

**XXV CURSO DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES,
SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y COMUNICACIONES.**

**LAS INSTALACIONES DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA COMO OBJETO DE LA
REGULACIÓN DE INFRAESTRUCTURA PASIVA PARA SERVICIOS DE
TELECOMUNICACIONES**

Consideraciones sobre la aplicación del Reglamento de Compartición de Infraestructura Pasiva aprobado por Resolución 105/20 de Secretaría de Innovación Pública de la Nación sobre apoyos y redes eléctricas bajo jurisdicción de organismos locales de la Provincia de Córdoba

Por

Mariana B. Miseta ⁽¹⁾ y Federico Tissera Mariani ⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la irrupción del Reglamento de Compartición de Infraestructura Pasiva aprobado por Resolución 105/20 de la Secretaría de Innovación Pública de la Nación en el marco del derecho de telecomunicaciones, y su incidencia frente y respecto a las normativas y realidades provinciales en materia de infraestructura de postación instalada para servir a otros servicios públicos, en particular, al de distribución eléctrica en la Provincia de Córdoba.

Ello, para poner sobre la mesa de debate, los conflictos comerciales, técnicos y jurídicos que produce tal reglamentación sobre la legislación y la jurisdicción local o provincial, como así también, la modificación y/o afectación que causan a las regulaciones locales de servicios públicos.

II. LA RESOLUCIÓN 105/20 DE SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA DE LA NACIÓN

Mediante Resolución 105/20 emitida por la Secretaría de Innovación Pública dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación de fecha 14 de diciembre de 2020, se aprobó el “Reglamento de Compartición de Infraestructura Pasiva”, con el objeto de establecer los derechos y deberes de los licenciatarios de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones, y las condiciones y procedimientos relativos al acceso, puesta

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente de Derecho Privado II (Obligaciones Civiles y Comerciales) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Desde 1993 se desempeñó en diversos estudios jurídicos de Córdoba Capital. Letrada por concurso del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Provincia de Córdoba (2015). Directora General de Asuntos Judiciales del Interior de la Procuración del Tesoro de la Provincia de Córdoba (2016-2018). Desde 2018 es Gerente de Asesoría y Gestión Legal en la Empresa Provincial de Energía de Córdoba. Contacto: mbmiseta@hotmail.com

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC). Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Escribano por la Universidad Empresarial Siglo 21 (UES21). Abogado en Fiscalía de Estado del Gobierno de la Provincia de Córdoba. Desde 2019 es Subgerente de Asesoría y Gestión Legal de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba. Contacto: federicotisseram@gmail.com

a disposición y uso compartido de la infraestructura pasiva para servicios de telecomunicaciones que sean de su propiedad, sobre la que tengan posesión, ejerzan control o estén bajo su disposición, incluyendo derechos que sobre esa infraestructura hayan obtenido de terceros.

Para su dictado, la citada Secretaría se basó en la directriz impartida desde el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto a que el Estado debe propender *“a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos”*. De igual modo, tomó en consideración la declaración de interés público para los recursos asociados a telecomunicaciones declarada por la Ley de Argentina Digital 27.078 y, en particular, se sustentó en la competencia consignada en su artículo 81, en cuanto a que resulta atribución de la autoridad de aplicación *“emitir los lineamientos de carácter general para el acceso y uso compartido de la infraestructura activa y pasiva”*. Ello, además, reforzado por la declaración de servicio público a los servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el acceso a las redes de telecomunicaciones, instaurada por Decreto de Necesidad y Urgencia 690/20.

En ese marco, y con foco en los beneficios directos que la compartición de infraestructura pasiva trae para la expansión, eficiencia, calidad y asequibilidad de los servicios de tecnología de la información, y de comunicaciones (de acuerdo con documentos emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Secretaría de Innovación Pública, continuadora en competencias del otrora Ministerio de Modernización, emitió el Reglamento cuyo estudio nos convoca, publicado en el Boletín Oficial de la Nación Argentina el día 16 de diciembre de 2020.

Tras la enunciación de su objeto, transcrito en el primer párrafo de este apartado, el Reglamento de Compartición de Infraestructura Pasiva procede a efectuar un abarcativo y amplio detalle de los elementos a los que considera infraestructura pasiva para los servicios en cuestión, comprendiendo, entre otros, a ductos, zanjias, postes, estructuras de soporte de antenas, construcciones, sitios, predios, sistemas de suministro y respaldo de energía eléctrica, entre otras, en todo el territorio del país.

Luego, establece que las relaciones jurídicas correspondientes a la compartición de ésta infraestructura, se deberán regir, primero, por los convenios celebrados entre licenciatarios, o entre un licenciatario y un sujeto no licenciatario, y luego, subsidiariamente, por las disposiciones contenidas en el reglamento y en sus normas complementarias; quedando bajo el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) su interpretación, implementación, control, seguimiento y resolución de conflictos, de oficio o a petición de parte, por su calidad de autoridad de aplicación.

Para tales cometidos, el propio reglamento establece una serie de principios generales que deben observarse y en función de los cuales corresponde ordenar las relaciones jurídicas, comerciales y técnicas de compartición, a saber: (i) Uso eficiente de la Infraestructura Pasiva, (ii) Ordenamiento y Desarrollo Urbanístico Sostenible, (iii) Competencia libre y leal, (iv) Información, (v) Confidencialidad, (vi) Libertad de Contratación, (vii) Obligatoriedad, (viii) No discriminación, (ix) Buena Fe, y (x) Subsidiariedad.

Tras ello, el Reglamento obliga a presentar y registrar por ante la autoridad de aplicación, todos los convenios de compartición de infraestructura, dentro de los diez (10) días hábiles de su celebración, facultando asimismo a ENACOM a requerir, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación, la modificación del convenio celebrado, si, según su criterio, los términos del contrato vulneran los principios, pautas u obligaciones establecidos en el reglamento.

Prosigue con una enunciación de deberes jurídicos para los licenciatarios de servicios de tecnologías de la información y comunicaciones, entre los que podemos consignar aquéllos atinentes al imperativo de permitir obligatoriamente a otros el acceso a la infraestructura pasiva propia o de su disponibilidad, de reservar y prever una capacidad mínima de un tercio en sus ductos para otros licenciatarios.

Así también, expone las circunstancias bajo las que el titular de la infraestructura pasiva objeto de la solicitud de acceso, puede excusarse de acordarlo: por razones de inviabilidad

técnica, de seguridad, o por falta de disponibilidad y/o capacidad en la infraestructura existente, todo lo cual debe ser debidamente acreditado ante la autoridad de aplicación.

Previo regular las condiciones en que debe ser solicitada, aceptada e instrumentada la compartición, el reglamento se aboca a definir el modo en que el Ente Nacional de Comunicaciones puede intervenir en el marco de una solicitud de compartición de infraestructura pasiva:

i. Ante la falta de respuesta a una solicitud de acceso, de información o de autorización para realizar estudios.

ii. Ante la negativa de un licenciatario de servicios de tecnologías de la información y comunicaciones solicitado, a permitir el acceso y uso compartido de la infraestructura pasiva solicitada o a facilitar la información o autorización.

iii. Cuando, admitida la solicitud de acceso, el licenciatario de servicios requerido niega o demora injustificadamente su colaboración.

iv. Cuando transcurrieran treinta días hábiles desde la admisión de la solicitud de acceso sin que se haya arribado a un acuerdo con relación a las condiciones de compartición de infraestructura.

v. Cuando con posterioridad a la firma del convenio de compartición de infraestructura pasiva, existieran demoras injustificadas para su efectiva implementación.

vi. En caso de controversias derivadas de situaciones de exclusividad otorgadas para determinados licenciatarios a fin de la utilización de infraestructura pasiva ubicada dentro de edificios, loteos o inmuebles conformados por varias unidades enajenables o de dominio exclusivo.

vii. Ante la violación de las disposiciones contenidas en el reglamento aprobado por la Secretaría de Innovación Pública, o en el contrato de aplicación.

Solicitada la intervención de la autoridad de aplicación en caso de conflicto, que debe ser requerida con una precisa enunciación de los puntos controvertidos o los hechos denunciados, con el ofrecimiento de toda la prueba de la que habrá de valerse, el ENACOM debe correr traslado al denunciado por diez días hábiles a fin de que ejerza su derecho de defensa, otorgándosele la misma facultad de proponer la prueba que estime favorable a su posición.

Evacuado dicho traslado, el Ente convocará a una audiencia a fin de escuchar las posiciones de las partes involucradas y luego, expedirse dentro de los treinta días hábiles de que la controversia le fue planteada, salvo para el caso enunciado en el anterior apartado iii., en donde deberá resolver dentro de los diez días hábiles, y en los puntos ii. y iv., en los que deberá expedirse dentro de los noventa días hábiles.

Finalmente, el reglamento, considera condiciones y pautas para resolver un caso particular y concreto de conflicto: el acontecido cuando las partes intervinientes en un determinado contrato de compartición de infraestructura pasiva, no llegan a un acuerdo con relación a la contraprestación económica a cargo del licenciatario requirente.

En tal supuesto, se le otorga al Ente Nacional de Comunicaciones el poder de determinar cuál será el precio a sufragar por el licenciatario en el marco de la relación contractual entre las partes, estableciéndose las pautas para la fijación de la contraprestación, según los criterios definidos en el Anexo II del reglamento, y en caso de no poder ser utilizada, impone que deberán ser fijados de acuerdo con:

i. Valores utilizados en la República Argentina para facilidades similares, que se apliquen en localidades y circunstancias comparables;

ii. Costos asociados a una prestación eficiente y que incluyan una utilidad razonable; y,

iii. Valores utilizados en América Latina para funciones y facilidades similares, adecuándose a las condiciones locales que se determinen.

Así, según lo declamado en su Resolución 105/20, la Secretaría de Innovación Pública de la Nación ha pretendido, a través del reglamento, garantizar el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones utilizadas en la prestación de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones, interviniendo activamente en la definición de las condiciones de explotación de aquellos, en un aspecto tan relevante como lo es la infraestructura de la que se sirven las redes para llegar hasta los usuarios finales.

En caso de infracción a las disposiciones conformadas en el reglamento, el Ente Nacional de Comunicaciones estableció la aplicación de su “Régimen de Sanciones aplicables para los Servicios de TIC”, aprobado como Anexo de su Resolución 221/2021. Dicho régimen, establece, en relación con la temática aquí tratada, y de acuerdo a lo preceptuado por su artículo 39, la siguiente sanción:

“Artículo 39 - Infracciones relativas al régimen de acceso e interconexión y acceso. Los incumplimientos de las obligaciones relativas al régimen de acceso, interconexión y compartición de infraestructura establecidas en la Ley N° 27.078, y en su normativa reglamentaria y complementaria, podrán ser sancionados con multa de hasta TREINTA Y CINCO MIL (35.000) veces el valor mensual de la Prestación Básica Universal Obligatoria (PBU-SBT) para el Servicio Básico Telefónico, vigente al momento del pago de la multa.”³

Según la información recabada a la que se ha tenido acceso, a la fecha, el ENACOM solo ha aplicado el reglamento de compartición de infraestructura pasiva, ante la falta de acuerdo de los interesados, para la resolución del conflicto suscitado entre ARLINK S.A. y SUPERCANAL S.A. con la Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia, originado en la negativa de esta última a renovar el convenio de acceso a infraestructura pasiva, pese a los intentos de negociación para la suscripción de un nuevo contrato para posibilitar a aquéllas la prestación del servicio de televisión por suscripción.

En el caso, el Directorio del Ente Nacional de Comunicaciones ordenó, mediante Resolución RESOL-2021-2073-APN-ENACOM#JGM, que la referida cooperativa debía continuar brindando a las prestadoras, el acceso a su infraestructura pasiva, y estableció la contraprestación a abonar mensualmente por cada poste o soporte utilizado, imponiendo, incluso, que los términos y condiciones acordados oportunamente en el contrato cuya vigencia finalizó y no se renovó voluntaria, debían ser mantenidos entre las partes en todo lo que no resultara objeto de modificación por el Ente. Se aclara que se carece de información si el citado acto administrativo ha sido o no recurrido.

III. EL SERVICIO PÚBLICO DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA: LA EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA, LAS COOPERATIVAS CONCESIONARIAS DEL SERVICIO Y EL ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS.

De acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 75 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, como así también en los artículos 6, 11 y concordantes de la Ley Nacional 15.336, la distribución de energía eléctrica, entendida como *“la conducción del fluido, a tensión reducida, desde las subestaciones transformadoras hasta los lugares de consumo”*⁴, es un servicio público esencial de jurisdicción provincial originaria.

En ese marco, la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC), es la empresa estatal que en su carácter de ente autárquico dependiente del Ministerio de Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba, brinda tal servicio público, a la par de doscientas cuatro cooperativas concesionarias de igual servicio, en las áreas y ámbitos legalmente definidos a tal efecto; a más de desempeñar de manera integrada los servicios de generación, transporte y transformación,

³ De acuerdo con la web oficial del Ente Nacional de Comunicaciones, el valor mensual de la prestación básica universal obligatoria es, a la fecha, de \$ 380 (v. https://www.enacom.gob.ar/prestacion-basica-universal_p4792 - último acceso: 13/11/2022).

⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro: “Derecho Eléctrico”, Jurídica de Chile, p. 23, cit. en BIANCHI y SACRISTÁN DE BIANCHI “La Distribución de la Electricidad en la Argentina”, capítulo en FERRARA, Pablo (Coordinador): “Tratado de Regulación de la Energía” - Tomo II - p. 469 - Instituto Argentino de la Energía General Mosconi - 2017.

de conformidad con su Estatuto Orgánico aprobado por Ley 9087, y de conformidad al marco regulatorio vigente en la Provincia (Leyes 8599, 8837 y Decreto 1601/16, modificado por su similar 674/18).⁵

Desde la perspectiva federal, cabe considerar, que la jurisdicción provincial en todo lo relativo al servicio de distribución de energía eléctrica ha quedado expresamente ratificada en el denominado “Pacto Federal Eléctrico” del año 1989, suscripto entre el Gobierno Nacional y veinte provincias argentinas, en donde constan delimitadas y demarcadas las atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades provinciales en materia de prestación del servicio eléctrico, habiéndose convenido, en su punto 2.2., las competencias provinciales en esa materia, bajo la siguiente extensión:

*“2.2. Corresponderá a la competencia de las Provincias toda la actividad de índole política, y/o empresaria que deba desarrollarse desde los puntos de alimentación del Sistema Argentino de Interconexión hasta la atención de los usuarios finales; en concordancia con ello, queda comprendido en el plano de sus incumbencias principalmente lo siguiente: 2.2.1. Las instalaciones de Generación y Transformación no comprendidas en el ámbito federal. 2.2.2. Los sistemas eléctricos de transporte desarrollados a partir de los puntos de conexión con el sistema primario y los sistemas aislados. 2.2.3. Los sistemas interprovinciales de interconexión no integrantes del Sistema Argentino de Interconexión. 2.2.4. Los Sistemas de Distribución, su operación y comercialización, como así también los servicios e instalaciones auxiliares correspondientes. 2.2.5. La atención de la totalidad de los usuarios finales localizados en su territorio, pudiendo convenir con otros entes y/o delegar esta atribución en otros prestadores. 2.2.6. Los Despachos Provinciales o interprovinciales de carga.”*⁶ (el resaltado no consta en el original).

Por otra parte, el derecho público provincial local ha creado un ente descentralizado para el control de los servicios públicos, constituyendo a través de la Ley 8835, al Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba como el organismo de derecho público que tiene por cometido la regulación de todos los servicios públicos que se prestan en el territorio provincial, con excepción de los de carácter nacional y los municipales que no excedan el ámbito de un solo municipio o comuna.

El mismo, cabe señalar, conforma su organización administrativa bajo el liderazgo de un directorio de integración multisectorial y con representación las distintas fuerzas políticas, conteniendo a miembros representantes del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y de asociaciones creadas para la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, organizado con gerencias con facultades de control y resolución según el servicio de que se trate (energía eléctrica, agua y saneamiento, transporte interurbano, y vial y edilicia).⁷

Así, la función reguladora del Ente Regulador de Servicios Públicos de Córdoba, conforme su norma de creación, comprende el dictado de la normativa regulatoria, el control y aplicación de sanciones, la solución de conflictos entre las partes del sistema, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores, la aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales, y la aprobación de los cuadros tarifarios y precios de los servicios a cargo de éstos, de acuerdo con los términos de los títulos habilitantes.

Así, el art. 32 de la mencionada ley reza: “... Toda controversia que se suscite con motivo de la prestación de los servicios regulados por el ERSeP, ya sea entre los distintos sujetos previstos en los respectivos marcos regulatorios, así como entre ellos y los usuarios o con todo tipo de terceros interesados, será sometida –en forma previa y obligatoria– a la decisión del

⁵ v. EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA, “Reporte de Sustentabilidad 2021” - p. 129/131 - disponible en: <https://www.epec.com.ar/docs/transparencia/reporte-sustentabilidad-2021.pdf> (último acceso: 13/11/2022).

⁶ Este pacto, cabe hacer constar, ha obtenido reconocimiento explícito como parte integrante del marco federal de la Energía por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Edelar S.A. c/ S.E. y M. - Resol. 41/01 - ENRE - Resol. 1576/98 (ex 3638/97)” del 03 de agosto de 2010.

⁷ V. <https://ersep.cba.gov.ar/> (último acceso – 13/11/2022).

ERSeP, quien, luego de la sustanciación, deberá resolver dentro del plazo de treinta (30) días hábiles administrativos (...).”

Retornando a la consideración de la ejecución de la actividad de distribución eléctrica por parte de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, corresponde referir que, para la prestación del servicio y el suministro de energía hacia los usuarios finales, la Empresa se sirve de líneas de media y baja tensión, que bien puede ser desplegadas en tendidos subterráneos, o en tendidos aéreos, apoyándose en este último caso, en postación de su propiedad que, en su calidad de instalaciones auxiliares afectadas al servicio, corren en todo el territorio provincial.

Aquí, entonces, se empieza a ver el punto de contacto entre el servicio eléctrico y los servicios de telecomunicaciones que será expuesto en el presente trabajo. Si bien un licenciataria de estos últimos puede desplegar sus redes en infraestructura propia o de terceros, destinada específicamente a esta categoría de servicios (por ejemplo, empresas telefónicas y/o de televisión), es usual que, por su amplia extensión, requieran utilizar infraestructura afectada al servicio de distribución eléctrica, a fin de servirse de ese capital ya invertido por la Empresa, para la ejecución de sus servicios.

El asunto no es menor. En el caso de la Provincia de Córdoba, al menos, existen una cantidad de 13.565 kilómetros de líneas aéreas de baja tensión asociadas a un promedio de un poste de madera y/u hormigón armado, cada 40 metros.⁸ Con ello, se advierte la enorme relevancia que tales apoyos otorgan a cualquier iniciativa empresarial, cooperativa o de finalidad pública, para el despliegue de conductores de señales de telecomunicaciones por parte de licenciatarias de tales servicios, lográndose así tal uso compartido mediante acuerdos concertados con EPEC.

IV. EL REGLAMENTO PARA EL USO COMPARTIDO DE APOYOS POR PARTE DE TERCEROS - RESOLUCIÓN 70.377 DE LA EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA.

En el año 2003, advirtiendo la incipiente expansión de las telecomunicaciones y la falta de normativa específica sobre el punto, el Directorio de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba dictó el Reglamento para el Uso Compartido de Apoyos por parte de Terceros, a través de su Resolución 70.377, con la finalidad de establecer las condiciones jurídicas, económicas, técnicas, comerciales y de seguridad bajo las que licenciatarios de servicios de telecomunicaciones deben solicitar autorización para desplegar sus redes en postación afectada al servicio de distribución de energía eléctrica.

Así, la citada resolución establece que, para el otorgamiento de una autorización para el uso compartido de apoyos, por parte de la EPEC en favor de una empresa prestadora de servicios de telecomunicaciones, esta última debe acreditar su solvencia técnica, económica y jurídica a través de la presentación de la licencia pertinente expedida por parte de la autoridad nacional competente (en aquel entonces, el Comité Federal de Radiodifusión, hoy, el Ente Nacional de Comunicaciones), planimetría técnica que con precisión detalle el recorrido que se pretende efectuar con el despliegue de los conductores, documentación contable que certifique su situación económico-financiera y, finalmente, los permisos públicos municipales para la utilización del espacio aéreo local, según cada caso concreto.

En cuanto a la relación que vinculará a las partes, el reglamento demarca con contundencia la no exclusividad que asume el derecho de utilización de la postación eléctrica, limitando la intervención de cada interesada al despliegue de un único haz. De tal modo, quedan resguardados los principios de competencia y libre concurrencia que en favor de los privados debe siempre observar el Estado en la aplicación de los recursos públicos y la asignación de sus contratos.

Claro está, ello siempre supeditado a la disponibilidad y a la primacía que el servicio de distribución eléctrico reviste, en este caso, sobre los restantes, en virtud del carácter principal y

⁸ De acuerdo con relevamientos conjuntos de la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de Río Cuarto y la Universidad Tecnológica Nacional efectuados al 31/12/2020.

crucial que asume la infraestructura de postación para la efectiva, continua y regular prestación a los usuarios finales, destino para el cual fue construida e instalada.

También, dada la condición de organismo estatal correspondiente a la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, se pondera altamente la igualdad que debe observarse en el trato y en la instrumentación de los contratos de todos aquellos que estén interesados en acceder al uso compartido de la infraestructura de su titularidad.

Por tal motivo, los precios que, como contraprestación se establecen en reglamento bajo análisis, no son de libre disponibilidad y/o decisión por parte de la autoridad de turno, sino que integran los aspectos reglados de la normativa aplicable. Así, se fija que, cada cien metros de utilización, los precios aplicables para cualquier licenciatario serán aquellos previstos en los cuadros tarifarios de EPEC, los que serán mensualmente facturados a partir de la suscripción del contrato pertinente, por todo su término de vigencia, con un plazo máximo de duración de cinco (5) años en todos los casos, renovables.

A su vez, incluso, la Resolución define que el precio será re-determinado o readecuado periódicamente, sobre la base de otra condición objetiva: la variación que experimente el cargo por demanda de potencia en horario de fuera de punta correspondiente a la tarifa eléctrica 3 – grandes consumos- en baja tensión, según el cuadro tarifario aplicable.

Tal definición, como se observó en el apartado anterior, no es determinada sin más y unilateralmente por la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, sino que lo es por parte de la autoridad regulatoria provincial: el Ente Regulador de Servicios Públicos de la Provincia.

En base a la intervención del citado ente de control en el marco del régimen regulatorio cordobés del servicio de distribución de energía eléctrica, EPEC consideró apropiado definir en su reglamento, que, en caso de controversias respecto a la aplicación y/o interpretación de la normativa en él prevista, como así también en caso de situaciones conflictivas originadas en la utilización de los apoyos, las partes deberán someterse a la jurisdicción administrativa del citado Ente Regulador.

Desde la fecha y bajo las pautas impartidas en ese reglamento, se han suscripto numerosos contratos para autorizar el uso de postación eléctrica de distribución, por parte de empresas interesadas. De igual modo, es preciso aclarar que no se tiene conocimiento de que hayan sido sometidos ante el ERSeP conflictos entre EPEC y licenciatarias de servicios de telecomunicaciones, habiéndose resuelto todos los planteos recibidos de buena fe, directa y coordinadamente entre las partes.

Ello, con excepción de dos controversias sobre el valor de la contraprestación correspondiente al uso de los apoyos, en los que tres licenciatarias decidieron, en contradicción con lo establecido en los contratos que cada una de ellas suscribieron, acudir por ante ENACOM pretendiendo la aplicación del Reglamento aprobado por Resolución 105/20 de la Secretaría de Innovación Pública de la Nación, por encima y en contradicción a lo convenido en los contratos celebrados y en la normativa provincial dictada por EPEC, con anterioridad a la vigencia de las disposiciones nacionales bajo análisis.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA PASIVA NACIONAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.

En función de lo anteriormente expuesto, el primer interrogante que cabe plantear sobre la aplicación del Reglamento de Compartición de Infraestructura Pasiva aprobado por la citada Resolución 105/20, es aquél relacionado con la existencia o no, y en su caso, el alcance de la jurisdicción federal en materia de servicios de telecomunicaciones y afines, sobre instalaciones concretamente destinadas a la prestación de un servicio público de exclusiva jurisdicción local, como lo es la distribución eléctrica en la Provincia de Córdoba.

Ello, porque bien podría validarse su aplicación en aquellas jurisdicciones en donde éste último se encuentra bajo jurisdicción federal, como es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su área metropolitana (v. gr., EDENOR y EDESUR), o sobre el régimen aplicable al transporte de energía en alta tensión integrado al sistema nacional (v. gr., TRANSENER).

En tales supuestos, la cuestión ya no versaría sobre la distinción entre competencia federal y provincial, sino que más bien, podría discurrir sobre eventuales conflictos interadministrativos entre órganos dependientes del gobierno federal, o la afirmación de competencias concurrentes entre entes reguladores nacionales propios de cada servicio (Ente Nacional Regulador de la Electricidad y Ente Nacional de Comunicaciones).

En cuanto al régimen concerniente a la infraestructura pasiva de servicios públicos exclusivamente provinciales, se observa que el citado reglamento nacional ha optado por incluir dentro de su alcance a los sistemas de suministro y respaldo de energía eléctrica, pasando por alto el reparto constitucional de competencias en la materia, e incluso excediendo la precisión efectuada por el art. 7, inc. e) de la Ley 27.078, cuando refiere que tales instalaciones se verán alcanzadas, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales.

La irrupción de la reglamentación objeto de crítica evidencia, entonces, una sustracción de atribuciones de jurisdicción a la autoridad provincial, por cuanto según sus términos, la sola existencia de infraestructura eléctrica, implicaría que ésta debe quedar disponible como infraestructura pasiva para licenciatarios de servicios de tecnologías de la información y comunicaciones, en tanto y en cuanto, por sus características físicas es apta para tal fin, aun cuando no sea ese su destino principal.

Un segundo interrogante se abre cuando los apoyos instalados prioritariamente para el servicio de distribución eléctrica ya han sido parcialmente cedidos en uso a prestadores de servicios de telecomunicaciones, sin variar su función y destino principal.

En tal circunstancia, y aunque la distribuidora eléctrica no desempeñe tal actividad, ¿puede quedar alcanzada por el cúmulo de deberes establecidos por el reglamento, cuando el destino principal del apoyo es un servicio provincial?, ¿Es razonable que, a partir de allí, al menos un tercio de esa infraestructura eléctrica deba imperativamente quedar disponible para posibles licenciatarios TIC, entre otras cargas que se imponen?

Para dar respuesta a tales inquietudes, es necesario tener presente y remarcar que, cuando se trata de líneas de energía eléctrica, éste es su fin principal, aun cuando pueda accesoriamente ser cedido su uso minoritario, para colgar redes de telecomunicaciones.

De tal modo, sin dejar de expresar lo complejo de la definición de este tema, se estima que lo más razonable y adecuado en función del reparto constitucional de competencias entre la Nación y las Provincias, es que no pueda extenderse, sin más ni unilateralmente, la aplicación del reglamento nacional de infraestructura pasiva de telecomunicaciones sobre redes de distribución de energía eléctrica (es decir, en media y baja tensión), por cuanto, éstas últimas satisfacen una finalidad de interés público local y sirven a un servicio esencial de igual corte, pudiendo considerarse, además, que solo tienen un alcance físico y técnico circunscripto al territorio provincial.

Por ende, la infraestructura afectada a un servicio local o provincial de manera primordial, debe regirse por la legislación y jurisdicción aplicable a esa categoría de actividad para resguardar su objetivo principal que, en el caso, de las instalaciones objeto de estudio, y a riesgo de resultar reiterativos, es la adecuada, continua, regular y segura prestación del servicio de distribución eléctrica.

Su afectación accesoria y eventual a servicios de telecomunicaciones, no puede implicar *per se* que las autoridades nacionales puedan dictar normas de manera independiente, inconsulta y autónoma sin considerar la realidad local de esa actividad principal, máxime cuando ésta tiene aparejada una experticia técnica específica y notable.

Lo previo, no es obstáculo a que para el servicio eléctrico se considere la aplicación de reglas y disposiciones atinentes a telecomunicaciones o cualquier servicio que pueda apostarse en ellas (v. gr., sistemas de alarma comunitaria), en tanto y en cuanto éstas contengan pautas accesorias a la energía, o sean implementadas a partir de acciones y medidas de coordinación y concertación entre los diferentes estamentos y niveles estatales, demostrando así en la práctica el respeto a los principios y al ideario federal consagrado en la Constitución Nacional.

Sobre la infraestructura pasiva cuyo destino principal es el servicio de telecomunicaciones, por ejemplo, apoyos destinados a la actividad telefónica o para internet, no existe objeción alguna que formular a la jurisdicción federal de las autoridades nacionales en la materia.

Ahora bien, más allá de la discusión antes expuesta, se considera que, por una elemental aplicación del principio de irretroactividad de las leyes conforme el artículo 7° del Código Civil y Comercial, la aplicación del reglamento nacional no puede afectar a los contratos celebrados con anterioridad a su eficacia, o al menos, no hacerlo sin dar lugar a un caso de responsabilidad estatal por actividad lícita por afectarse la garantía de inviolabilidad de la propiedad en la que están contenidos los derechos patrimoniales resguardados en esos convenios.

En otro orden del análisis, pueden además esbozarse una serie de cuestionamientos en relación con la coherencia entre las disposiciones establecidas en el reglamento, y los principios y objetivos que formalmente declara seguir con su implementación.

Como enfoque general, surge que más allá de plantear que se promueve un escenario de libertad contractual, tal estándar se ve desdibujado por la clara impronta regulatoria e intervencionista derivada de la calificación de interés público impuesta a la actividad por el Poder Ejecutivo Nacional.

Con esto confrontan, dentro del espectro de principios señalados, el de Obligatoriedad, por cuanto implica que quienes tengan disponibilidad sobre la infraestructura pasiva, bajo cualquier título (sean o no licenciarios de esos servicios), tienen el deber de permitir a otros el acceso a su infraestructura en las condiciones impuestas en el reglamento. Asimismo, podemos señalar que el de No Discriminación, que impone que aquéllos no pueden otorgar a sus solicitantes condiciones de acceso a su infraestructura menos favorables que las que se otorgan a sí mismos, o a terceros.

Paralelamente, encontramos también al de Subsidiariedad, que declarativamente sostiene hacer primar lo convenido en los contratos libremente concertados entre las partes, pero ello solamente en tanto y en cuanto éstos no contradigan ninguna de las reglas definidas en el reglamento, situándolo así en un grado de jerarquía superior y con una calidad elevadísima de orden público.

Se ve, entonces, que la declamación de estos principios, truncan en buena medida el éxito y el desarrollo de la actividad, en tanto tales estándares, sobre los que se estructuran la mayoría de las disposiciones operativas del reglamento, no compatibilizan con otros principios también declarados, pero sin un reflejo normativo práctico, tales como el de uso eficiente de la infraestructura pasiva, el de libertad de contratación, el de competencia y el de buena fe.

Es decir, el reglamento proclama principios, pero sólo respecto de los más intervencionistas consagra deberes e instrumentos para su control y aplicación.

Así se colige que las pautas jurídicas y comerciales establecidas en el reglamento aprobado por Resolución 105/20 de la Secretaría de Innovación Pública de la Nación, determinan amplios contornos indisponibles y estrechos parámetros sobre las que la autonomía de la voluntad o la libertad contractual no tienen posibilidad de incidir o modificar en atención a la gran variedad de supuestos y modelos de negocio en que se desenvuelven los servicios de tecnologías de la información y comunicaciones.

Tal rigor excesivo se observa, incluso, en el vasto poder de policía que con carácter discrecional –cuasi arbitrario- se asigna al Ente Nacional de Comunicaciones al contar con facultades de intervención y modificación sobre los contratos de compartición de infraestructura pasiva libremente concertados entre las partes cuando éstas ya han acordado sus condiciones y efectos, si considera que se aparta de las pautas del reglamento bajo el ropaje de un deber de registro que, se impone a los contratantes sin una finalidad clara explicitada en el régimen.

Por otra parte, también se observa una gran facultad de intromisión en la ecuación económica del contrato por parte de la autoridad de aplicación, mediante la eventual modificación del precio y/o la suspensión de la decisión legítima de una de las partes de no continuar con el

vínculo contractual oportunamente establecido, todo lo que menoscaba y priva de seguridad jurídica al sistema.

Esta potestad de intrusión en los acuerdos privados, se entiende, puede implicar justamente el efecto contrario al que la resolución expresa querer producir en orden al favorecimiento de la libre competencia, concurrencia, y de respeto a la evolución del mercado. Así se evidencia en el antecedente citado, en donde se obligó a una entidad cooperativa a renovar coactivamente un contrato cuya vigencia ya había fenecido, a valores impuestos por la autoridad de aplicación.

No debe olvidarse que, además, por la evolución de los servicios de tecnologías de la información y comunicaciones, las pautas rígidas establecidas en el reglamento nacional, sobre todo en relación a la planificación e intervención económica que imponen, pueden terminar por ocasionar que un prestador de servicios de telecomunicaciones que no se ha actualizado a los nuevos paradigmas tecnológicos y comerciales, se valga del amparo que puede otorgarle el reglamento, apartándolo de su finalidad, para obtener, de alguna manera, un subsidio cruzado desde los aportes que efectúan los usuarios del servicio eléctrico a través del pago de sus tarifas y cargos de obra, para mantener la falta de rentabilidad de su negocio.

No son, entonces, las condiciones de acceso y utilización de la infraestructura pasiva las que afectan la ecuación económica de la actividad, sino que son las condiciones del mercado y la propia diligencia empresarial, las que inciden en buena medida sobre su subsistencia.

Lo dicho puede ser ejemplificado con el declive experimentado por el servicio de televisión por cable coaxial frente a la marcada evolución de los servicios integrados que se sirven de internet para suministrar contenidos audiovisuales. En este ejemplo, se advierte cómo una gran extensión de infraestructura pasiva utilizada para el despliegue de este tipo de conductores de señales, resulta cada vez más onerosa de afrontar para el licenciatario por la exigua cantidad de usuarios de esta clase de prestaciones, en competencia con la eficiencia de las prestaciones y costos que ofrecen las opciones integradas.

En definitiva, el Reglamento de Participación de Infraestructura Pasiva aprobado por Resolución 105/20 de la Secretaría de Innovación Pública de la Nación, termina por invadir jurisdicción de carácter provincial, afectando sin previa consideración, las condiciones particulares de prestación del servicio de distribución de energía eléctrica local, al tiempo que con sus disposiciones impone una rigidez al sistema de participación de dicha infraestructura que, en buena medida, contradice la naturaleza de álgida y constante evolución del negocio TIC, e incide negativamente sobre las inversiones que nuestro país necesita en la materia.

Ello así por introducir pautas que irrazonablemente afectan la seguridad jurídica, la libertad de contratación, y la previsibilidad económica con la pretendida intención de favorecer la competencia y la expansión de la actividad, viéndose de este modo desincentivadas las posibles iniciativas de quienes resulten titulares de instalaciones que puedan afectarse como infraestructura pasiva, a introducirse activamente en el mercado para dar soporte a los servicios de telecomunicaciones.