

Argentina: Una discusión regulatoria que atrasa: sobre el DNU 690/2020. Servicio público, mercado y servicio universal.

Héctor Huici. 3 de setiembre 2020.-

Los problemas básicos de la organización económica y social consisten en determinar qué bienes se producen, cómo se producen y para quiénes se producen.

La ciencia económica ha dado distintas respuestas a estos interrogantes que han tenido sus correspondientes proyecciones en el mundo jurídico. Una de ellas ha sido, sin duda, la noción de servicio público, caracterizada generalmente en la doctrina administrativista por la titularidad estatal de la actividad, la existencia de una necesidad colectiva a ser satisfecha mediante prestaciones individualizadas y un régimen especial de derecho público.^[1]

Esta es la perspectiva del mundo del derecho continental europeo, encabezada por la escuela del servicio público francesa con Duguit, Jeze y Hauriou como sus principales exponentes y que, en general, ha sido seguida en América Latina, particularmente en Argentina, al menos desde la célebre Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936. Entre otros, tuvo como exponentes durante el siglo XX a Bielsa y Marienhoff y la consagración constitucional en la reforma de 1949 luego abrogada en 1955.

Salvo ese interregno, rara vez se ha reparado que los países en los cuales se origina y desarrolla la doctrina del servicio público, que reserva actividades económicas al Estado, lo hacen con una habilitación constitucional. Francia, España e Italia son ejemplo de ello. No es el caso de Argentina.

Alberdi, inspirador de nuestra Carta Magna, sostenía en su “Sistema económico y rentístico...” que “bancos, casas de seguros, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, canales, muelles, puentes (...), deben de estar al alcance de los capitales particulares (...), si las libertades concedidas por los artículos 14 y 20 de la Constitución, como base del derecho industrial, han de ser una verdad práctica...”

El mundo angloparlante, con Estados Unidos a la cabeza, ha tenido un enfoque más práctico de la cuestión y ha fundado la regulación en las denominadas “fallas del mercado”, de las cuales el poder monopólico en una actividad sería el caso extremo.

De hecho, se estudia generalmente como ejemplo del inicio del intervencionismo estatal en la economía el precio de los elevadores de granos.^[2] Si el servicio es tan indispensable para su vida que el consumidor no debe estar sujeto en tarifas y servicio a los caprichos de empresas explotadoras privadas, o si la posición monopolística de la empresa le obliga a sufrir prácticas discriminatorias y precios desorbitados, o si la competencia excesiva^[3] redundará en perjuicio del consumidor, entonces la prueba de las desventajas del consumidor indicará que la empresa es de interés público.^[4]

En un caso el prestador particular presta el servicio como un “delegado” del Estado y sigue las instrucciones que éste establece. Incluso, y ese es parte del problema, al menos en Argentina aquellas que no tienen su fundamento en ley o contrato, sino que se consideran implícitas en la noción de servicio público o de contrato administrativo.

En el otro, el prestador actúa a título propio y es regulado en aquellos aspectos que por particulares circunstancias pudieran derivar en un perjuicio para el interés general, típicamente el abuso del poder de mercado. “Servicio público” en un caso, “poder de policía” en el otro.

Telecomunicaciones

A diferencia de lo que sucede con ciertas actividades que se siguen prestando en un régimen de monopolio de hecho o de derecho, como la distribución de gas por redes, de electricidad o de agua y cloacas, las telecomunicaciones hace tiempo ya que dejaron de ser prestadas en un régimen de monopolio y su regulación es de menor intensidad y focalizada en aquellos aspectos en los cuales puedan existir “cuellos de botella” que atenten contra la competencia.

Además, y a diferencia de aquellos otros servicios, su evolución tecnológica es permanente y están las empresas continuamente obligadas a reinvertir para acompañar la creciente demanda que exigen los consumidores producto de nuevos desarrollos tecnológicos.

En este nuevo entorno centrado en fomentar la competencia como el mejor instrumento de tutela del consumidor, la política pública ha pasado en buena medida a estudiar cómo fomentar, por un lado, inversiones y promover la competencia, subsidiariamente cómo regular en ausencia de ésta.

Por el otro, y en igual nivel de importancia, que los servicios lleguen allí donde al mercado no le resulta de interés por los altos costos de prestación no remunerados por los precios o por la insuficiencia de ingresos de la población. En materia de infraestructura de conectividad esta es en términos generales la agenda.[\[5\]](#)

En materia de universalización, casi llegamos al “fin de la historia” en buena parte del mundo cuando el objeto del servicio universal era un servicio de voz. En efecto, la introducción del “*calling party pays*” y la modalidad prepaga hizo crecer exponencialmente el servicio móvil y para 2007 existía en Argentina 100 por ciento de penetración de este servicio. Objetivo casi cumplido. ¿Fue necesario calificarlo como servicio público? No.

Sí fueron necesarias políticas públicas que incentivaran esos objetivos: adjudicar licencias por cobertura en vez de por dinero (Decreto 1461/93), introducir el CPP (Dec. 92/97) y fijar precios de reserva razonables en las licitaciones de espectro (Dec. 266/98).

Avances

Ahora bien, como señalamos, la de telecomunicaciones es una industria en evolución permanente y los nuevos desarrollos generan nuevas demandas. Lo que es un lujo para una generación, es indispensable para la siguiente y se convierte en objeto de la política pública.

Hace tiempo que todos los países han definido en forma general los servicios de acceso a Internet de banda ancha como el objeto del servicio universal. Una vez más, Argentina no está mal en esta materia. Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC, Encuesta Permanente de Hogares) 82 por ciento de los hogares accede a Internet. El Ente Nacional de Comunicaciones (Enacom) da cifras más bajas pero el INDEC se basa en un muestreo real de hogares y el regulador trabaja con base en declaraciones juradas que tienden a subestimar el número real de conexiones.[\[6\]](#)

La penetración de conexiones con capacidad de banda ancha móvil, por su parte, llegó al 100 por ciento en 2018.[\[7\]](#) El Informe Internet de CABASE[\[8\]](#) menciona que Argentina y Uruguay son los países con más alta penetración de banda ancha residencial en América Latina. La velocidad promedio informada por CABASE sí coincide con la información del Enacom y se sitúa en 37 Mbps para la descarga. Se multiplicó por 9 en 4 años y se sumaron dos millones de hogares en el mismo período y las conexiones de fibra óptica pasaron en ese lapso de menos del 1 por ciento a 11.9 por ciento con 35 por ciento de hogares pasados, lo que explica el aumento de la velocidad promedio y augura que continuará la mejora del servicio.

¿Fue necesario declarar Internet servicio público? No. Una vez más se trató de política pública.

Poner en marcha la convergencia catalizó las inversiones en redes de última milla de fibra óptica (Dec. 1340/16), así como facilitar el desarrollo de proveedores de infraestructura pasiva (Res. MM 286/18), continuar con el despliegue e iluminación de la red de fibra óptica de Arsat[\[9\]](#) y reducir sus precios. Así como poner en ejecución el fondo de servicio universal.[\[10\]](#)

Argentina es uno de los países que ha logrado el objetivo de asequibilidad de banda ancha móvil de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), no así en fija.[\[11\]](#)

¿Podemos estar satisfechos y considerar que se ha cumplido con el objetivo de universalizar la banda ancha? Sin duda que no. Un tercio de nuestras conexiones tiene una velocidad de descarga inferior a 6 Mbps y el ADSL (conexión sobre cobre) representa 21 por ciento de las conexiones.

La pandemia de Covid-19 y el traslado de muchas actividades al hogar, a la vez que aumentó la necesidad de conectividad, reintrodujo en algunos países el debate sobre la calificación jurídica de los servicios de telecomunicaciones.

DNU

En este contexto, sorprendió a la comunidad TIC que el viernes 19 de agosto el Presidente Fernández anunciara por Twitter que había dispuesto declarar servicio público esencial todos los servicios TIC, incluida la TV de paga. El día sábado se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia 690/20^[12] introduciendo modificaciones a la ley 27078 en el sentido comentado.

Lo primero que corresponde decir es que la semántica no resuelve los problemas de escasez. Las cosas no cambian porque cambiemos su nombre, de lo contrario hace tiempo habríamos resuelto todos nuestros problemas.

Los considerandos del decreto en algún punto quieren reescribir la historia. En efecto, señalan la licitación de espectro de 2014 (la menos competitiva de la historia argentina) como el punto a partir del cual creció exponencialmente el servicio móvil. Como vimos en 2007, ya estaba el país en 100 por ciento de penetración. En 2014 esa cifra era del orden de 140 por ciento, valores en los cuales se mantiene.

Tampoco la Constitución ha dejado fuera del mercado la provisión de bienes y servicios, aún cuando se trate de servicios públicos. Antes bien, se encarga de promover la competencia en su provisión y evitar las distorsiones en los mercados que atenten contra aquella. Es la defensa de la competencia la que tiene consagración constitucional junto con la libertad de industria y comercio, sin por eso desconocer la intervención de tutela del consumidor. Esta no pasa precisamente por el control de precios cuando los mercados funcionan adecuadamente.

No hay ninguna evidencia en el decreto de que esto no sea así, en los ahora “publicados” servicios de TV de paga, Internet y telefonía móvil.

El decreto, cuando menos, tiene una redacción confusa. Si los servicios TIC son servicios públicos esenciales y la telefonía móvil es TIC, no hace falta decir que la telefonía móvil es un servicio público. Ya está dicho, así como la facultad de regular precios.

Como no se debe presumir la incoherencia del legislador, habría que entender que esa primera parte se refiere al acceso a redes mayoristas e interconexión. Si esto fuera, así no había necesidad de acudir, ni cuando se dictó la ley ni ahora, a la “publicación” de los servicios. Alcanzaba con las reglas de interconexión previstas en la propia ley y el reglamento dictado en su consecuencia. A su vez, quedarían de momento excluidos de su alcance algunos servicios.

Otra cuestión que llama la atención es que se extienda –a tenor de declaraciones de funcionarios- la calificación de servicio público esencial a la TV de paga. Nadie duda que sin Internet se está excluido, pero en un mundo de “cord cutters” darle ese carácter a la TV de paga demuestra una superficialidad importante. Además de no ser objetivamente cierto y estar a disposición servicios de TV abierta gratuita.

El decreto no contiene ningún análisis que indique qué problemas pretende resolver que no encontraran solución con las normas existentes. Regular tarifas de servicios en competencia es un contrasentido. En general, en casi toda localidad de Argentina hay al menos dos prestadores de TV de paga, tres de telefonía móvil y dos de Internet (hay zonas de algunas ciudades con hasta cinco).

¿Es un mercado concentrado? Sí, como en todo el mundo, pero eso no significa que no compitan. Todos los que no estamos inscriptos en el registro “no llame” recibimos con más frecuencia que la que nos gusta ofertas para cambiar de compañía con bonificaciones significativas para tentarnos a hacerlo.

Antes de la pandemia el promedio mensual de portaciones era de casi 1 por ciento de usuarios, alrededor de 8 por ciento anual. No hay ningún indicio de colusión. En materia de TV de paga e Internet hay en muchos lugares ofertas combinadas de servicios muy convenientes y, en general, donde hay redes que compiten la “pelea” por retener al cliente es importante. Lo sabe cualquiera que se haya querido dar de baja de un servicio. Al instante recibe ofertas para quedarse en esa compañía.

El único problema concreto que al parecer se ha querido resolver ha sido el aumento de precios luego de un congelamiento que llevaba más de diez meses y en un contexto inflacionario como el argentino.

En el pasado inmediato ello se ha resuelto con acuerdos. También estaban disponibles los fondos de servicio universal para ese fin.^[13] Congelamientos generales e indiscriminados terminan siendo subsidios a las clases más acomodadas. La última vez que se aplicaron decisiones similares a los servicios públicos de distribución eléctrica y de gas terminamos mal.^[14] Hubo una degradación de la calidad de esos servicios y la destrucción de la cadena de valor que hizo que de ser un exportador de energía, Argentina pasara a ser un importador con consecuencias graves en el balance de divisas.

De igual o mayor gravedad es que los precios de los servicios requieran en el futuro aprobación previa. En un contexto como el argentino con elevada inflación, el mero transcurso de tiempo que demanda esa aprobación será un problema, aún asumiendo la buena fe y capacidad del Enacom.

Si el control se quisiera llevar a todo el universo de servicios y ofertas será una tarea casi imposible. La experiencia práctica ha demostrado la asimetría informativa entre regulador y regulado, lo complejo y largo de estos procesos en general no diseñados para mercados competitivos.

Toda la experiencia en materia de regulación tarifaria es de monopolios y productos relativamente homogéneos. Bastante alejado de lo que sucede en este sector. Quizás el único dato positivo de esto es que si estudian costos, podrán ver la incidencia de los impuestos en el precio final de los servicios, aunque dudo que propongan reducir la carga fiscal.

El DNU 690/20 no resuelve ni incorpora instrumentos que permitan resolver los problemas de conectividad. Antes bien, ya ha introducido incertidumbre y potencial "litigiosidad" al modificarse las reglas de juego del sector.

La evolución de los servicios de telecomunicaciones en nuestro país nos debería permitir sacar algunas enseñanzas sobre la utilidad y conveniencia de la calificación de servicio público a las telecomunicaciones.

El telégrafo aparece en 1855, once años después de que se inventara y cuando la organización nacional era proyecto. El teléfono, sólo dos años después. La radio, sólo dos meses de su nacimiento y Argentina es el primer país en desarrollarla comercialmente. A partir de allí las distancias se alargan, coincidiendo con el avance de la intervención reguladora estatal.

La TV en blanco y negro llega 12 años después de su lanzamiento comercial y la TV a color lo haría 28 años más tarde. A partir de 1989 las distancias se acortarán nuevamente. La telefonía móvil llega ese año, cinco años después que en Estados Unidos, Internet cuatro años más tarde. Con 4G nos volvimos a atrasar (8 años). 5G, que ya venía demorado por las condiciones macroeconómicas, en este contexto se aleja un poco más, lo que podría tener graves consecuencias para la competitividad de nuestra economía.

Siendo servicio público, Entel en 45 años pasó de una penetración de 3.3 por ciento a 8.5 por ciento. En los años 70 y 80 una propiedad valía más si tenía teléfono. Las cooperativas telefónicas surgieron por el desinterés o la incapacidad económica de la compañía estatal en dar el servicio, en algunos casos a solo unos pocos kilómetros del centro de la ciudad de Buenos Aires.

La Compañía Argentina de Teléfonos (subsidiaria de Ericsson), que prestaba el servicio en varias provincias argentinas, producto de la precariedad jurídica como operaba, invertía básicamente en mantenimiento y casi nada en expandir los servicios. En 1950 teníamos más teléfonos que todo el resto de América Latina sumada.

La diferencia ha estado en regímenes jurídicos que fomentaron la innovación, la inversión y la competencia y no en la sobre regulación estatal, amparada en la noción de servicio público.

Los países nórdicos están en los primeros lugares del mundo por sus servicios de Internet. A dos de ellos se ha referido el presidente como los que admira. Sus leyes en la materia no hablan de servicio público ni de derechos humanos. Si de servicio universal. Este concepto es diferente y subsidiario del mercado y se lo acota a un conjunto de prestaciones dentro de una determinada actividad considerada esencial para el interés general por los poderes públicos, aunque sin que estén presentes algunas notas del antiguo régimen de servicio público (titularidad estatal y monopolio). Hoy día esa prestación consiste en el acceso a Internet de banda ancha.

Argentina tiene desde 2001 a su disposición ese instrumento que recién empezó a utilizar activamente en 2016. Hasta el presente poco y nada se ha hecho con esos fondos para subsidiar (competitivamente) la demanda de los sectores más vulnerables ni por desarrollar (competitivamente) redes de última milla con obligaciones concretas de conexión de usuarios.

Hay mucho para mejorar en ese terreno. Dedicar tiempo al debate y estudio de esa cuestión, de la fiscalidad del sector, el acceso a infraestructura pasiva, la simplificación y modernización regulatoria, los nuevos mecanismos de gestión del espectro será mucho más provechoso para el país y sus habitantes.

La mera calificación de una actividad económica como derecho humano o servicio público no hace que los bienes sean más baratos ni mejores. Ello es el resultado de adecuados instrumentos de política pública adoptados con base al estudio, la experiencia y el debate. El DNU 690/20 no parece haber transitado por ese camino.

[1] En contra de esta caracterización ver Héctor Mairal, “La ideología del servicio público”, en *RADA* N° 14; Huici, Héctor, “Acerca de la *publicatio* como integrante del concepto de servicio público”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T° 53, N° 2.

[2] Caso “Munn v. Illinois” que será luego fuente para la Corte Suprema para justificar el intervencionismo estatal en Argentina a partir de “Ercolano c. Lantieri de Renshaw”, particularmente en situaciones de emergencia.

[3] En el caso Sunshine Anthracite la Corte Suprema aprobó la extensión de la condición de servicio público a la industria del carbón, porque “la superproducción y la competencia feroz echaban a perder la industria”. Es preciso notar que esta prueba no siempre está ideada para proteger al público consumidor, pues éste puede que se beneficie de los precios bajos resultantes de una competencia excesiva. En cambio, esta prueba a veces protege a las empresas competidoras, pues a éstas la competencia las puede perjudicar.

[4] Este estándar de determinación del “interés público” es conteste con la influencia que en la primera mitad del siglo XX ejerció el economista Arthur Pigou a través de su obra *La economía de bienestar*. Pigou sostiene que “en cualquier industria, donde hay razón para creer que el juego libre de los propios intereses hará que una cantidad de los recursos sean invertidos de forma distinta de lo que sería necesario para favorecer los intereses del bienestar nacional, hay, *prima facie*, una ocasión para una intervención pública”. Ver Coase, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, p. 23. Como acertadamente criticaría Coase años más tarde, el planteo no tiene en cuenta el propio costo de la intervención. Más tarde en el tiempo, la Escuela de la “Public Choice”, con Buchanan a la cabeza, contrapuso a la idea de “falla del mercado” la de “falla de la regulación”.

[5] Obviamente, la agenda de la economía digital es más amplia, ocupando por ejemplo la privacidad y el tráfico de datos, así como contenidos y plataformas, una parte importante de ella, pero en términos de conectividad los problemas transitan en torno a esas cuestiones.

[6] Hay pequeños prestadores no registrados y otros que subdeclaran sus conexiones básicamente por cuestiones fiscales.

[7] GSMA Intelligence.

[8] Cámara Argentina de Internet.

[9] Refefo, iniciada bajo la gestión de la ex Presidenta Cristina Fernández de Kirchner.

[10] Resolución Enacom 2642/16 hoy reemplazada por su similar 721/20.

[11] Ver Estadísticas de precios de los servicios TIC 2019 de la UIT. Para móvil se toma un paquete de 1.5 Gb a menos del 2 por ciento el ingreso per cápita promedio. En fija es 5 Gb también disponibles a no más de 2 por ciento del ingreso promedio. El servicio promedio para Argentina, según esa fuente, es de 250 Gb al 5.5 por ciento del ingreso promedio. Pero se tiene en cuenta la posibilidad de adquirir un paquete más básico a un menor precio.

[12] DNU 690/20. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/341372/norma.htm>.

Héctor Huici, abogado. Magister en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Socio en Pinedo, Huici & Asociados. Abogado, especialista en TICs & economía digital. ExSecretario de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Secretaria de Gobierno de Modernización de la República Argentina. 2016-2019. ExDiputado por el PRO, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. ExSocio de M&M Bomchil. 2005-2013. Ocupa cargos docentes en diversas universidades. ExPresidente de la Asociación Argentina del Derecho de las Telecomunicaciones.