

Análisis de la Ley 27.078 "Argentina Digital", reguladora de los Servicios de Telecomunicaciones

*Por Esteban Lescano [1]*1.Introducción

El presente artículo busca analizar las principales innovaciones jurídicas contenidas en la Ley 27.078 Argentina Digital sancionada por el Congreso Nacional en diciembre de 2014. En este sentido no pretende abarcar todos los aspectos contenidos en la Ley, sino destacar aquellos aspectos de la regulación que modifican el régimen jurídico preexistente.

A modo de repaso, recordamos que la regulación del mercado de las telecomunicaciones se estructura a partir de la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 del año 1972, y los sucesivos decretos modificatorios, como por ejemplo el Decreto 62/90 que aprobó el Pliego de Privatización de ENTel o el Decreto 764/00, que contiene los principales reglamentos que componen el marco regulatorio del sector de las telecomunicaciones.

Asimismo, este artículo se propone servir de referencia rápida sobre los principales contenidos de la Ley, de modo de permitir al lector no especializado la comprensión del impacto que el nuevo texto normativo posee sobre la prestación de los servicios de telecomunicaciones en nuestro país.

2.El reconocimiento de un nuevo derecho humano

La Ley en análisis, en su artículo 2, establece expresamente que: "Las disposiciones de la presente ley tienen por como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones". Hasta ahora, este derecho no tenía un reconocimiento expreso en el marco jurídico nacional, la Ley 19.798 en su artículo 15 se limitaba a declarar: "Toda persona tiene derecho de hacer uso de los servicios de telecomunicaciones abiertos a la correspondencia pública, de conformidad con las leyes y reglamentaciones pertinentes."

La Constitución Nacional, luego de la reforma de año 1994, otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Sociales entre otros tratados internacionales, que contienen en su articulado menciones al derecho a la información, entendiendo como aquel por el cual "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Conceptualmente el derecho a la información, al incluir entre sus facultades el envío y recepción de informaciones y opiniones por cualquier medio tecnológico, entre los que se incluyen todos los servicios de telecomunicaciones y de comunicación audiovisual, engloba el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones.

Por este motivo, si bien el reconocimiento expreso que hace la nueva Ley a estos derechos puede ser considerado un avance, creemos que hubiese sido más adecuado aludir al derecho a la información conforme se lo define en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna) y así reafirmar su vigencia sin distinción de medio tecnológico, englobando a todos los servicios de telecomunicaciones, actuales o futuros.

Un ejemplo de esta aproximación es la Ley 26.032, aprobada en mayo de 2005, que dispone en su artículo: “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

Asimismo, la nueva Ley 27.078 solo menciona que su finalidad es garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones pero nada dice sobre los alcances o contenidos de este nuevo derecho humano, quedando a la interpretación de los jueces su extensión y aplicación concreta.

3. La separación entre la regulación de los contenidos y de los servicios de transporte y distribución

El artículo 1, luego de declarar que la Ley 27.078 es de orden público, dispone que “excluye cualquier tipo de regulación de contenidos, cualquiera fuere su medio de transmisión”. Esta aclaración resulta fundamental para orientar la lectura e interpretación de la nueva norma, toda vez que, en una posición opuesta, la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual aprobada por el Congreso Nacional en octubre de 2009, sí regula los contenidos transmitidos por los servicios de radiodifusión televisiva y sonora y también alcanza a quienes realizan la distribución y transmisión de esos contenidos, como por ejemplo ocurre con un prestador del servicio de televisión satelital o del servicio de TV por cable.

De modo que la nueva Ley alcanza a las redes de telecomunicaciones, entre las que se incluyen expresamente a las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y redes de televisión por cable, de conformidad a la definición de artículo 7 inciso e) pero no a los contenidos que circulan por ellas.

Esta distinción se explica en el artículo 2 de la Ley, referente a la finalidad de la norma, que dice en su parte pertinente: “Asimismo, se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro”.

De alguna manera el texto legal explicita la importancia de evitar prácticas anticompetitivas basadas en la titularidad de los contenidos o de las redes de telecomunicaciones utilizadas para su transporte y distribución.

Ahora bien, es interesante señalar que mientras los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de tecnologías de la información no se encuentran alcanzados por una regulación de los contenidos, en los términos establecidos por la Ley 27.078, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tienen una doble fuente de obligaciones: a) en lo referente a los contenidos, se rigen por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y b) en lo que respecta a la red de telecomunicaciones que emplean para brindar ese servicio, deben respetar tanto la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual como la nueva Ley Argentina Digital.

En este sentido podemos decir que la Ley sancionada en diciembre de 2014 es convergente en lo que refiere a la regulación de las redes de telecomunicaciones pero mantiene la separación jurídica previamente existente entre los servicios de comunicación audiovisual y los servicios de telecomunicaciones, conservando autoridades de aplicación diferenciadas y criterios distintos para el acceso a las licencias y la prestación de los distintos servicios.

En términos más gráficos, podemos decir que se mantiene en nuestro país la “muralla china” que divide a los servicios de telecomunicaciones, alcanzados por la Ley 27.078 y regulados por la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de los servicios de comunicación audiovisual, regulados por la Ley 26.522 y bajo la órbita de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Esta separación obsta a la convergencia de servicios, especialmente de todos aquellos desarrollados sobre un único medio tecnológico como ocurre con los servicios brindados por medio de Internet.

En este punto, entendemos que si el objetivo de la nueva Ley era fomentar la convergencia de servicios en beneficio del usuario, debió unificarse el régimen legal y la Autoridad de Aplicación para los servicios de telecomunicaciones y los servicios de comunicación audiovisual, revisando los artículos pertinentes de la Ley 26.522.

4. La nueva regulación de los servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones

Hasta el dictado de la Ley 27.078, no existía en nuestro país una regulación para los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios de TIC), como el mismo texto legal los denomina.

Los alcances de la Ley 19.798 Nacional de Telecomunicaciones y sus decretos modificatorios se circunscribían a los servicios de telecomunicaciones, los que se definían en términos similares a los contenidos en el artículo 6 de la nueva Ley.

Así el “Servicio de Telecomunicación: es el servicio de transmisión, emisión o recepción de escritos, signos, señales, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, a través de redes de telecomunicaciones”.

La novedad reside en la regulación de los “Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios de TIC): son aquellos que tienen por objeto transportar y distribuir señales o datos, como voz, texto, video e imágenes, facilitados o solicitados por los terceros usuarios, a través de redes de telecomunicaciones”.

En el proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, los servicios de telecomunicaciones eran una especie dentro del género de los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sin embargo, el texto legal finalmente aprobado modificó esta relación y ambos servicios son independientes sin existir una relación de género- especie entre ellos.

Cuesta imaginar cuáles son los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

que no siendo servicios de telecomunicaciones, en los términos definidos por la Ley, tienen por objeto el transporte y distribución de señales o datos solicitados por los usuarios a través de redes de telecomunicaciones. Ello por cuanto, los servicios de telecomunicaciones son los que proveen la transmisión, emisión o recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones. Ambos servicios emplean redes de telecomunicaciones y transmiten (servicios de telecomunicaciones), transportan o distribuyen (servicios de TIC) los contenidos seleccionados por los usuarios.

Asimismo, cualquiera sea el servicio, ya sea de telecomunicaciones, o de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, requiere de la previa obtención de una licencia ante la Autoridad de Aplicación, requisito que podría haberse evitado, migrando a un esquema de autorizaciones generales como el existente en el derecho europeo desde el año 2003.

De todas maneras, las dudas que pudieran existir sobre el encuadre jurídico de un determinado servicios, seguramente se disipará con la reglamentación de la Ley Argentina Digital, dado que la misma norma dispone para los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que: "Cada Servicio estará sujeto a su marco regulatorio específico".

En la misma línea, consideramos que la reglamentación de cada servicio deberá orientarse a la convergencia entre ellos, facilitando su aprovechamiento por los usuarios, sin imponer distinciones jurídicas donde la tecnología y/o la funcionalidad del servicio no permiten la diferenciación.

Al reglamentar, la AFTIC, deberá fomentar y preservar las condiciones para la innovación tecnológica permanente requerida por este tipo de servicios y tratar adecuadamente los solapamientos que podrían producirse al tratar de encuadrar como Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o como Servicios de Comunicación Audiovisual a servicios novedosos como por ejemplo la TV o la radio brindada sobre Internet.

5. La declaración de servicio público esencial y estratégico de las tecnologías de información y las comunicaciones en competencia

Este aspecto de la Ley 27.078 es tal vez el que más expectativa genera. Tanto quienes han realizado grandes inversiones para el despliegue de redes de telecomunicaciones locales y/o de larga distancia, como quienes carecen de redes propias, han puesto su mirada en los alcances de la declaración de Servicio Público Esencial y Estratégico de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Los primeros buscan entender cómo compatibilizar esta declaración con las inversiones efectuadas; los segundos, cómo aprovechar las redes emplazadas por sus competidores para lograr el aprovechamiento de las mismas.

La Ley en su artículo 6 contiene la siguiente definición: "Servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en competencia: es el servicio de uso y acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre prestadores de Servicios TIC. Este servicio debe ser brindado con características de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad". De la misma manera, el artículo 15 de la Ley 27.078 declara: "Carácter de Servicio Público en competencia. Se reconoce el carácter de servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciatarios de Servicios de TIC". De ambos artículos queda

claro que la declaración de Servicio Público solo alcanza al servicio de uso y acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios de servicios.

Por su parte, el Servicio Básico Telefónico mantiene la calidad de Servicio Público que ostentaba en el marco regulatorio preexistente. Un aspecto a tener en cuenta de la declaración de Servicio Público es que las redes de telecomunicaciones en tanto objeto del derecho y no sujeto, no pueden encontrarse obligadas a cumplir con las exigencias que la declaración de servicio público conlleve.

Los obligados son los sujetos de derecho, es decir los licenciatarios de servicios de telecomunicaciones y/o de servicios de tecnologías de la Información y las Comunicaciones que sean titulares de redes de telecomunicaciones.

De la misma manera, los beneficiarios de la declaración son los licenciatarios de los mismos servicios que requieran el uso y acceso a las redes de telecomunicaciones e indirectamente los usuarios de estos licenciatarios que aprovecharán los servicios brindados mediante la utilización de las redes de los sujetos alcanzados.

La Ley 27.078 define a las redes de telecomunicaciones en el artículo 7 en los siguientes términos: “son los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos, que permiten el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y paquetes u otros) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”.

Como puede apreciarse, la definición propuesta busca incluir a todas las redes con capacidad portante de información, ya sean fijas o móviles, terrestres o satelitales, cualquiera sea la tecnología empleada y aprovechadas para brindar servicios de telecomunicaciones o servicios de comunicación audiovisual.

Por su parte, si interpretamos la declaración desde la perspectiva de sus beneficiarios, vale destacar que la misma incluye el “uso” y el “acceso” de las redes de los sujetos obligados.

El “acceso” lo define la propia Ley en su artículo 7° como: *“es la puesta a disposición de parte de un prestador a otro de elementos de red, recursos asociados o servicios con fines de prestación de Servicios de TIC, incluso cuando se utilicen para el suministro de servicios de contenidos audiovisuales.”* En el mismo artículo luego de definir la interconexión, la nueva Ley aclara que *“La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre prestadores de Servicios de TIC.”*

De este modo, si bien el “uso” no se encuentra definido en el texto legal, no quedan dudas que el “acceso” es un concepto amplio que incluye tanto la puesta a disposición de elementos y recursos de red como la prestación de servicios por parte del sujeto obligado.

Claramente, serán los titulares de esas redes quienes deberán brindar el acceso y el uso a los prestadores de los servicios de telecomunicaciones y de Servicios de TIC que así lo soliciten.

Un aspecto directamente relacionado con la declaración de servicio público es la posibilidad para la Autoridad de Aplicación de definir tarifas para los servicios públicos esenciales y estratégicos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en competencia, en los términos del artículo 48 de la Ley Argentina Digital.

La regulación tarifaria tiene un impacto directo en la inversión en redes por parte de los prestadores y es por ello que la Autoridad de Aplicación deberá analizar detenidamente la conveniencia o no de aplicar tarifas máximas al uso y acceso a las redes entre licenciatarios, especialmente cuando se trate de prestadores que no ostentan una posición significativa de mercado o cuya red de telecomunicaciones no reviste el carácter de facilidad esencial en los términos de la Ley 27.078.

Por otra parte, la declaración de Servicio Público se complementa con el régimen de acceso e interconexión que establece la Ley, imponiendo sobre todos los prestadores la obligación, y el consiguiente derecho, de suministrar el acceso y la interconexión a todo licenciatario de Servicios TIC y servicios de telecomunicaciones que lo solicite.

Como innovación, la Ley 27.078 dispone en su artículo 41 que: “La Autoridad de Aplicación podrá determinar condiciones particulares de acceso e interconexión con las redes que fueran propiedad del Estado Nacional o de sociedades con participación estatal mayoritaria.”

6.El Ingreso de las licenciatarias de servicios de telecomunicaciones y de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones a los servicios de comunicación audiovisual

Tal vez este sea el fundamento último de todo el cuerpo legal aprobado en diciembre de 2014, posibilitar el ingreso de las licenciatarias del Servicio Básico Telefónico, que tenían vedada esa posibilidad por el Decreto 62/90, que aprobó el Pliego de Privatización de ENTel, y por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522.

Haciendo un rápido repaso, el Decreto 62/90 obligó a las LSB, licenciatarias del Servicio Básico Telefónico a contar con un objeto societario exclusivo que excluyera la prestación de servicios de radiodifusión. Por su parte, la Ley 26.522 prohibió expresamente el acceso a las licencias de servicios de comunicación audiovisual a las personas que sean directores o administradores de persona jurídica o accionistas que posean el diez por ciento (10%) o más de las acciones que conforman la voluntad social de una persona jurídica prestadora por licencia, concesión o permiso de un servicio público nacional, provincial o municipal (artículos 24 y 25).

Bajo la vigencia de ambas normas, ni Telefónica de Argentina SA ni Telecom Argentina SA podrían acceder a licencias de servicios de comunicación audiovisual, puesto que se trataría de la prestación de servicios de radiodifusión, expresamente vedados por el objeto exclusivo exigido por el Decreto 62/90 y porque el Servicio Básico Telefónico reviste, sin duda, el carácter de servicio público.

Ahora bien, la Ley Argentina Digital elimina estas barreras en su artículo 9, al establecer que: “Los licenciatarios de los servicios previstos en esta ley podrán brindar servicios de comunicación audiovisual, con excepción de aquellos brindados a través de vínculo satelital, debiendo tramitar la licencia correspondiente ante la autoridad competente”.

A partir de la nueva Ley no quedan dudas, los sujetos que estaban vedados de acceder a las licencias de servicios de comunicación audiovisual quedan habilitados expresamente a tramitar la licencia correspondiente.

La única excepción son los servicios de comunicación audiovisual brindados a través de vínculo satelital. Este es un agregado que surgió de las negociaciones previas a la sanción de Ley por el Congreso Nacional y que busca evitar que con una mínima inversión los grandes prestadores del Servicio Básico Telefónico puedan irrumpir en la prestación del servicio de TV satelital.

De la misma manera, el citado artículo 9 exceptúa expresamente a los licenciatarios de servicio público relacionados con el ámbito de aplicación de esta Ley de las condiciones de admisibilidad establecidas por la Ley 26.522, que impiden el acceso a las licencias de los prestadores de servicios públicos nacionales, provinciales y municipales.

Seguidamente, el artículo 10 establece obligaciones especiales para los licenciatarios que reúnan la condición de prestadores de servicios de telecomunicaciones y de TIC y de prestadores de servicios de comunicación audiovisual: conformar unidades de negocio separadas, llevar contabilidad separada y facturar por separado los diferentes servicios, no incurrir en prácticas anticompetitivas, como subsidios cruzados, facilitar el acceso de los prestadores competidores a la infraestructura de soporte (postes, mástiles y ductos) y respetar las incumbencias y encuadramientos profesionales de los trabajadores de las distintas actividades.

Por su parte, el artículo 94 de la Ley establece que la Autoridad de Aplicación *“formulará un plan de implementación gradual con el objetivo de establecer las pautas y los requisitos que los licenciatarios TIC deberán cumplir en relación a lo dispuesto en los artículos 9° y 10° de esta ley...”*

El contenido y alcances del plan de implementación gradual resulta de fundamental importancia, especialmente teniendo en cuenta las diferencias que existen entre el mercado de los servicios de telecomunicaciones y el de los servicios de comunicación audiovisual, sus jugadores principales y la cantidad de clientes que cada uno de ellos tiene.

En este sentido, la Ley dispone expresamente en el mismo artículo:

El plan de implementación gradual tendrá como finalidad primordial fijar las condiciones necesarias para garantizar la competencia y deberá tener en cuenta los siguientes parámetros:

a) Establecimiento de zonas de promoción por plazos limitados (...) Dentro de los plazos establecidos los licenciatarios de Servicios de TIC con poder significativo de mercado no podrán prestar servicios de comunicación audiovisual.

b) Fomento y resguardo de las denominadas redes comunitarias (...).

c) Establecimiento de incentivos para el despliegue de infraestructura regional y fortalecimiento de actores locales (...).

d) Establecimiento de asimetrías regulatorias (...) tendientes al desarrollo de una efectiva competencia, determinando un conjunto de derechos y deberes diferentes para un prestador respecto de otro, aun cuando ambos actúen en el mismo mercado geográfico brindando servicios equivalentes (...).

La mención que realiza la Ley Argentina Digital a las asimetrías regulatorias como herramienta para garantizar la efectiva competencia deberá ser desarrollada cuidadosamente por la Autoridad de Aplicación, al momento de aprobar el Plan de Implementación Gradual, de manera de combinar el fomento de la competencia y la garantía constitucional de igualdad ante la Ley.

Finalmente, en relación con el ingreso de las licenciatarias de servicios de telecomunicaciones y de TIC a los servicios de comunicación audiovisual, el artículo 95 de la Ley Argentina Digital encomienda a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) la determinación de las condiciones aplicables. Teniendo en cuenta que si la licencia solicitada tuviera como objetivo la prestación de los servicios de TV por suscripción y existiera otro prestador en la misma área de servicio, deberá realizar una evaluación integral de la solicitud que contemple el interés de la población y solicitar un dictamen vinculante de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que establezca las condiciones de prestación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de los plazos de promoción establecidos en el artículo 94 inciso a).

7.La expropiación del fondo fiduciario del servicio universal

El texto legal bajo análisis innova en lo que respecta a la concepción del Servicio Universal y de los recursos económicos destinados a su concreción.

En este sentido, el artículo 18 dispone que el Estado Nacional es el garante del Servicio Universal y lo define como:“el conjunto de Servicios de TIC que deben prestarse a todos los usuarios, asegurando su acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de su localización geográfica.”

Si bien la norma no lo dice, deberá interpretarse que incluye también a los servicios de telecomunicaciones, tal como ocurre en la actualidad.

El artículo 20 establece que el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Autoridad de Aplicación, define la política pública a implementar para alcanzar el objetivo del Servicio Universal.

Desde el punto de vista del financiamiento, la nueva Ley mantiene la figura del aporte obligatorio por parte de todos los licenciatarios a un fondo fiduciario del Servicio Universal.Sin embargo, innova en cuanto a la titularidad de este fideicomiso que deja de ser privado para pasar a formar parte del patrimonio del Estado Nacional.

Esta modificación no aplica solo hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia de la Ley Argentina Digital sino que, por imperio del artículo 91 del mismo cuerpo legal, los fondos que actualmente se encuentran depositados en el fideicomiso privado administrado por el Banco Itaú“quedarán integrados” al nuevo fideicomiso de titularidad del Estado Nacional.Esto es, lisa y llanamente, una expropiación de los importes depositados por los licenciatarios de servicios de telecomunicaciones en el Fondo Fiduciario del Servicio Universal. Expropiación que no respeta el artículo 17 de la Constitución Nacional en cuanto a la declaración expresa de utilidad pública y a la indemnización a los fiduciantes que han realizado los aportes.

Un punto adicional a destacar es que la Ley 27.078, en su artículo 25, faculta a la Autoridad de Aplicación a encomendar la ejecución de los planes y programas de Servicio Universal a las

Empresas y Sociedades del Estado, en los términos del artículo 8 inciso b de la Ley 24.156.

Estas modificaciones del régimen actual implican una desnaturalización del aporte de inversión al Servicio Universal realizado por los prestadores, constituyendo un nuevo gravamen que ingresa al patrimonio del Estado Nacional y que puede ser destinado a financiar a Empresas y Sociedades del Estado que contribuyan al desarrollo de los objetivos del Servicio Universal definidos discrecionalmente por el propio Estado por medio de la Autoridad de Aplicación.

8.La neutralidad de red

El artículo 1° de la Ley Argentina Digital manifiesta: “Declárase de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes”. Asimismo, el artículo 56 completa esta declaración en los siguientes términos: “Se garantiza a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación.”

Por su parte, el artículo 57 impone como conductas prohibidas para los licenciatarios:

- a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.
- b) Fijar el precio de acceso a Internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos.
- c) Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier hardware o software para acceder a Internet, siempre que los mismos no dañen o perjudiquen la red.

La consagración legal de la neutralidad de red es tal vez el punto más destacable de la nueva Ley, en tanto se alinea con la defensa de la libertad de expresión en Internet y la protección de los usuarios, tal como propone la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión de Internet, del año 2011, emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Del mismo modo, los tres artículos de la nueva Ley que refieren a la neutralidad de red condensan en gran medida el proyecto de ley que había obtenido consenso en la Comisión de Sistemas, Medios y Libertad de Expresión de la Cámara de Senadores de la Nación.

9.La autoridad federal de tecnologías de la información y las comunicaciones

La nueva Ley Argentina Digital reemplaza el esquema anterior de separación de las competencias regulatorias según el cual la Autoridad de Aplicación era la Secretaría de Comunicaciones y la Autoridad de Control la Comisión Nacional de Comunicaciones.

De acuerdo con el artículo 77, se crea como organismo descentralizado y autárquico, en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) como nueva Autoridad de Aplicación de la Ley.

La AFTIC es continuadora de la Secretaría de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Comunicaciones (artículo 79), al mismo tiempo que recibe bajo su órbita a la Empresa Argentina Soluciones Satelitales SA (ARSAT), creada por Ley 26.092, el Correo Oficial de la República Argentina (CORASA) y el programa Argentina Conectada (artículo 87). Las funciones de la AFTIC son la regulación, el control, la fiscalización y verificación de los Servicios TIC, los servicios de telecomunicaciones y los servicios postales (artículo 80).

La Ley Argentina Digital enumera las amplias competencias de la AFTIC en su artículo 81, entre las que pueden destacarse: la regulación y promoción de la competencia y el desarrollo de las telecomunicaciones, el otorgamiento de licencias, autorizaciones y permisos, la aprobación de Planes Técnicos Fundamentales, la emisión de las normas técnicas de interconexión de las redes de telecomunicaciones, la resolución de conflictos entre prestadores, la definición de actores con Poder Significativo de Mercado, la definición de tarifas para los servicios y la imposición de sanciones por infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias.

La AFTIC es conducida y administrada por un directorio de siete miembros nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional. Estos directores son propuestos según el siguiente detalle: dos por el Poder Ejecutivo Nacional, uno de los cuales reviste el carácter de presidente del organismo, tres por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización, a razón de uno por la mayoría parlamentaria o primera minoría, uno por la segunda minoría y uno por la tercera minoría, uno por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y uno por el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización que crea la Ley. El mandato es de cuatro años y pueden ser reelegidos por un periodo.

La Ley innova en cuanto a la creación de un Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización (artículo 85), como un organismo de asesoramiento para la AFTIC en el diseño de la política pública de telecomunicaciones, que se compone de miembros representativos de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las entidades que agrupan a los prestadores de telefonía fija y móvil, las entidades que agrupan a los prestadores sin fines de lucro, las entidades que agrupan a los prestadores de conectividad, banda ancha o internet, el Consejo Interuniversitario Nacional, las entidades sindicales de los trabajadores de Servicios de TIC, las entidades o empresas proveedores de servicios de TIC y las asociaciones de usuarios y consumidores. Todas las designaciones tienen una vigencia de 2 años.

A modo de comentario sobre el diseño institucional propuesto por la Ley, resulta loable la creación de un nuevo organismo como la AFTIC, que reemplace a la Comisión Nacional de Comunicaciones, y culmine así con la intervención permanente por parte del Poder Ejecutivo Nacional como ocurrió los últimos 12 años.

Sin embargo, llama la atención la escasa representación del sector privado y de los usuarios en la conformación del organismo. En este sentido, ni el sector privado ni los usuarios cuentan con un lugar en el directorio de la AFTIC y en el Consejo Federal son solo una minoría ante una abrumadora mayoría de actores públicos.

En el caso de la carencia de representación de los usuarios en el directorio del regulador señalamos que no se estarían respetando las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional que establece:

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previando la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.^[2]

Otro aspecto a señalar sobre el nuevo organismo es su falta de independencia en relación con la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales (ARSAT), que en su carácter de licenciataria de servicios de telecomunicaciones se encuentra en competencia con los restantes prestadores privados. En este sentido, la Ley Argentina Digital estaría modificando tácitamente las previsiones de la Ley 25.000 que aprobó el IV Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, en el marco de las obligaciones asumidas ante la Organización Mundial del Comercio.

Este protocolo dispone expresamente, como obligación de los Estados signatarios del Acuerdo, asegurar la independencia de la Autoridad de Aplicación de cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones en los siguientes términos:

5. Independencia del ente regulador

El ente regulador será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones básicas, y no responderá ante él. Las decisiones del ente regulador y los procedimientos aplicados serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.

10. Otros aspectos relevantes

Si bien el presente artículo no tiene por finalidad agotar todas las cuestiones que la nueva legislación plantea y ya se han enunciado, a criterio de este autor, las principales innovaciones regulatorias, resulta necesario hacer una mención puntual a otros aspectos relevantes contenidos en la misma y que seguramente serán desarrollados por la reglamentación que en el futuro dicte la Autoridad de Aplicación. 1) La migración a la Licencia Argentina Digital

Entre estos aspectos requiere una mención especial el contenido del artículo 93 que dispone:

Régimen de Transición. Licencias. A los actuales licenciarios, operadores, prestadores y autorizados bajo el régimen instruido en el Decreto 764/00 y sus modificatorios se les aplicará el régimen previsto en la presente.

Al momento de la sanción de la presente, y sin más trámite, los títulos habilitantes actualmente denominados "Licencia Única de Servicios de Telecomunicaciones" serán considerados a todos los efectos "Licencia Única Argentina Digital" sin mutar en su contenido, alcance y efectos.

A primera vista parecería que el legislador ha olvidado las licencias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 764/00. Como por ejemplo, las conferidas en el marco del Decreto 62/90, entre las que se encuentran las licencias de las LSB (Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico) y de los Operadores Independientes que brindan el Servicio Básico Telefónico. O también las otorgadas en el marco del Decreto 264/98 que abrió la transición desde la exclusividad a la competencia en la prestación de los servicios telefónicos e internacionales.

Del mismo modo, la expresión del segundo párrafo del artículo 93 que aclara que la conversión de Licencia Única a Licencia Argentina Digital “sin mutar su contenido, alcance y efectos” puede generar equívocos interpretativos, en tanto un mismo título jurídico, la Licencia Argentina Digital, podrá tener diferentes consecuencias jurídicas en función del sujeto titular, el momento en que se obtuvo la misma, etc.

Estas omisiones y deficiencias del texto legal deberán ser resueltas por vía reglamentaria para evitar que se genere incertidumbre sobre el marco jurídico aplicable a las licencias de servicios de telecomunicaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley y con posterioridad a ella.

2)La Prioridad Satelital

La nueva Ley 27.078 establece en su artículo 35 que: “Para la prestación de facilidades satelitales se dará prioridad al uso de satélites argentinos”.

A este efecto define como satélites argentinos a los que utilicen recursos órbita – espectro a nombre de la Nación Argentina, a los construidos en la Nación Argentina o a las empresas operadoras de satélites de propiedad del Estado Nacional o en las que éste tuviere participación accionaria mayoritaria.

La norma asimismo aclara que la prioridad tendrá efecto “sólo si las condiciones técnicas y económicas propuestas se ajustan a un mercado de competencia” a criterio de la Autoridad de Aplicación. La decisión de priorizar los satélites nacionales seguramente repercutirá en el mercado de provisión de las facilidades satelitales y resulta de suma importancia que la Autoridad de Aplicación dicte la reglamentación que establezca las condiciones técnicas y económicas que aplicarán para el ejercicio del derecho de prioridad.

3)La VMT

Otro de los aspectos relevantes de la Ley Argentina Digital es la obligación para la Autoridad de Aplicación de definir, en un plazo no mayor a los ciento ochenta días de su entrada en vigencia, la Velocidad Mínima de Transmisión o VMT, parámetro que deberán cumplir los licenciatarios de los servicios de telecomunicaciones y de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones. El objetivo de la VMT es asegurar, en palabras de la misma Ley “la efectiva funcionalidad de los Servicios de TIC.” (*conf. Art 58*). Del mismo modo, la VMT deberá ser provista a los usuarios finales de los servicios y deberá ser revisada cada dos años.

4)La eliminación de la larga distancia

Esta innovación dispone que *“a los efectos de resguardar la funcionalidad del Servicio de TIC, éste deberá ser brindado en todo el territorio nacional considerado a tales efectos como una única área de explotación y prestación”* (artículo 55 segundo párrafo).

De la lectura del artículo se puede interpretar que, si bien menciona a los Servicios de TIC en general, aplica también a los Servicios de Telecomunicaciones, especialmente al Servicio Básico Telefónico y a los servicios de Telefonía Local y de Larga Distancia Nacional e Internacional que hasta la sanción de la Ley requerían de registros diferenciados dentro de las licencias obtenidas por los prestadores.

La reglamentación deberá modificar el Plan Fundamental de Numeración Nacional (PFNN) aprobado por Resolución SC 46/97, así como la Estructura General de Tarifas (EGT) aprobada por el Decreto 92/97 a fin de adecuar estas normas, y la forma en la que se brinda hoy el servicio telefónico, a la nueva disposición legal.

Del mismo modo, es importante que la regulación de servicios estrechamente relacionados con áreas geográficas determinadas, como ocurre por ejemplo con el Servicio de Telefonía Móvil (STM), Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), Servicio de Comunicaciones Personales (PCS), Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (Trunking) y Servicio de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA), por citar solo algunos, se adecue a la previsión legal que establece una única área de explotación y prestación.

5) La Asignación Directa de Frecuencias

El artículo 31 permite la asignación directa de frecuencias por parte de la Autoridad de Aplicación a organismos nacionales, entidades estatales y entidades con participación mayoritaria del Estado Nacional.

Si bien esta posibilidad ya existía por el Decreto 2426/2012 que modificó el Anexo IV del Decreto 764/00, no deja de ser una disposición polémica en tanto que, siendo el espectro radioeléctrico un recurso escaso, los concursos y subastas en la asignación aseguran la efectiva utilización del mismo, mientras que las asignaciones directas, al no requerir contraprestación son propensas a la subutilización de las frecuencias. 6) La Derogación de la Ley 19.798 y del Decreto 764/2000

El artículo 89 de la Ley en análisis dispone que “La Ley 19.798 y sus modificatorias sólo subsistirá respecto de aquellas disposiciones que no se opongan a las previsiones de la presente ley.”

Por su parte, el artículo 92 del mismo texto legal dice:

Derógase el decreto 764/00 y sus modificatorios, sin perjuicio de lo cual mantendrá su vigencia en todo lo que no se oponga a la presente ley durante el tiempo que demande a la Autoridad de Aplicación dictar los reglamentos concernientes al Régimen de Licencias para Servicios de TIC, al Régimen Nacional de Interconexión, al Régimen General del Servicio Universal y al Régimen sobre la Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico.

En virtud de ambos artículos, se impone una tarea interpretativa ardua para el lector, toda vez que es necesario dilucidar cuáles son las disposiciones de la Ley 19.798 que no se oponen a la Ley 27.078.

A modo de ejemplo, vale citar que la Ley Argentina Digital nada dice sobre la exención de gravámenes establecida para el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo por parte de los licenciarios de servicios públicos de telecomunicaciones, incluida en el artículo 39 de la Ley 19.798 y que ha originado varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ante este silencio y dada la deficiente técnica legislativa del artículo 89 de la nueva ley, podría interpretarse que la exención ha quedado derogada tácitamente por oponerse a los postulados de la Ley, modificándose el régimen impositivo de todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones que operan en nuestro país.

En una situación similar se encuentra el Decreto 764/00, que si bien ha sido derogado por la nueva Ley, subsistirá hasta tanto se dicten los reglamentos que reemplazan sus cuatro anexos. Así por ejemplo, vale preguntarse qué ocurre si la Autoridad de Aplicación no dicta estos reglamentos o dicta algunos y otros no. En este escenario, parecería que la solución sería una vigencia parcial del Decreto 764/00 y sus anexos.

Claramente esta peculiar situación jurídica se podría haber evitado, manteniendo la vigencia del Decreto 764/00 y sus anexos, en tanto no sean expresamente modificados por la Ley Argentina Digital o por los reglamentos que la Autoridad de Aplicación dicte. Todo ello en pos de otorgarle a los licenciatarios y a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones mayor seguridad jurídica y previsibilidad en las interpretaciones de las normas en juego.

11. Conclusiones

Se han reseñado las principales innovaciones contenidas en la Ley 27.078 denominada Argentina Digital que modifican el régimen jurídico preexistente a su sanción. En este sentido, sin pretender abarcar todos los temas y tampoco agotar los tratados, la intención es que el presente artículo sirva como guía para la lectura del nuevo marco normativo.

A modo de repaso, entendemos que hay temas que son centrales en la Ley y que generan expectativas por parte de los prestadores actuales y futuros.

Así por ejemplo, el ingreso de los licenciatarios de Servicios de TIC y de Telecomunicaciones a los Servicios de Comunicación Audiovisual, la Declaración de Servicio Público esencial y estratégico del uso y acceso a las redes de telecomunicaciones entre prestadores, la separación entre la regulación de contenidos y de los servicios de transporte y distribución, constituyen piezas fundamentales del nuevo marco regulatorio.

Del mismo modo, la creación de una nueva Autoridad de Aplicación, la AFTIC, en tanto encargada del dictado de las normas reglamentarias, es el núcleo a partir del cual todos los postulados de la Ley deberían concretarse.

Desde el punto de vista de la convergencia, podemos afirmar que la Ley Argentina Digital es convergente en cuanto a la regulación de las redes empleadas por los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de servicios de comunicación audiovisual, pero excluye la convergencia a nivel de servicios, manteniendo un régimen legal y una Autoridad de Aplicación diferenciados para los servicios de telecomunicaciones y los servicios de comunicación audiovisual. Esta diferenciación puede generar efectos negativos en la innovación, porque desde el punto de vista tecnológico cada vez es más difícil hacer distinciones entre servicios y más aún cuando la distinción tiene como única finalidad la aplicación de una u otra norma legal.

Otro aspecto que preocupa es cómo garantizará la AFTIC la independencia de criterio frente a las necesidades comerciales de la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales SA (ARSAT), convirtiéndose en un árbitro imparcial para todos los actores del mercado, tal como lo exige la Ley 25.000.

Finalmente, si la analizamos desde una óptica temporal, no quedan dudas que el marco regulatorio preexistente debía actualizarse para reflejar los cambios tecnológicos y la realidad actual de los

servicios de TIC y de telecomunicaciones, especialmente de todos aquellos brindados desde Internet.

Sin embargo, entendemos que el proceso de aprobación de la Ley debió realizarse con mayor amplitud de debate entre las diferentes partes interesadas, como ocurrió por ejemplo en forma previa la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, permitiendo la participación activa y constructiva del sector privado y de la sociedad civil. La conformación de la nueva Autoridad de Aplicación también debería haber reflejado esta participación.

Ojalá que el proceso de reglamentación pueda suplir esta omisión y al mismo tiempo equilibre adecuadamente los derechos de todas las partes interesadas, entendiendo que el motor de los servicios de TIC y de los Servicios de Telecomunicaciones se alimenta de dos combustibles: la innovación y la inversión, factores que toda ley que busque regular el sector debería alentar.

[1] Abogado y docente de Derecho a la Información, socio de Lescano & Etcheverry Abogados

[2] El subrayado es nuestro.

Citar: elDial DC1FC0

Publicado el: 09/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina