

Para comprender la expansión del modelo nacionalizador argentino vale la pena señalar lo siguiente: en 1956 se produce la derogación de la Constitución intervencionista de 1949, y formalmente se procura reinstalar los criterios supuestamente abstencionistas del texto constitucional originario. No obstante ello, dicho acontecimiento no alcanzará al modelo expresamente intervencionista instaurado en 1946, el cual continúa desarrollándose en un Estado francamente interventor y actor principal de la economía desarrollista argentina de mediados del siglo XX. Vale la pena destacar que tales actos de intervención fueron fundamentados en la ya señalada cláusula constitucional del progreso. Bajo esta orientación será como se arribe, dos décadas más adelante, al dictado de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, hoy parcialmente vigente.

3. La prestación estatal y el régimen de la Ley 19.798

Demostrativo de la paradoja apuntada, tenemos que el ciclo de nacionalización dará como resultado el dictado de la

ley de Telecomunicaciones 19.798, aún parcialmente vigente de 1972.

En ella, la categorización de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos está contemplada, no obstante haberse debatido en torno a si la totalidad de los servicios de telecomunicaciones deben ser categorizados como servicios públicos; o si, por el contrario, dicha calificación le corresponde sólo a determinados servicios, como la telefonía básica.¹³

Las siguientes notas informan al sistema:

Primero, si bien no se denomina a los “servicios de telecomunicaciones” (tal la alocución legal) como servicios públicos, lo cierto es que el entramado normativo se teje en torno a tales categorías implicadas. En su articulado se encuentran previsiones tales como: la estructuración de la responsabilidad de los prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones bajo las categorías del servicio público postal. Se establecen la obligatoriedad de gratuidad de prestaciones accesorias como la publicación gratuita del directorio telefónico. Finalmente encontramos la expresa regulación y definición del servicio telefónico.

Segundo, la norma estableció que el Estado era el operador virtualmente exclusivo de los servicios de telecomunicaciones.

Tercero, con sustento en la doctrina de la seguridad nacional prohibió el otorgamiento de autorizaciones o permisos de explotación que resulten incompatibles con la soberanía, el desarrollo o la seguridad nacional.

Cuarto, en sintonía ideológica, la norma consagró al comercio nacional telefónico, mediante la promoción de la adquisición de equipamiento a las empresas argentinas, de modo de fomentar la industria nacional de telecomunicaciones.

¹³ Resulta interesante destacar que la exposición de motivos de esta norma es elocuente respecto de la titularidad estatal del servicio, al decir: “El Estado retiene para sí el monopolio jurídico del transporte de información a distancia y lo ejerce por sus propios medios o lo deja en manos de terceros... bajo las figuras de la concesión o del permiso subordinada la actividad al contralor de su poder soberano”.

IV. TERCERA APROXIMACIÓN: LA PRIVATIZACIÓN¹⁴

Como adelantamos al inicio, de manera uniforme, podría decirse que en la última década del siglo XX se produjo el proceso privatizador a modo compacto en todas las latitudes, si bien con modulaciones propias de las peculiaridades políticas y económicas de cada escenario. En 155 países el cambio no fue solamente tecnológico, sino que la reforma tuvo su correlato en la emisión de nuevos marcos regulatorios o la modificación parcial de los vigentes, pero con un dato común: la similitud asombrosa de contenidos de todos ellos demostrativa de la existencia de un ámbito de producción normativa ajena al Estado nacional. Mejor dicho, la verificación en el fenómeno privatizador, del desarrollo de un ámbito de indisponibilidad del legislador local para establecer autónomamente los marcos regulatorios.

Genérica y uniformemente se sostuvo que los cambios producidos introdujeron mayor competencia en el sector mediante

¹⁴ En Argentina, la producción doctrinaria jurídica en materia de privatizaciones es enorme. No obstante, desde la perspectiva seguida por el autor se recomiendan dos obras de carácter general: Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, FDA, 1998 y sucesivas ediciones, *Después de la reforma del estado*, Buenos Aires, FDA, 1998; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997. A su vez, desde la incumbencia económica, una buena aproximación a la perspectiva crítica puede encontrarse en Azpiazu, D., Schorr, M., "Privatizaciones en la Argentina. Desnaturalización de la regulación pública y ganancias extraordinarias", *Revista Realidad Económica*, núm. 184, 2001; *Desempeño reciente y estructura del mercado gasífero argentino: asimetrías tarifarias, ganancias extraordinarias y concentración del capital*, FLACSO, Segunda Serie de Documentos de Informes de Investigación, núm. 1, 2001; Basualdo, E., *Modelo de acumulación y sistema político en la Argentina. Notas sobre el transformismo argentino durante la valorización financiera*, FLACSO-Universidad Nacional de Quilmes-IDEF, 2001; Basualdo, E., "Las privatizaciones en la valorización financiera de los grupos económicos", *Revista Enoikos*, año VIII, núm. 17, 2000; *Acerca de la naturaleza de la deuda externa y la definición de una estrategia política*, FLACSO-Universidad Nacional de Quilmes-Página 12, 2000; *Concentración y centralización del capital en la Argentina durante la década de los noventa. Una aproximación a través de la reestructuración económica y el comportamiento de los grupos económicos y los capitales extranjeros*, FLACSO-Universidad Nacional de Quilmes-IDEF, 2000.

—principalmente— la conformación de organismos reguladores y la privatización del operador principal.¹⁵

En Argentina, con la sanción de la Ley de Reforma del Estado y Emergencia Administrativa 23696, de 1989, se inició el proceso privatizador de ENTEL y se dictó el marco jurídico que condujo a la desmonopolización y desregulación del sector. La ley de reforma del Estado será la base jurídica sobre la cual se asiente todo el proceso de reforma del marco legal de las telecomunicaciones. Establece tres etapas: privatización, desmonopolización y desregulación de los servicios de telecomunicaciones. En lo atinente a la estructuración del proceso privatizador, cabe decir lo siguiente:

En primer lugar, la ley declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, autorizando al PEN a disponer la intervención de todos los entes y empresas del Estado y a transformar la tipicidad jurídica de estas entidades. De este modo, se configuró el basamento para la privatización de ENTEL, y adviértase que es la primera empresa declarada como sujeta a privatización en el anexo de la ley. Se determinó que para proceder a la privatización de empresas o entidades públicas debía ser declarada cada una de ellas sujeta a privatización, admitiéndose, además, diversas formas de privatización.

Luego, la privatización se implementará mediante una serie de decretos presidenciales. Son los decretos 731/89, 59/90, 60/90, 61/90 y 62/90. Luego, muy posteriormente, la etapa denominada de desmonopolización, tendrá su punto de partida en los decretos 264 y 266, de 1998, siendo que la etapa denominada de desregulación se proyecta a partir del 3 de septiembre de 2000, mediante el Decreto 764/00, por el que se dispone la apertura a la competencia de los distintos servicios de telecomunicaciones y se aprueban los reglamentos de licencias para servicios de telecomunicaciones;

¹⁵ Porto y Schifer, *Telecomunicaciones...*, pp. 28-30. Dichos autores explican: “Así en América Latina, en buena medida, se fue produciendo paulatinamente un proceso de desregulación y privatización del sector que consistió básicamente en la concesión a empresas provadas de la posibilidad de prestar distintos servicios la introducción de factores de competencia en áreas donde el Estado había desempeñado por décadas un rol omnímodo” (*op. cit.*, p. 30).

de interconexión, general del servicio universal y sobre administración, gestión y control de espectro radioeléctrico.¹⁶

1. *El primer paso: el esquema de privatización de ENTEL*

Como explica la doctrina argentina, en 1989, ENTEL contaba un poco más de 3 millones (3.026,732) de líneas en servicio. Dicha red comprendía algo más del 90% del parque telefónico del país (Ericsson tenía el 6% y el resto estaba cubierto por cooperativas locales). En ese momento la Argentina poseía 8.8 líneas por cada cien habitantes. Su privatización fue implementada por el Decreto 731/89, y su modificatorio 59/90, designándose en el ámbito del MEYOSP a un funcionario liquidador. En los decretos mencionados se contemplan, principalmente: la división en áreas de la red telefónica, la incorporación de empresas privadas prestatarias del servicio telefónico, y se establecen los parámetros de conformación del capital social de las licenciatarias y se les reconoce su exclusividad temporal de las licencias.¹⁷

Por medio de los decretos 60/90 y 61/90 se crearon las sociedades que serán titulares de las licencias respectivas y se aprobaron sus estatutos, estableciéndose la licenciataria de servicio básico [LSB]; la Sociedad Prestadora del Servicio Internacional [SPSI] y la Sociedad de Servicios en Competencia [SSEC]. Se les acuerda un objeto social único, consistente en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, a excepción de radiodifusión, con un plazo de duración de 99 años.¹⁸ Como se desprende de la simple lectura de las normas aprobatorias de estos

¹⁶ Respecto de la problemática jurídica concreta de la interconexión y el espectro radioeléctrico se sugiere ampliar en de Kemmeter, Alejandro, “Régimen jurídico del espectro radioeléctrico”, *RAP*, Buenos Aires, núm. 285, junio de 2002, y en “Telecomunicaciones: régimen jurídico de la interconexión de redes”, *RAP*, Buenos Aires, núm. 323, agosto de 2005,.

¹⁷ Reggini, Horacio, *Los caminos de la palabra. Las telecomunicaciones: de Morse a Internet*, Galápagos, 1996, p. 98. Citado por Porto y Schifer, *Telecomunicaciones...*, p. 36.

¹⁸ El decreto presidencial 2332/1990 aprobó los contratos respectivos celebrados entre las licenciatarias y el Estado nacional.

contratos, la concesión del servicio público en este sector implicó en los hechos el monopolio y la exclusividad.

El monopolio, debido a la supresión de la competencia pública o privada, y la exclusividad, se tradujo en el compromiso por parte de la administración, de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio.¹⁹

A. Implementación del proceso privatizador. La paradójica publicización del sistema

Como se comentó, el proceso se implementó mediante la celebración de contratos administrativos anudados con las adjudicatarias en los procedimientos licitatorios. Por ello, las categorías “privatización” y “contrato administrativo” son términos que se predicán. El contrato, para ejecutar la privatización. La privatización, como sistema para coadyuvar a la reducción del aparato estatal. Pero, paradójicamente, esta interacción, lejos de determinar lo que debiera haber sido la consecuente privatización de este nuevo sistema jurídico, implicó su publicización.

La figura del contrato administrativo y la equiparación de las categorías de licencia y permiso a la jerarquía de contrato típico de concesión determinó la publicización de segmentos de estos servicios hasta entonces regidos parcialmente por el derecho privado.

La doctrina argentina explicó este fenómeno: “A partir de la sanción de la Ley 23696 se estableció un régimen unitario de las tres instituciones diferenciadas. Se estableció en el artículo 15, inciso 7o. de la Ley 23696, que

...el poder ejecutivo podrá otorgar permisos licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuviesen afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, en tanto los adquirentes reúnan

¹⁹ Como explican Schifer y Porto respecto de los alcances de los reglamentos comentados: “se dispuso que las LSB tendrán licencias con régimen de exclusividad... a la SPSI se le otorgó también en régimen de exclusividad... Se especifica que tanto a la SPSI como a la SSEC se les estableció un conjunto de reglas... para el período de exclusividad” (*op. cit.*, p. 42).

las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio... En todos los casos se exigirá una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad.

El artículo permite afirmar que el régimen de licencias, concesiones y permisos ha sido configurado como un sistema unitario, sin diferencias, en tanto dichas técnicas de contratación se refieren a la explotación de servicios públicos o de interés públicos y se sujetan a un principio propio de los contratos administrativos de concesión, cual es la de exigir la adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y las ganancias obtenidas. En otras palabras, se instauró el principio del equilibrio económico del contrato administrativo, cualquiera sea la técnica utilizada por el Estado.²⁰

²⁰ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997. El autor explica concretamente el fenómeno, diciendo: “Lejos de la idea de que la privatización de los servicios debería acarrear una privatización de las relaciones jurídicas, se produjo una publicización de tales vínculos, de una intensidad mayor a la pre privatizadora, impactando sobre los siguientes extremos jurídicos de regulación de los servicios: 1o.) el órgano judicial competente para resolver conflictos; 2o.) el régimen jurídico aplicable; 3o.) los derechos fundamentales del usuario y su legitimación amplia para su control. Lo expuesto se corrobora con el análisis de los últimos 60 años. 1a. Etapa: transcurre desde 1945 hasta 1989, en la que encontramos la unificación del titular y del prestador del servicio en el Estado, utilizando para dicha prestación entes descentralizados —entre ellos entes autárquicos, empresas del estado, sociedades mixtas, sociedades del estado— que a los efectos de la prestación del servicio excepcionaban en sus leyes de creación y/o estatutos al derecho público. Por ello resultaba que el régimen jurídico aplicable a la relación usuario prestador público de un servicio era un régimen contractual de derecho privado, sin perjuicio de las notas de derecho público correspondientes a la índole de la actividad servicial pública. 2a. Etapa: La privatización. Comienza en 1990 y en materia de telecomunicaciones mantendrá la misma estructura jurídica a pesar de las tres sub-fases del desarrollo jurídico del proceso de privatización. Está caracterizada por la disociación entre titular y prestador del servicio público. Se delegó en los particulares la prestación del servicio pero sin que en ninguno de los casos se haya producido una transferencia de titularidad del servicio público privatizado ya que se trató de una privatización por delegación de cometidos: importó la transferencia desde el sector público al privado, del ejercicio de la competencia que la administración tiene respecto de determinada actividad. De allí que corresponda sostener que en Argentina se verificó una privatización

Pues bien, sentado lo expuesto, tenemos que los actos impulsores del proceso licitatorio que dio lugar a la privatización se inició por intermedio del Decreto 62/90, por el cual se llamó al concurso

relativa y no una privatización absoluta. Para que esto último se hubiere verificado —no obstante haber estado previsto en la ley de reforma del estado— la transferencia debió haber sido de la titularidad de la competencia. Esto es, debiera haberse verificado una DEJACIÓN —es decir, un cese de la responsabilidad que tal titularidad supone— y no una DELEGACIÓN de la actividad servicial pública. Existió una equivocada interpretación respecto del régimen aplicable a la relación usuario-concesionario. Se entendía que dicha relación era exclusivamente de derecho privado. Pero dicha interpretación adolecía de una insalvable valla y es la supresión por omisión del ordenamiento jurídico aplicable a dichas concesiones, que en vez de continuar con el régimen de derecho privado, P las relaciones jurídicas emergentes, de manera que todos los vínculos jurídicos quedaron regidos por el derecho administrativo. Lo expuesto se comprende a poco que se identifique el sistema de relaciones existente entre los sujetos integrantes del régimen de telecomunicaciones. Mientras que en la primera etapa se identificaban solo dos sujetos publicitó estado-usuario estado concedente; 2o. licenciario; 3o. ente regulador; 4o. usuario, la actual conformación permite identificar a cuatro sujetos: Todos ellos interactúan y confluyen en la relación servicial pública y el dato en común es que sus vínculos se encuentran regidos por el derecho administrativo. Así, entre estado concedente y licenciario. Los liga un contrato administrativo. Luego el Ente regulador por ser generalmente un ente autárquico se encontrará bajo el control de tutela propio del concedente mediante el sistema del recurso administrativo de alzada y la prerrogativa de intervención administrativa. El licenciario se encuentra sometido frente al Ente en la prerrogativa de dirección y control de ejecución de su contrato administrativo, también bajo su potestad regulatoria y sometido a la función jurisdiccional del Ente. El usuario como obligado al pago de la tarifa y como acreedor de la prestación se integra a un sistema que se gestiona bajo normas de derecho público, siendo sus deudores el concedente y concesionario bajo el régimen procedimental administrativo y contractual público.

De lo expuesto surge claro que el régimen jurídico aplicable ante el reclamo del usuario al concesionario en cualquiera de las cuestiones atinentes al servicio es el del derecho público. Ello así porque como principio el derecho público excluye al derecho privado en su aplicación y al interponer el usuario dos reclamos con la misma pretensión, uno ante el concesionario y otro ante el ente regulador, prima el régimen jurídico del ente regulador, que no es otro que el régimen del derecho administrativo, por el que se resuelve en instancia administrativa un reclamo administrativo regido por normas de procedimientos administrativos, que habilita —para la impugnación de las resoluciones del ente— a recurrirlas por el recurso administrativo de alzada ante la autoridad ministerial” (obra y autor citado).

público internacional para la privatización del servicio público de telecomunicaciones, mediante la modalidad de venta de acciones de las sociedades anónimas creadas por el Decreto 60/90.

De esta manera, como lo explican Schifer y Porto en su obra,²¹ en relación con las sociedades licenciatarias mencionadas, tenemos:

1) *Licenciataria de servicio básico*: reglamentariamente se dispuso atribuirles licencias con régimen de exclusividad territorial, para la provisión de enlaces fijos de telecomunicaciones que forman parte de la red telefónica pública o que están conectados a dicha red, y la provisión por esos medios del servicio de telefonía urbana de voz viva; es decir, el denominado servicio básico telefónico. Su objeto social único, determinado en los estatutos de cada sociedad licenciataria, es la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones —con excepción de los de radiodifusión— dentro del alcance de sus licencias. Esta restricción obedeció a la decisión de impedir la extensión del monopolio a todo el territorio comunicacional. Se agregó que mientras estén vigentes las licencias, las sociedades licenciatarias no podrán ampliar ni modificar su objeto social ni mudar su domicilio fuera del país.

En los aspectos atinentes a la especificidad del servicio público se dispusieron las siguientes obligaciones: primero: asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de las prestaciones de los servicios públicos a su cargo. Segundo: el cumplimiento de planes mínimos de servicios públicos en determinadas poblaciones, cuidando de no desconectar a ningún centro habitacional del servicio nacional vía satélite. Tercero: alcanzar metas de servicio en cuanto a penetración de red. Cuarto: el establecimiento de la prohibición de subsidios cruzados entre las LSB, la SSEC y la SPSI.

En cuanto a la exclusividad de las licencias, se precisó que para las LSB y las SPSI era de cinco años contados a partir de los dos años de la fecha de toma de posesión.

²¹ Schifer y Porto, *Telecomunicaciones...*, pp. 36-44.

Es decir, que el monopolio era por siete años a partir de la posesión, pudiendo las LSB y la SPSI pedir una prórroga del periodo de exclusividad por un término adicional de tres años, si acreditaban el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el pliego.²²

Fue contemplada la existencia de operadores independientes (OI), básicamente aquellas cooperativas que prestaban en tiempos de ENTEL el servicio telefónico en sus zonas, determinándose que en dichos lugares las LSB no podrían prestar el servicio telefónico básico. A estos OI se les solicitaba adecuarse a las exigencias del pliego para recibir la exclusividad en la prestación del servicio.²³

2) *Sociedad prestadora del servicio internacional*: la sociedad “Telintar S. A.” fue integrada por las dos LSB. Fue creada por el Decreto 60/90, y mediante el Decreto 62/90 se les atribuyó, también, en régimen de exclusividad, la explotación de los servicios de telefonía internacional, transmisión de datos, télex internacional y enlaces punto a punto internacionales arrendados para telefonía, transmisión de datos y/o servicios de valor agregado. Se estableció también que luego del periodo de exclusividad todos los servicios internacionales, sin exclusiones, serían prestados en régimen de competencia.

Se determinó que los servicios públicos de telecomunicaciones no incluidos en la definición de servicio básico telefónico, ni los

²² Como lo explican Schifer y Porto, agregando: “Se estableció que luego de finalizado el período de exclusividad: 1o.) las LSB podrían solicitar licencias para prestar servicios de datos y otros de valor agregado, en régimen de competencia y también brindar telefonía básica fuera de su área original. Se indicó que debían asegurar y proveer el acceso de todos los enlaces requeridos por otro prestador. Por su parte, se expresó que la SPSI podría prestar otros servicios públicos internacionales de telcos no previstos en su licencia. 2o.) se podrían otorgar licencias para telefonía básica en cualquier lugar del país y que luego de la toma de posesión podrían otorgarse licencias en régimen de competencia, para la prestación de otros servicios públicos de telcos no incluidos en la definición de telefonía básica, excepto radiodifusión, especificándose que cuando esas licencias implicasen el uso de frecuencias u otros medios escasos, deberían realizarse concursos públicos”.

²³ *Ibidem*, p. 41.

prestados por la SPSI, serían prestados en régimen de competencia. Igualmente, se estableció que vencido el periodo de exclusividad, la SPSI debería interconectarse en forma no discriminatoria con nuevos prestadores: la misma obligación se puso en cabeza de las LSB y OI que ofrecían el servicio básico telefónico.²⁴

3) *Sociedad de servicios en competencia*: la sociedad “Startel SA”, también creada por el Decreto 60/90, tuvo a su cargo por el Decreto 62/90 la prestación de los servicios de télex nacional, datos nacional y radio móvil marítimo, en el territorio nacional. Pero asimismo quedó facultada a pedir licencias para otros servicios. En cuanto a sus obligaciones, se le estatuyó el deber de posibilitar la interconexión de sus redes, especificando su deber de que ello sea bajo precios no discriminatorios y públicos, para asegurar la continuidad expansión y calidad de los servicios.

B. *Creación de la autoridad regulatoria. El Decreto 1185/90*

Esta norma es de fundamental importancia ya que: 1) Crea al ente regulador: la Comisión Nacional de Telecomunicaciones; 2) Establece reglas y condiciones para el otorgamiento de licencias, autorizaciones y permisos para prestar servicios de telecomunicaciones, disponiéndose el principio de otorgamiento de licencia para un servicio determinado; criterio que será luego reemplazado por el Decreto 764/2000, que consagra el sistema de licencia única; 3) Fija principios y reglas en materia de interconexión; 4) Estructura las reglas de determinación del cuadro tarifario, y 5) Establece el régimen sancionatorio.

Ahora bien, como consecuencia del dictado de esta norma cobraron especial importancia un conjunto inmenso de reglamentos establecidos para regular los derechos y obligaciones de los distintos actores del sector.

Como ya se dijo desde el inicio de este trabajo, tales regulaciones han seguido la estructura modélica preestablecida por

²⁴ *Ibidem*, p. 42.

la UIT, de suerte que la uniformidad y simetría conceptual alcanzada respecto de los ordenamientos similares en otros países privatizadores resulta llamativa.

Así, fueron dictados reglamentos para cada uno de los servicios, de manera que encontramos los siguientes: *a*) de telefonía básica; *b*) de telefonía de larga distancia; *c*) de servicio universal; *d*) de interconexión; *e*) de licencias; *f*) de operadores independientes; *g*) de telefonía celular; *h*) de comunicaciones personales; *i*) de servicios de avisos a personas; *j*) de servicios de concentración de enlaces (*trunking*), y *h*) de espectro radioeléctrico.

a. El exceso regulatorio sin sistematicidad. Afectación del mandato constitucional de suministro de información adecuada y veraz

La simple mención de cada uno de los reglamentos, así como todo intento por aprehender su totalidad, resulta exhaustiva. De allí juzgamos la procedencia de la crítica ensayada al inicio de este trabajo en punto a que la asistematicidad, yuxtaposición normativa y ausencia de criterios de racionalidad y prelación jerárquico normativa impiden sostener que la regulación haya sido en beneficio de los usuarios ni que haya consultado los parámetros del artículo 42 de la Constitución. Piénsese en la alta especialización que se requiere para la comprensión de esta miríada reglamentaria, a todas luces excesiva.

A las claras se advierte que carece de sencillez, sistematicidad, completitud y eficiencia. Si a ello se le agrega que las supuestas normas que debieran proteger los derechos de los usuarios se encuentran diseminadas a lo largo de todo el marco regulatorio, tenemos la verificación de la clara desarticulación semántica, fragmentación jurídica y carácter omisivo del régimen de usuarios.

Para tener una cabal idea de la falta absoluta de sistematicidad, racionalidad y consecuente atentado a la transparencia dado que por su falta de vinculación entre ellos, sus distintas jerarquías (por cuanto algunos fueron decretos, otros resoluciones

de la secretaría de comunicaciones y finalmente otras simples resoluciones del ente regulador) su relevamiento y aprehensión en un único cuerpo normativo resulta una tarea casi imposible. De hecho, si se consultan las páginas de internet de los organismos oficiales, veremos que esta miríada normativa no está publicada, y afecta de esta manera el derecho de acceso a la información de los usuarios, la que recordemos, nuestra Constitución exige que sea adecuada y veraz.²⁵

V. CUARTA APROXIMACIÓN: LA DESMONOPOLIZACIÓN

El proceso de desmonopolización de los servicios de telecomunicaciones configura la segunda etapa del trayecto iniciado con el dictado de la Ley 23696, de reforma del Estado y la privatización de ENTEL. Esta segunda fase se inicia con el dictado del Decreto 264/98, por el que se impulsa un camino de transición hacia lo que se llamó la plena desregulación del mercado de las telecomunicaciones, que en realidad, como seguidamente veremos, tuvo el efecto contrario: esto es, la desregulación implicó la sustitución del estado por el oligopolio, en lo atinente al rol regulador.

Como explican Schifer y Porto, cabe destacar que en 1998, transcurridos ocho años de la privatización de ENTEL, el sector había experimentado una sensible expansión. En efecto, de tres millones de líneas se había pasado a seis millones, mejorándose además la calidad en la prestación del servicio, medido en as-

²⁵ Sólo para dar una idea del exceso de regulación —y consecuente contradicción con la supuesta desregulación— diremos que sólo en el primero de los servicios, esto es, en materia de telefonía básica, en un breve relevamiento destacamos, entre muchos reglamentos, los siguientes, que podrían ser los principales: a) Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico. D. 1420/92 (derogado); b) el Reglamento General de Calidad del Servicio Telefónico (resol. CNT 136/96); c) Reglamento de Estudios y Análisis de la Opinión Pública sobre Calidad del Servicio Básico Telefónico y Servicios de Telecomunicaciones (resol. SC 83/97), y d) Reglamento General de Contrataciones de Telefonía Básica (resol. CNT 766/98).

pectos técnicos, tiempo de instalación y reparación de teléfonos. La digitalización de la red era casi total mediante la incorporación de la fibra óptica. Unas trescientas cooperativas telefónicas denominadas “operadores independientes” prestaban distintos servicios de telecomunicaciones. La telefonía móvil crecía significativamente, mientras que se había puesto en marcha el satélite doméstico multipropósito denominado *Nahuelsat*.

Por otra parte, se habían entregado más de 900 licencias para explotar servicios de telecomunicaciones en régimen de competencia, entre otras para los servicios de datos, aviso a personas (*paging*), o radioeléctrico de concentración de enlaces (*trunking*).

Frente a este nuevo escenario, el Poder Ejecutivo decidió implementar un particular sistema de desmonopolización de las telecomunicaciones.²⁶ Se consideró que las LSB habían cumplido razonablemente las obligaciones asumidas con motivo de la privatización de ENTEL, por lo cual se dispuso la prórroga del periodo de exclusividad, en determinados servicios, hasta el 8 de noviembre de 1999, fecha en la que se previó la entrada de nuevos operadores.

Claramente, la extensión del plazo de exclusividad verifica la crítica expuesta y exige de mayores comentarios.

Así, mediante el dictado del Decreto 264/98 se establece: 1) La plena liberalización de la telefonía pública; 2) el llamado a concurso para las áreas rurales y la conformación de dos nuevas sociedades, integradas por empresas que cuentan con redes alternativas, para competir oportunamente con las LSB; 3) se determina la fecha cierta de finalización del periodo de transición

²⁶ Sin establecer las diferencias existentes con el modelo argentino, en el cual, lejos de liberalizar, se fortaleció la exclusividad, se señala: “esta transición hacia una plena competencia encuentra fundamento en experiencias internacionales como las de UK, USA, Australia, México y España, a más de las regulaciones de la Unión Europea como ejemplo de un proceso de evolución gradual en la liberalización e introducción de la competencia en el sector de las telcos. Podría decirse que de manera casi universal y uniformemente se adoptaron políticas de liberalización planificada y progresiva en materia de telecomunicaciones”, Schifer y Porto, *op. cit.*, pp. 60-63.

(finales de 1999), fechas a partir de las cuales podrán comenzar a prestar servicios de telefonía dos nuevos operadores: se dispone que estas dos sociedades deberán estar conformadas por operadores de telefonía móvil, canales de cable y cooperativas; 4) a las LSB se les fijan nuevas metas de prestación del servicio para ser alcanzadas mientras se desarrolle esta etapa de exclusividad, disponiéndose que al finalizar este periodo las LSB no podrán hacer negocios conjuntos, y 5) se determina un sistema de competencia abierta y plena en materia de telefonía pública, precisándose que se alentará el desarrollo de las telecomunicaciones en pequeñas localidades.

VI. QUINTA APROXIMACIÓN: LA DESREGULACIÓN. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ASUMIDO POR ARGENTINA CON LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La desregulación del mercado de las telecomunicaciones en Argentina se inicia con el dictado de los decretos 465 y 764/2000, y constituye el tercer paso del camino iniciado con la privatización y continuado con la desmonopolización. Es el final del proceso iniciado en 1989 y la materialización de los acuerdos asumidos por Argentina en la Organización Mundial del Comercio, ratificados por la Ley 25.000. Como lo explican Schifer y Porto, este llamado proceso de desregulación no implicará la supresión de las reglamentaciones antes señaladas, sino que se tratará del reordenamiento de las regulaciones y la simplificación de los procedimientos. Claramente se advierte, si el poder de normación se había desplazado progresivamente y, ya a esta altura, por completo del estado al *crony* capitalista, ya no tenía sentido mantener el antiguo ordenamiento, debía procederse a legitimar el proceso iniciado.

Mediante el Decreto 465/2000 se dispone la plena desregulación del mercado a partir del 9 de noviembre de 2000, para la prestación del servicio de telecomunicaciones sin restricción alguna. Para ello se elaboran los siguientes reglamentos, denominados reglas: 1a.) “Reglas de Licencias para servicios de Telecomunica-

ciones”; 2a.) “Reglas Nacionales de Interconexión”; 3a.) “Reglas del Servicio Universal”, y 4a.) “Reglas de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico”.

Luego, mediante el Decreto 764/2000 se dispone la desregulación de los servicios de telecomunicaciones y se aprueba el conjunto de reglamentos operativos de las cuatro reglas señaladas en el punto anterior: 1a.) de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones; 2a.) Nacional de Interconexión; 3a.) General del Servicio Universal; 4a.) de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico. Su objetivo consistió en levantar las barreras de acceso establecidas previamente, haciendo cesar privilegios explícitos o subyacentes derivados del régimen de exclusividad, estableciendo la competencia sin más transiciones, impidiendo que se mantengan situaciones derivadas de un régimen de monopolio o competencia restringida. Se señala que el Estado regula para la competencia.

A continuación se señalan los aspectos principales de cada regulación.

1. Reglamento de licencias para servicios de telecomunicaciones

Enmarcado en la idea de fomentar un mercado plenamente liberalizado, se flexibilizan los requisitos económicos y de infraestructura para posibilitar la entrada de nuevos operadores.

El nuevo régimen busca justificarse en el impacto de los adelantos tecnológicos: observa que la normativa anterior fijaba divisiones de servicios que no se corresponden con la evolución real de su prestación [tales como las distinciones establecidas entre el servicio telefónico, los servicios de telecomunicaciones y los servicios de valor agregado]. Tales distinciones serían obsoletas, ya que progresivamente internet —la red de redes— se transformará en servicio básico y configurará la red básica, absorbiendo en su prestación a los demás servicios de datos y de telefonía en un periodo relativamente corto.

Por lo tanto, en la nueva norma se eliminan las distinciones vigentes entre servicio telefónico, de telecomunicaciones en ge-

neral y de valor agregado, indicándose que las tecnologías existentes en un momento determinado no pueden condicionar los criterios de prestación de los servicios.

Por tal motivo, se estableció un régimen flexible, permisivo: permitía a todo prestador que estuviera en condiciones de invertir y contribuir a aumentar la oferta de servicios y la posibilidad de elección de los consumidores, que pueda hacerlo sin restricción alguna.

De allí que se señaló establecer un régimen de licencias susceptible de resistir a la obsolescencia jurídica que determinarían los adelantos provenientes de la convergencia tecnológica y la integración, consagrando así un sistema que no riña con normas rígidas a cambiantes tecnologías, que no pretenda imponer un diseño de prestación de servicios administrativamente preestablecidos.

El sistema establecerá una potestad reglada: autorizará al otorgamiento de licencias sin límite de tiempo, a requerimiento del interesado y siempre que el postulante cumpla con determinados requisitos. De modo que el título habilita al prestador a brindar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones, con o sin infraestructura propia, y su otorgamiento es independiente de la asignación de los medios requeridos para la prestación del servicio.

2. *Reglamento Nacional de Interconexión*²⁷

Se dicta en la inteligencia de que el eje central del régimen de competencia es el sistema que regula el acceso a las redes existentes, de manera que si desapareciera o se dificultara la garantía de acceso no habría ni mercado ni competencia. Se sostiene que la economía de la red es un medio elemental para el desarrollo de un mercado de telcos competitivo, de manera que sólo un acceso eficiente por parte de terceros prestadores a la Red Telefónica

²⁷ Ampliar en de Kemmeter, Alejandro, "Telecomunicaciones: régimen jurídico de la interconexión de redes", *RAP*, Buenos Aires, núm. 323, agosto de 2005.

Pública Nacional (RTPN) permite el desarrollo de una competencia efectiva. Así, en este marco se dispone:

1o.) Que los prestadores deben proporcionar la interconexión solicitada por terceros prestadores que necesitan, para la prestación de sus servicios, el acceso a la RTPN.

2o.) Se procura un marco que otorgue a los prestadores de servicios la posibilidad de concretar acuerdos de interconexión a precios razonables, en condiciones transparentes, que garanticen la libre elección del usuario.

3. Reglamento General del Servicio Universal

Estableció que el propósito del SU es lograr que aquella parte de la población que no podría recibir servicios esenciales de telcos en condiciones normales de mercado tenga acceso a ellos. No obstante, se sostuvo que el desarrollo de las redes desaconsejaba extender el SU a otros servicios que no sean el de la telefonía básica, sin perjuicio de la revisión temporal de servicios comprendidos cuando el desarrollo de la competencia torne imperativo garantizar el acceso de la población a un conjunto mayor de servicios de telcos.

El régimen de SU establece las zonas de altos costos y deficitarias cuyos clientes son elegibles para la percepción de los subsidios del SU, y define aquellos clientes que por sus características de consumo son deficitarios a los efectos de la prestación del servicio telefónico fijo, independientemente de su localización geográfica.

*4. Reglamento de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico*²⁸

La norma busca justificarse sosteniendo que para hacer realidad la apertura a la competencia de los servicios de telcos es ne-

²⁸ *Ibidem*, núm. 285, junio de 2002.

cesario el dictado de normas que garanticen la asignación competitiva del espectro radioeléctrico, como vehículo que asegure la libre elección de los consumidores, así como la publicidad de las asignaciones que se efectúen. Ciertamente, se parte de la naturaleza escasa y limitada del espectro radioeléctrico, considerado como patrimonio común de la humanidad.

Se fijan medidas tales como el principio de llamado a concurso, toda vez que hubiera escasez de frecuencias, con publicidad de procedimientos; los mecanismos de publicidad y difusión del estado de ocupación de las bandas de frecuencias, con implementación de las pautas de seguimiento.

VII. SEXTA APROXIMACIÓN: LA PROBLEMÁTICA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES

El actual marco jurídico pareciera conceder a los usuarios de estos servicios una situación privilegiada, pues pareciera garantizarles una extensa gama de derechos, que, a su vez, da la apariencia de convertirlos en los principales actores del nuevo escenario.

Sostengo que hay un escenario de apariencias, porque según seguidamente veremos, las previsiones de la regulación en materia de usuarios no satisfacen la racionalidad aspirada por nuestro artículo 42 de la Constitución Nacional, verdadera carta de derechos fundamentales de los usuarios de servicios públicos.

Estas suposiciones se advierten ya desde la lectura de los considerandos del Decreto 764/00, al destacar la aparente importancia sustantiva que se confiere a los usuarios del servicio de telecomunicaciones, dado que la norma dice expresamente

Que es rol indelegable del Estado, en esta etapa, regular para la competencia y, en el ejercicio de tal potestad, fundar toda la regulación en el derecho de los usuarios, razón última legítima de todas y cada una de las disposiciones de la reglamentación propuesta.

Esta política regulatoria supuestamente destinada a “fundar toda la regulación en el derecho de los usuarios” pareciera encaminarse a fortalecer las condiciones de operatividad que —de por sí— poseen los derechos fundamentales establecidos en el artículo 42 de la Constitución argentina. Sin embargo, como seguidamente expondré, esto no es así, por al menos tres razones principales:

La primera, por la “desarticulación semántica” y consecuente intento de confusión jurídica del régimen aplicable al destinatario de la protección. Desde los inicios del proceso privatizador existió una clara decisión de los actores económicos —con asentimiento de los reguladores— de propiciar la sustitución de la figura del *usuario*, categoría específica, con protección jurídica diferenciada y propia de las relaciones jurídicas serviciales públicas y comprensiva de las de interés público —y por consiguiente sujeta a un régimen jurídico de especial protección merced a los altos cometidos públicos involucrados y la subsecuente alta sensibilidad de las situaciones tuteladas— por la figura de *cliente*, personificada en el *abonado*, categoría ambigua, difusa y sin contornos jurídicos precisos, ajena a las tradicionales relaciones jurídico-públicas, y acaso, afín a ciertas relaciones del derecho privado, y consecuentemente desprovista de un claro estatus diferenciado, susceptible de ser comprendida, o bien por una multiplicidad de normas yuxtapuestas, o bien por ninguna.

Así, la doctrina argentina especializada en telecomunicaciones ha llegado a señalar que

...puede apreciarse que vuelven a aparecer ciertos problemas terminológicos en orden a denominar a la persona a la cual se le brindan los servicios de telecomunicaciones. Se indica que: diferentes criterios se han adoptado para identificar al sujeto que utiliza el servicio telefónico. La jurisprudencia se ha inclinado por llamarlo usuario, mientras que el reglamento general del servicio básico telefónico lo denomina cliente.²⁹

²⁹ Cervio, Guillermo, *Derecho de las telecomunicaciones*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, y Schifer y Porto, *Telecomunicaciones...*, p. 136.

La segunda, por la “fragmentación jurídica” que a consecuencia de la anterior evidencia la protección debida al destinatario de la protección, evidenciada en una multiplicidad de regímenes y normas, yuxtapuestas, acaso contradictorias, con finalidades y bajo sistemas operativos diversos, no interconectados, lo que da como resultado la imposibilidad de determinar el régimen concreto y la consecuente prelación normativa.

Situación, ésta, que ha llevado a sostener que la normativa específica en materia de telecomunicaciones tiene un carácter prelatorio respecto de las normas de defensa del consumidor, al punto de llegar al extremo de sostener la prelación del Decreto 764 del 2000 sobre la Ley 24240.

De manera similar a lo acontecido en el punto anterior, la doctrina argentina ha llegado a sostener:

El artículo 42 de la constitución impone la obligación de dictar las leyes necesarias para desarrollar el principio de protección de los consumidores y usuarios; no pretende que este desarrollo deba llevarse a cabo mediante una única ley de carácter general similar a un código sino que lo que ordena es proveer a la tutela de los consumidores en todos los ámbitos en que sea necesaria... Desde luego que la ley 24240 no contempla la totalidad de las medidas necesarias para proteger a los consumidores y usuarios, dado que en casi todas las ramas del derecho existen normas orientadas a tales fines... La Ley 24240 constituye un capítulo importante pero no agota el derecho del consumidor... El Código Penal reprime determinadas conductas... En el Código Civil se cuentan numerosas disposiciones y lo mismo ocurre en el Código de Comercio. Concordantemente con ello, las leyes de defensa de la competencia, de lealtad comercial y de marcas y patentes, contribuyen a una mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.³⁰

Claramente se aprecia que la posición expuesta no toma en consideración los principios cardinales que presidiendo la espe-

³⁰ Farina, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario, comentario exegético de la ley 24240 y del Decreto Reglamentario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 37 y cons.; y Shifer y Porto, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

cificación de los derechos fundamentales del usuario postulan la integridad de la protección, exteriorizada en la sistematicidad de un régimen que —aventado de yuxtaposiciones y contradicciones— se presente nutrido de las notas de completitud, claridad y sencillez. Ello y no otra cosa es el mandato contenido en el artículo 42, tercer párrafo, de la Constitución argentina, cuando sienta la regla de la “eficacia” como parámetro de razonabilidad para el desarrollo legislativo tutelar de estos derechos fundamentales, asimismo, protegidos por el sistema interamericano de derechos humanos.

A lo que cabe agregar la siguiente observación:

...la defensa de los distintos derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones ha intentado ser establecida en diversos reglamentos, como el de Defensa de la Competencia, del Servicio Telefónico Prestado por Cooperativas y Operadores Independientes, de Calidad del Servicio Básico Telefónico, del Servicio de Audiotexto, de Interconexión, entre otros.³¹

Finalmente, los señalamientos de los autores citados verifican la existencia de una madeja yuxtapuesta y asistemática de normas disímiles, lo cual no hace otra cosa más que verificar aquel aforismo que pregona que demasiada regulación equivale a desprotección.

La tercera, por “el carácter omisivo” de la protección brindada por los diversos reglamentos generales de telecomunicaciones, caracterizados por la vaguedad, imprecisión, superficialidad y generalidad extrema de la protección brindada al destinatario de la protección. Sea el reglamento que se trate, el dato es el mismo. De allí que a título ejemplificativo validemos lo expuesto a través del reglamento general de clientes del servicio básico telefónico aprobado por resolución 10059/99, en los que se establecen diversos derechos —relativos al servicio, facturación y reclamos— los cuales, siguiendo la clasificación de Schifer y Porto, se sistematizan de la siguiente manera:

³¹ Schifer y Porto, *Telecomunicaciones...*, p. 141.

Derechos relativos a la prestación del servicio: el de acceder al servicio básico telefónico, el que será prestado en condiciones de continuidad, regularidad e igualdad; el de elegir libremente entre distintos prestadores del servicio básico telefónico, tanto en el segmento local como el larga distancia; el de ser tratado por los prestadores con cortesía y diligencia; el de rescindir el contrato, sin cargo alguno, previa notificación fehaciente con treinta días de anticipación.

Derechos atinentes a la facturación: el de recibir en las facturas, sin cargo adicional, información sobre la cantidad global de llamadas y su importe o unidades de tasación, según corresponda, y a que la misma sea remitida con una anticipación de diez días a la fecha del vencimiento; el de recibir en las facturas, información sobre las llamadas locales y larga distancia nacional e internacional de acuerdo con la franja horaria en las que se generaron; el de requerir la emisión de un certificado de “libre deuda”.

Derechos vinculados al sistema de reclamos: el de mantener el servicio telefónico, aun ante la falta de pago de los servicios de valor agregado que hayan sido reclamados; el que se le exhiba, ante un reclamo, la información sobre la que está basada su facturación; el de reclamar ante el prestador los importes consignados en la factura y por fallas en el servicio, recibiendo constancia y/o número de registro; el de percibir la indemnización establecida por cualquier incumplimiento en el que haya incurrido el prestador; el de reclamar ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, personalmente, por carta o por teléfono, todo ello sin costo alguno.³²

Se agrega luego la protección estatuida en el Decreto 764/2000, la cual tiene un carácter muy similar a la comentada. En la tésis del decreto se considera que la defensa de los derechos de los clientes y usuarios se consagran en los cuatro reglamentos aprobados, a saber: de licencias, de servicio universal, de interconexión y administración, gestión y control del espectro.³³

³² *Ibidem*, pp. 140 y 141.

³³ *Ibidem*, p. 143.

Pues bien, si bien la consideración y análisis pormenorizado de estas extensas regulaciones excede en mucho los propósitos de este trabajo, quepa decir que en lugar de concentrar en un único corpus normativo, sistemático, sencillo y comprensible por un usuario lego en cuestiones técnicas, el ordenamiento pareciera solapar fragmentaria y aisladamente las escasas normas protectoras, dentro de un universo inaprensible de normas eminentemente técnicas.

Así, de la enumeración expuesta se comprueba lo siguiente:

Primero, la reglamentación reconoce derechos de contenido genérico, formulados con ambigüedad y omitiendo operativizar mecanismos eficaces de tutela de los derechos especificados en el artículo 42 de la Constitución argentina.

Resulta elocuente lo señalado por quienes sostienen las virtudes de la política regulatoria imperante, al decir:

...también deberán ser considerados por las autoridades en la materia, otros temas no menores en su importancia, como los relacionados con la protección de la salud de la población (ej. Posibles afecciones por radiaciones), o aquellos vinculados con la seguridad e intereses económicos de los habitantes (ej. Transporte de la comunicación y tarifas).³⁴

A lo expuesto se agrega que, subsecuentemente, no existen ni previsiones ni mecanismos que con carácter sencillo posibiliten el ejercicio de derechos arquetípicos, tales como, principalmente, el “derecho de privacidad” y el actualmente debatido “derecho de portabilidad numérica”. Respecto del primero, la UIT dijo:

...algunos aspectos de la calidad del servicio que han pasado a primer plano en los últimos años pueden considerarse razonablemente como derechos de privacidad. Estos son, por ejemplo, el derecho a ocultar la identidad de la línea llamante, el derecho a elegir la forma de figurar en las guías telefónicas (lo que incluye el derecho a negarse a recibir llamadas de venta telefónica), y el

³⁴ *Ibidem*, p. 144

derecho a exigir facturas detalladas en las que no figuren todos los números llamados.

Respecto del segundo —entendido como la posibilidad de los clientes del servicio de conservar su número telefónico, aun en el caso de cambiar de prestador o de ubicación geográfica— se erige como una cuestión de trascendental importancia en la actualidad, sobre el cual la UIT dijo: “en un entorno verdaderamente liberalizado, los usuarios deben ser propietarios de sus propios números. La portabilidad del número es un factor cada vez más importante en la liberalización de las telecomunicaciones”.³⁵

Segundo, la reglamentación no estatuye concretas obligaciones positivas y correlativas con los derechos consagrados ni establece subsecuentes sanciones.

Tercero, de todo el arco reglamentario no puede inferirse la existencia de procedimientos tutelares de carácter sencillo, eficaz y oportuno, como así tampoco la existencia de mecanismos concretos y eficaces que posibiliten al usuario contar con herramientas eficaces de “protección de sus intereses económicos”.

No existen mecanismos efectivos que —aprovechando los consecuentes adelantos tecnológicos que posibilitan, cuanto menos, el acceso a la información en tiempo real— le permitan al usuario de manera sencilla y eficaz ejercer un fiel control de los aspectos económico-financieros del prestador en el cumplimiento de sus obligaciones, principalmente referidas a la materia tarifaria y de concreción de las inversiones comprometidas y metas de expansión.

³⁵ UIT, *Tendencias en las reformas de las telecomunicaciones*, 1999, agregando: “el crecimiento explosivo de los servicios y, por consiguiente, de la demanda de nombres y direcciones o números ha hecho patente la necesidad de administrar con cuidado la emisión de nombres y direcciones. En algunos países, existen serias preocupaciones con respecto a la posibilidad de que los números de teléfonos útiles puedan agotarse en los próximos diez años”. Ésta es una de las más importantes cuestiones en la nueva agenda del sector. En verdad, a nivel internacional el derecho a la portabilidad del número ha comenzado en unos pocos países, entre ellos Finlandia y Hong Kong.

Aquí también resultan elocuentes los reconocimientos de quienes sostienen las virtudes del actual esquema regulatorio, al decir:

...en un mercado desregulado, en donde los prestadores operan en un sistema de plena competencia, debe garantizarse muy especialmente el derecho de información de los usuarios. Al respecto se transcribe lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, cuando sostiene que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a... una información adecuada y veraz... Por cierto, el derecho a una información adecuada y veraz es uno de los sustanciales derechos que poseen los clientes y usuarios en este ámbito; por tal motivo se ha destacado su tratamiento... Volviendo al análisis del derecho a la información del usuario, cliente, el Pacto de San José de Costa Rica y otras normas internacionales incorporadas a la Constitución, garantizan el derecho humano a la información, en forma genérica. Ahora, el artículo 42 viene a consagrar una categoría específica del derecho a la información, disponiendo que las autoridades *proveerán a la protección de este derecho*; lo que se traduce en un imperativo para el Estado, en el sentido de garantizar, a través de las medidas concretas, el derecho a la información de los usuarios.³⁶

Pues bien, el estado de orfandad y dispersión normativa, los severos déficit regulatorios, sumado a la ambigüedad del sistema y su consecuente reflejo en el activismo judicial proveniente del accionar judicial de los privados —individualmente, de manera colectiva o por intermedio de ONG—, verifica no sólo las críticas ensayadas, sino la insuficiencia del régimen imperante para satisfacer los requisitos mínimos contenidos en la carta de derechos fundamentales del usuario, especificada en el artículo 42 de la Constitución argentina.

³⁶ Schifer y Porto, *Telecomunicaciones...*, p. 144.

VIII. EPÍLOGO

Recapitulando mis aproximaciones, creo necesario volver sobre la necesidad de recrear la discusión por los contenidos, objetivos y técnicas de actuación de las telecomunicaciones argentinas a partir de los parámetros reordenadores del sistema proveniente del prominente ámbito de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino, contenido en la sistemática de los tratados internacionales de derechos humanos.

Insisto en que, desde mi perspectiva de análisis, sólo la hermenéutica proveniente de una interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos permitirá reconducir el errático decurso jurídico en el que se halla inmerso el régimen de las telecomunicaciones en mi país. Es necesario producir una reflexión situada temporal y espacial respecto de dichas técnicas y su utilidad real y concreta para la atención de los intereses públicos, que averse todo riesgo de interpretaciones disfuncionales, que atenten contra el proceso de reconstrucción de nuestro derecho público latinoamericano, de manera de posibilitar, y en esto hago mías las palabras de Salomoni al decir que esta apertura al mundo sea realizada no a partir de renovadas incorporaciones acrílicas, sino a partir de nuestro pensar situado.

Digo esto, porque parafraseando a ese gran pensador argentino que fue Arturo Jauretche, creo que si la incapacidad para ver el mundo desde nosotros mismos ha sido sistemáticamente cultivada en nuestro país, entonces, la discusión del régimen de las telecomunicaciones debe previamente partir de la comprensión de las cuestiones involucradas en el proceso de internacionalización de nuestros ordenamientos. Ese especial contexto témporo-espacial en el que se inscriben las aproximaciones aquí presentadas, que no es otro que el contexto regional latinoamericano, y que remiten en la actualidad a la reflexión de los nuevos paradigmas que se conforman a partir de los procesos de crisis del estado e internacionalización de nuestros ordenamientos.

Creo que ello es así, a partir de considerar que el problema en el cual se inscribe nuestro tema se determina por el hecho de que con la globalización, el nexo entre crecimiento económico y desarrollo social ha comenzado a mostrar evidentes signos de deterioro, entre otras, por las siguientes razones principales:

- Por un lado, el crecimiento (la expansión) de los mercados se ha traducido en nuevas formas de desigualdad por efecto del renovado desequilibrio entre capital y trabajo.
- Por el otro, lo anterior, genera un empobrecimiento de los bienes sociales como consecuencia del hecho de que los sujetos económicos, bajo el ropaje de los nuevos desafíos de la competitividad global, han acentuado la tendencia a la absorción de recursos.
- Finalmente, por la institucionalización jurídica de un derecho que lo vuelve posible y que asume en un caso el perfil de una *lex mercatoria* autodirigida por la economía y asimismo por la institucionalización de una *lex mundialis* capaz de crear las condiciones para una ciudadanía cosmopolita.³⁷

En fin, para cerrar mis *aproximaciones*, vinculado a la búsqueda sin ambages de la finalidad de los servicios de telecomunicaciones y a modo de justo homenaje a nuestros grandes juristas argentinos del ayer, quiero recrear las enseñanzas que allá por la década de 1950 nos legaba el insigne maestro argentino don Benjamín Villegas Basavilbaso, quien enfatizando la finalidad de *utilidad social* del servicio público decía:

El servicio público, cualquiera fuera la forma de su prestación, no es una actividad económica sino una actividad de carácter social y la causa principal de los inconvenientes que se producen en la prestación de los servicios puede encontrarse, pues, en la mayoría de los casos, en el régimen de las concesiones, que entrega la

³⁷ Greblo, Eduardo, *op. cit.*, pp. 11, 14 y ss., siguiendo su línea argumental.

ejecución de un servicio a una empresa económica y no a una institución que realmente asegure la utilidad pública. Es por esta razón que la regulación del servicio concedido por la importancia social que tiene para la colectividad, lo mismo que para la economía del Estado no es el resultado de una manifestación bilateral entre el estado y el concesionario, no tiene solamente carácter contractual. Son actos reglamentarios que precisan de la prudente intervención de la autoridad pública.

Que así sea.