

Desafíos del servicio universal argentino en materia de telecomunicaciones: nuevos reglamentos, viejos problemas

JUAN M. MOCOROA¹

RESUMEN

El sector de las telecomunicaciones argentino ha tenido en los últimos años fuertes novedades regulatorias. A partir de esas novedades, en este trabajo se pretenden identificar las razones que justifican la intervención regulatoria estatal en este sector. Asimismo, se busca llamar la atención sobre los elementos que definen el servicio universal en esta industria. Bajo este enfoque, se describen diversas medidas estatales dictadas recientemente, las cuales pueden ser identificadas con la clásica actividad de fomento de la Administración pública. El presente trabajo sostiene que existe una contradicción

1 Máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova, Génova, Italia. Máster en Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Docente de Derecho Constitucional de las universidades Nacional de Córdoba y Siglo 21, Córdoba, Argentina. Correo-e: jmocoroa@mag.com.ar. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-9536-4137>. Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2023. Fecha de modificación: 3 de agosto de 2024. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2024. Para citar el artículo: Mocoroa, Juan M., "Desafíos del servicio universal argentino en materia de telecomunicaciones: nuevos reglamentos, viejos problemas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 33, 2025, pp. 77-108. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n33.04>.

entre las acciones del regulador y del ejecutivo: mientras que la autoridad regulatoria busca incentivar inversiones en aquellos lugares donde el mercado no puede o no quiere llegar, el ejecutivo las desalienta. Ese desaliento es llevado a cabo a través de medidas que no parecen estar sustentadas en los principios regulatorios que justifican la intervención estatal.

Palabras clave: regulación económica, telecomunicaciones, actividad de fomento, intervención estatal, servicio universal.

The Challenges of the Argentine Universal Service in Telecommunications: New Regulations, Old Problems

ABSTRACT

The Argentine telecommunications sector has undergone significant regulatory developments in recent years. This paper aims to identify the reasons that justify state regulatory interventions in this sector while also highlighting the definitional elements of universal service within the industry. Following this approach, various recent state measures identified as part of the Administration's traditional promotional activities are presented. It is argued that there is a contradiction between the actions of the regulator and the executive: While the regulatory authority seeks to encourage investments in areas that the market cannot or does not want to serve, the executive discourages such investments. This discouragement is implemented through measures that do not appear to be supported by the regulatory principles justifying state intervention.

Keywords: Economic Regulation, Telecommunications, Promotion Activity, State Intervention, Universal Service.

INTRODUCCIÓN

El último tiempo fue particularmente vertiginoso en materia regulatoria para el sector de las telecomunicaciones argentino. Los distintos jugadores de este mercado tuvieron que enfrentar serios desafíos por las circunstancias complejas y sin antecedentes que son conocidas por todos. Pero, en especial, debieron estar a la altura de las circunstancias. La cantidad de tráfico aumentó considerablemente como producto de esta nueva "(a)normalidad"

que fue la pandemia. Todos, de alguna manera, cambiamos nuestros hábitos, y aquello que hacíamos de manera presencial pasamos a hacerlo de modo remoto. Dimos y asistimos a clases, trabajamos, nos reunimos y nos relajamos gracias a internet. Todos estos momentos estuvieron, y están, atravesados transversalmente por la seguridad que nos brindan los servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Internet se transformó en el combustible invisible de nuestras vidas.

Pero, para satisfacer el aumento exponencial de la demanda que generamos, los prestadores deben invertir. Sin inversión no hay posibilidades de desarrollo del sector, porque se dificulta satisfacer la demanda. Ahora bien, como en cualquier mercado, para que esto ocurra los agentes económicos deben tener los incentivos adecuados. Uno de esos incentivos, sin dudas, está centrado sobre la certidumbre regulatoria. Esto es, seguridad jurídica, previsibilidad y confianza en la posibilidad de obtener una tasa razonable de retorno.

En este trabajo se pretende hacer lo siguiente: en primer lugar, identificar las razones que justifican la intervención regulatoria estatal en este sector. Luego, llamar la atención sobre los elementos que definen el servicio universal en la materia. Finalmente, se intentará mostrar diversas medidas estatales dictadas recientemente. A partir de esto, se presentará una serie de conclusiones, en las que se demostrará que existe una contradicción entre las decisiones adoptadas por la autoridad regulatoria y por el poder ejecutivo nacional. En líneas generales, entonces, en este escrito se sostendrá que mientras el ente regulatorio a través del Fondo de Servicio Universal busca incentivar inversiones en aquellos lugares donde el mercado no puede o no quiere llegar, el Ejecutivo las desalienta. Y lo hace con medidas que no están sustentadas en los principios regulatorios que justifican la intervención del Estado. De esta manera, estamos ante viejas recetas que ya demostraron en el pasado ser infructuosas.

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN EN TELECOMUNICACIONES

1.1. LA REGULACIÓN COMO MODO DE ACTUACIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

El Estado interviene en la economía por diversas razones, a través de distintos medios jurídicos y, finalmente, con un nivel no equiparable de intensidad. De ahí que desde la simple necesidad de que autorice, de manera reglada, la realización de una actividad económica fundada en razones de seguridad, salubridad o moralidad (i. e., poder de policía) puede llegarse a la declaración

de una actividad como servicio público. Aun cuando esquivo², este concepto tiene una implicancia concreta: retirar una determinada actividad de la esfera del mercado, disponer coercitivamente su prestación obligatoria y la inexistencia de precio en sentido económico, lo que es suplantado por el empleo de la técnica de la "tarifa", en cuya definición también intervendrá el Estado³.

Por eso, se sostiene que la noción de servicio público implica el mayor grado de intensidad en la regulación, como dice Bianchi⁴. En el mismo sentido, se ha dicho que "estamos ante un título de intervención especialmente intensa, justificado en que se trata de actividades indispensables para la sociedad; y ello puede declararse por la vía de la reglamentación de la referencia subjetiva (titularidad declarada), bien por la vía de la reglamentación detalla de actividades privadas, que han tenido siempre un carácter social (actividades asistenciales)"⁵.

Otros autores, Cuadros, por ejemplo, entienden a la regulación como la interferencia normativa del Estado en la economía a fin de preservar las condiciones de competencia y el control de los monopolios naturales y de otros factores que impiden o inciden sobre la formación competitiva de los precios de bienes y servicios. De esta definición, entonces, se derivan dos elementos esenciales de la actividad regulatoria en manos del Estado: (1) material, representado por una actividad –i.e., intervención en la economía– y (2) teleológico, identificado con una finalidad de índole incluso constitucional –i.e., preservar las condiciones de competencia y control de los monopolios, según el marco previsto por el artículo 42, CN–. El fundamento, en cualquier caso, será el privilegio público involucrado en ciertas modalidades de ejercicio del derecho de propiedad.

De ahí que, entonces, sea correcto justificar desde un punto de vista económico a las "fallas del mercado" como las fuentes de justificación de la

- 2 Algunos autores, a partir de esta dificultad, pretenden definirlo por las consecuencias jurídicas que conlleva: "Aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social". Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3.ª ed., Granada: Comares - Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 495.
- 3 Sobre el régimen de tarifas en el derecho argentino resulta insoslayable remitir a Estela Sacristán, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Buenos Aires: Abaco, 2007, *passim*.
- 4 Alberto B. Bianchi, "Una noción restringida de servicio público. Apuntes para su cuarta etapa", *ReDA*, n.º 53, 2005, pp. 299 y ss.
- 5 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, *op. cit.*, p. 498.

regulación económica. Vale decir (1) asimetría en la información, (2) existencia de monopolios y, finalmente, (3) externalidades, ya sean positivas o negativas.

En sentido semejante, Aguilar Valdez define la regulación económica como "una actividad pública de intervención directa que establece restricciones a las decisiones empresarias en materia de ingreso y salida del mercado, precios, cantidades y calidad de bienes y servicios; ordena las relaciones de las empresas entre sí y, en definitiva, conforma, total o parcialmente, el contenido objeto de intervención"⁶.

En cualquier caso, resulta esencial determinar en qué tipo de mercado es sobre el que deberá impactar aquella actividad. Así, las acciones deben disociarse según se trate de un mercado competitivo o bien, por el contrario, de un mercado en el que la información es asimétrica o si estamos en presencia de supuestos de monopolio natural o legal. En el primer caso, la regulación será indirecta a fin de garantizar la defensa de la competencia. En el segundo, por el contrario, estará enderezada a "crear sustitutos de las condiciones de competencia o a generar competencia por el acceso al mercado"⁷. Vale decir, se habrá de simular un mercado ideal.

Además, esta función reguladora podrá hacerla a través de dos modalidades diferenciadas. Por un lado, la "directiva", derivada del sistema de comando y control, en la que las nociones de prerrogativa o potestad serán las que dominarán, por lo que todo lo que hace la gestión empresarial será una decisión estatal. Por otro, la regulación por "incentivos", según el cual la Administración propende obtener las conductas deseadas de los operadores al dirigir sus acciones y conductas de forma indirecta sin imposición expresa.

A nuestro modo de ver, con estos conceptos en mente a manera de herramientas conceptuales, estaremos en mejores condiciones para encarar e identificar los fundamentos de la regulación en el sector de las telecomunicaciones.

1.2. LA REGULACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES

Las razones que podemos identificar en este sector, a nuestro juicio, son dobles. Por un lado, una razón que se vincula con la existencia de un monopolio natural y, por otro, con la escasez de un determinado recurso.

En efecto, en lo que hace a lo primero, es necesario destacar que para facilitar las comunicaciones resulta necesario, por lo general, un gran despliegue

6 Óscar Aguilar Valdez, "Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en AA. VV., *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Buenos Aires: Ediciones Rap, 2004, p. 82.

7 Óscar A. Cuadros, *Administración y mercado*, Buenos Aires: Astrea, 2018, p. 168.

de redes. Estas redes se caracterizan por el empleo de capital intensivo y, por tanto, resulta económicamente ineficiente su multiplicación. De ahí que, por ejemplo, el Estado debe regular para garantizar la interconexión y que ella sea a precios razonables y no discriminatorios. Vale decir, lo que se busca es garantizar la conectividad y el acceso a las redes de comunicación.

En este punto, entonces, lo que se busca es evitar los incentivos con los que cuentan las empresas que son detentadoras de redes para excluir a sus competidores. Es por eso que el Estado debe intervenir para garantizar el acceso a las redes (*open access*) y de esta manera la competencia, pues, de lo que se trata es de garantizar el acceso al mercado. Todo ello es posible gracias a la interconexión. De todos modos, según el sistema vigente serán los prestadores quienes deberán, en principio y a través de sus contratos de interconexión, determinar los precios y las condiciones. Ahora bien, cuando estos precios sean restrictivos de la competencia se justifica la regulación económica del Estado para fijar esos precios y disponer la obligatoriedad de la interconexión.

Pero, además, las comunicaciones se posan sobre un recurso que es escaso, intangible, finito y que pertenece al dominio público (artículo 26, Ley n.º 27.078) Esto es, el espectro radioeléctrico. De ahí que deba intervenir para favorecer las comunicaciones y evitar las interferencias que podrían ocasionarse por la congestión de su uso. Es así que la Ley de Argentina Digital establece que es una tarea indelegable del Estado nacional la administración, gestión y control del espectro.

La Ley n.º 27.078, en su redacción original, establecía en su artículo 15 "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". Esta disposición fue objetada por los operadores y por especialistas del sector⁸. Las objeciones se basaban en que la calificación como "servicio público" de los servicios de TIC no encajaba con el régimen legal de esos servicios, toda vez que bajo el mismo estos no son de titularidad del Estado, no reconocen la condición de "monopolio natural", y su desarrollo y prestación se encuentra liberalizado a la iniciativa privada.

Es que en estos casos y como dice Ariño Ortiz, "la única forma de transformar en pública una actividad que institucionalmente es privada, es que venga asumida como monopolio. No existen servicios públicos por naturaleza como existen funciones, sino que solo gozan de dicho sello si son naturalizados. El acto de naturalización no es otra que el monopolio de *iure*"⁹.

8 Véase Agustín Siboldi, "Modificaciones a las leyes nacionales de medios y telecomunicaciones", *Diario La Ley*, 14 de abril de 2016.

9 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., p. 499.

En materia de telecomunicaciones ha sido particularmente relevante la teoría del monopolio natural, cuya configuración requiere la concurrencia de cinco características: (1) elevada inversión de capital, (2) la producción de bienes considerados de primera necesidad, (3) la imposibilidad de almacenarlos ante la caída de la demanda, (4) la existencia de una conexión física y (5) la atención de un mercado atractivo que permite la realización de rentas¹⁰.

Esto es relevante porque si la técnica de servicio público es una regulación de la actividad económica que se diferencia de otras por el grado de intensidad, debería poder justificarse en las razones tradicionales que se emplean para ello. En función de esto, de las características del sector y de la inexistencia de una suerte de "monopolio natural" que justificara una intervención estatal tan grande, el Decreto n.º 267, publicado el 4 de enero de 2016, derogó esta disposición. De modo tal, esta actividad ya no estaba sujeta a la calificación de servicio público. Por lo tanto, también se derogó la facultad de la ex Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) de fijar tarifas para la prestación de "servicios públicos esenciales y estratégicos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia, las de los prestados en función del servicio universal y de aquellos que determine la Autoridad de Aplicación por razones de interés público", que incluía el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley de TIC.

Dado que la actividad estaba liberada a la iniciativa privada, resultaba coherente la inexistencia de una regulación tarifaria. De todos modos, ello no significaba que los prestadores tenían libertad absoluta para establecer los precios. En este ámbito, resultaba de aplicación la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, que excluye el ejercicio abusivo del derecho a definir libremente el precio de comercialización de los servicios TIC¹¹. Ahora bien, es de destacar que esa facultad nunca había sido ejercida por la ex AFTIC y los precios de todos los servicios de telecomunicaciones –incluyendo los de telefonía básica históricamente sujetos a tarifas– se desempeñaban bajo el principio de libertad de precios.

De todos modos, también es cierto que muchos autores entendían que esa declaración solo se extendía al caso mayorista y de acceso a las redes, pero no era extensivo al supuesto de la relación entre prestadores TIC y sus clientes¹².

10 Agustín Siboldi, "Modificaciones a las leyes nacionales de medios y telecomunicaciones", *op. cit.*

11 *Ibid.*

12 Héctor Huici, "Las TIC como servicio público: Una calificación innecesaria e inconveniente", *Revista Argentina de Derecho y Regulación de las Telecomunicaciones*, n.º 2, 2021.

2. EL SERVICIO UNIVERSAL EN LAS TELECOMUNICACIONES

2.1. EL RÉGIMEN DE SERVICIO UNIVERSAL

El servicio universal es un instrumento que busca, como dice Esteve Pardo, introducir nuevas técnicas para corregir las deficiencias, limitaciones e insuficiencias del mercado que se mueve en términos de rentabilidad, y por ello puede dejar de lado espacios territoriales y sociales que no considera rentables¹³.

Para algunos autores, se trata de una modalidad superadora, incluso, de la noción de servicio público¹⁴. En palabras de Ariño Ortiz, son las modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho¹⁵. Por eso, de lo que se trata es de precisar cuáles son las obligaciones o cargas de servicio universal en cada sector a cuyo cumplimiento están vinculados de modo obligatorio los operadores. En efecto, como manifiesta Orlansky, viene a cubrir prestaciones esenciales que antes quedaban cubiertas por el servicio público y que en un marco de competencia nadie tiene incentivos para prestar, por su baja rentabilidad¹⁶.

Es decir, esa noción es una consecuencia de la privatización de un sector de la economía y del reconocimiento de que existen, para el mercado, zonas de mayor o menor interés. Además, que esa circunstancia determina los incentivos para prestar servicios en ellas. Por eso, se trata de las obligaciones que se pueden imponer a los operadores para hacer efectivo ese principio de universalidad de tal manera que todas las zonas y grupos sociales tengan plena accesibilidad al servicio. Esa es una tarea importante de la autoridad reguladora¹⁷.

De esto se sigue que el servicio universal, como dice Ariño Ortiz, se caracteriza, en primer lugar, por tratar de garantizar un conjunto de prestaciones consideradas esenciales. Se trata de aquí de una definición contingente a factores como la evolución tecnológica, la demanda, o las necesidades y consideraciones de política social. Luego, el servicio universal está dirigido

13 José Esteve Pardo, *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2021, p. 141.

14 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., pp. 572-580. Este autor pone el acento en aquellas modalidades a las que el mercado por sí solo no puede dar respuesta y, entonces, la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho.

15 *Ibid.*, p. 572.

16 Leandro Orlansky, *Regulación y competencia*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 58.

17 José Esteve Pardo, *Principios de derecho regulatorio*, op. cit., p. 142.

al logro de la accesibilidad a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica. Por lo demás, el precio del servicio universal debe ser asequible, esto es, que pueda ser compensado para que el prestador del mismo no soporte una carga injustificada¹⁸. De este modo, el servicio universal como señala Martínez López Muñiz está dirigido a la "obtención del bien común con la menor restricción posible de la libertad y bajo imperativos de proporcionalidad, sin necesidad de convertir al poder público en protagonista único o exclusivo de múltiples actividades económicas de gran importancia social en la actualidad"¹⁹.

2.2. EL RÉGIMEN DE SERVICIO UNIVERSAL EN LA LEY ARGENTINA DIGITAL

Dado que lo que se ha dicho en el acápite anterior, la Ley n.º 27.078 prevé el llamado régimen del servicio universal. Esta legislación 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.

En este escenario, diversos programas aprobados por el Ente Nacional de Comunicaciones (Enacom), en su calidad de autoridad de aplicación de la Ley n.º 27.078, resultan de sumo interés. En efecto, existen varios programas, fondeados al calor de la caja del Fondo de Servicio Universal (FSU), que pueden garantizar el financiamiento para las infraestructuras. Sin embargo, estos programas tienen sus propias limitaciones y condicionantes.

Estos programas, en líneas generales, están dirigidos a subsidiar la oferta a través del financiamiento de infraestructura. En el último año, el Enacom ha centrado sus esfuerzos regulatorios para incentivar esas inversiones. En especial, respecto de la reciente aprobación de distintos programas financiados por el FSU previsto por la Ley n.º 27.078. El objetivo final de estos programas trasunta por la realización de dos propósitos: el despliegue de la infraestructura pública necesaria para sostener demandas más altas y estables de conectividad por parte de los consumidores finales²⁰; y, por otro lado, la reducción de la "brecha digital" y el crecimiento regional que permita el acceso de una mayor parte de la población a servicios esenciales para la vida y para el desarrollo económico y social.

18 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., p. 579/580.

19 José Luis Martínez López Muñiz, "La regulación económica en España", citado por Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., p. 580.

20 Usualmente se suele hablar de "infraestructura pública" pues, por lo general, se trata de "estructuras vinculadas a la explotación de un servicio público o destinadas al uso público en general". Ignacio M. de la Riva, *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 14.

Estos objetivos son los que justifican el empleo de los fondos del servicio universal para subvencionar el despliegue de infraestructura²¹. Esto es, financiar estatalmente el despliegue y ampliación de las redes necesarias para satisfacer las necesidades insatisfechas de parte de la ciudadanía en materia de conectividad. Más aun cuando esta actividad se caracteriza por la necesidad de inversión de sumas dinerarias muy elevadas para el desarrollo de una infraestructura eficiente que permita la prestación final de aquellos servicios, en condiciones de calidad.

La prestación del servicio de conectividad resulta de una importancia determinante para el acceso universal a las TIC. Para alcanzar estos objetivos, la infraestructura debe estar en condiciones de satisfacer la demanda de conectividad; tanto en lo que se refiere a su calidad como a su cantidad. Esos estándares solo pueden ser alcanzados con el suficiente nivel inversiones económicas.

El Estado debe cumplir, en esta situación, un rol muy importante. En efecto, debe generar los incentivos regulatorios para que las empresas del sector de telecomunicaciones actúen en condiciones de competencia en la búsqueda de mayores clientes. Puede, también, subsidiar a esas mismas empresas cuando el mercado no genere esas condiciones de competencia.

A tales efectos, el Fondo del Servicio Universal previsto en Argentina es una herramienta ineludible. Pues, como sostiene De la Riva, el Estado tendrá que "ejecutar su política de ayudas cuando vislumbre que solo de esa forma [los] intereses generales podrán ser alcanzados, pues es evidente que el Estado está, en principio, dotado de mayores y mejores recursos que los particulares para impulsar determinadas iniciativas que estos no logran emprender con sus solos medios"²².

2.3. EL FONDO FIDUCIARIO DEL SERVICIO UNIVERSAL

Esta ley, como anticipamos, dispuso la creación del Fondo Fiduciario del Servicio Universal (FSU) que se compone con los aportes de inversión correspondientes a los programas del servicio universal. Para eso, la Ley establece que los licenciarios de servicios TIC tendrán la obligación de realizar aportes de inversión al FSU equivalente al 1 % de los ingresos totales

21 Sobre las particularidades de la inversión en infraestructura pública, véase Óscar Aguilar Valdez, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas", en AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires: Rap, 2005. En lo que se refiere al caso particular de la infraestructura en materia de telecomunicaciones, véase Juan M. de la Cuétara Martínez, "La regulación de las telecomunicaciones", en Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., pp. 662-663.

22 Ignacio de la Riva, *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención del estatal en el funcionamiento del mercado*, Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 198.

devengados por la prestación de los servicios TIC. Además, se prevé ciertas garantías para asegurar su constitución, por ejemplo, la prohibición de traslado a los usuarios de este concepto.

Dichos aportes son administrados a través del Fondo Fiduciario del Servicio Universal (FFSU). La Ley dispone que el patrimonio del FSU es del Estado nacional. En lo que hace a la aplicación de sus fondos, establece que ellos se deben aplicar por medio de programas específicos. Estos programas deben ser definidos por el Enacom, en su calidad de autoridad de aplicación de la normativa vigente. Esa definición se refiere al contenido y mecanismos de adjudicación correspondientes.

Finalmente, hace una distinción respecto de la posibilidad de encomendar la ejecución de estos planes. El criterio de distinción se basa, en términos generales, según se trate de una "empresa pública" o bien un "ente privado"²³. En efecto, dispone: (1) directamente a las entidades incluidas en el sector público nacional, en los términos previstos por el artículo 8.b de la Ley n.º 24.156^[24], y (2) cumpliendo con los mecanismos de selección que correspondan, respetando principios de publicidad y concurrencia, a otras entidades.

La legislación vigente mantiene que es un deber del Estado nacional garantizar este servicio al que entiende como un concepto dinámico cuya finalidad es posibilitar el acceso de todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su domicilio, ingreso o capacidades, a los servicios TIC en condiciones de calidad y a un precio justo y razonable.

En su calidad de autoridad de aplicación, el Enacom aprobó el Reglamento General del Servicio Universal por Resolución n.º 2642-ENACOM/16, del 17 de mayo de 2016. Ese reglamento ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los últimos años. En particular, a partir de la Resolución n.º 721/20,

23 No se nos escapa la imprecisión del concepto de *empresa pública*. Este resulta sumamente ambiguo, vago y carente de precisión jurídica, pues en todo el ordenamiento jurídico argentino no existe una definición normativa de este sintagma. Sin embargo, lo empleamos como convención a los fines de facilitar la comunicación de la idea que se quiere transmitir. El adjetivo *pública* que califica el sustantivo *empresa* resulta necesario para poder expresar la presentación del Estado en su organización, que está justificada por la satisfacción indirecta de un fin público. A tales efectos, véase Ismael Mata, "La intervención económica del Estado a través de sus empresas. Evolución y criterios de responsabilidad", en Agustín Gordillo *et al.*, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008; y "Empresas y sociedades estatales. Pautas de organización y responsabilidad", en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires: RAP, 2008, pp. 29 y ss.

24 En Argentina, con un criterio claramente presupuestario, la Ley n.º 24.156 define como integrantes del sector público nacional: "Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias".

publicada en el Boletín Oficial el 31 de julio de 2020. Entre los lineamientos que los proyectos deben cumplir está, en primer lugar, la promoción de soluciones para alcanzar los objetivos del servicio universal a través del desarrollo de infraestructura. Asimismo, es necesario un monto mínimo de inversión equivalente a 100 salarios mínimos, vitales y móviles. Además, este requiere de un diagnóstico que refleje la situación inicial de conectividad y acceso a servicios TIC, y el objetivo del proyecto, detallando su alcance e impacto, el cual será objeto de análisis y revisión mediante el procedimiento de auditoría correspondiente. La descripción de los aspectos técnicos y económicos de la solución que se proponga para alcanzar el objetivo del proyecto y la planificación para el desarrollo y la implementación del mismo son también necesarias. De este modo, los proyectos no podrán tener por objeto el despliegue de infraestructura para la prestación del servicio básico telefónico o servicios de comunicaciones móviles, que coincidan con obligaciones de despliegue para servicios similares. Por lo demás, los proyectos pueden incluir costos para la operación y el mantenimiento de la infraestructura desplegada, pero respetando las condiciones de competencia leal y efectiva entre los licenciarios de servicios TIC.

Así las cosas, los programas del servicio universal, según esa resolución, podrán comprender, entre otros:

- Prestación a grupos de usuarios que por sus necesidades sociales especiales o por características físicas, económicas o de otra índole tengan limitaciones de acceso a los servicios, independientemente de su localización geográfica.
- Conectividad para instituciones públicas.
- Conectividad en zonas rurales y con condiciones geográficas desfavorables para el desarrollo de servicios TIC.
- Apoyo financiero para cooperativas y pymes que presten servicios TIC, para la expansión y modernización de sus redes actuales.
- Conexión de licenciarios, cooperativas y pymes a la Red Federal de Fibra Óptica (Refefo).
- Toda obra, proyecto o desarrollo tecnológico que contribuya al desarrollo del servicio universal debe hacerlo en los términos del artículo 18 la Ley 27.078.
- Acceso y prestación de servicios TIC para barrios inscriptos en el Registro Nacional de Barrios Populares (Renabap) que, excepcionalmente, requieran de una solución urgente, en el marco de una emergencia sanitaria nacional.

Tal y como dispone la Ley n.º 27.078, el reglamento establece como mecanismos de adjudicación la ejecución directa de los programas a las entidades incluidas en el artículo 8.b de la Ley 24.156, o bien la licitación o concurso,

público o privado, nacional o internacional, de etapa única o múltiple, o la ejecución directa por parte del Enacom, en caso de circunstancias excepcionales y extraordinarias debidamente acreditadas, y siempre que la venta de los bienes o servicios solo pueda ser provista por determinada persona física o jurídica, o un grupo reducido de ellas. Esto, en razón del tipo de servicio o bienes que se contraten y en función del grupo humano o espacio geográfico que se pretenda atender.

Además, en virtud de lo dispuesto por el Decreto n.º 798 del 21 de junio de 2016, establece un criterio general de prioridad para considerar elegibles en programas con FSU. Esto identifica bajo este supuesto a los proyectos a desarrollarse en aquellos municipios que hayan adoptado la normativa propuesta en el Código de Buenas Prácticas para el Despliegue de Redes de Comunicaciones Móviles.

2.4. LOS APORTES DEL FSU COMO "AYUDAS PÚBLICAS"

Jordana de Pozas, en un trabajo clásico en esta materia²⁵, afirmó que la actividad administrativa estaba dirigida a la satisfacción de necesidades. Estas últimas pueden ser satisfechas, según la finalidad de la intervención pública, a través de tres tipos de actividades: policía, servicio público y fomento. La primera se refiere a las limitaciones eventualmente coactivas que impone la Administración dirigida a prevenir los daños sociales que podrían derivarse de la actividad privada. El segundo pretende la satisfacción de una necesidad pública de manera directa, por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares. Por último, el fomento se refiere a la acción encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimiento o riquezas debidos a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la de la coacción ni crear servicios públicos.

En esta línea de análisis, se ha sostenido que "La finalidad del fomento es promover actividades mediante estímulos y no mediante restricciones ya que justamente surge como una intervención estatal promocional y aplicable cuando es necesario incentivar la actividad de los particulares. La decisión de incentivar una determinada actividad está a cargo del legislador, que preferirá promocionar algunas actividades y otras no"²⁶.

Con la intención de saltar algunas dificultades que se presentan en la vieja definición citada al comienzo, De la Riva determinó que las ayudas

25 Luis Jordana de Pozas, "Ensayo sobre una teoría del fomento en el derecho administrativo", *REP*, n.º 48, 1949, pp. 41-54

26 Damián Navarro, "La declaración de servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia ¿es una forma razonable de garantizar la conectividad?", *Revista Argentina de Derecho y Regulación de las Telecomunicaciones*, n.º. 1, 2021.

públicas deben ser entendidas como "la actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias a cuya realización dichos bienes quedan afectados"²⁷. Recordemos que este autor critica la definición de Jordana de Pozas por estar fundada únicamente sobre un criterio teleológico, lo que entiende que es una consecuencia del término fomento, pero que debe ser abandonada. Ahora bien, las inversiones financiadas por el Enacom con fondos del FFSU deben considerarse ayudas públicas en estos términos. Esto es así pues están presentes todos los elementos estructurales de la llamada relación de subvención²⁸.

En este contexto, conviene mencionar que el Enacom aprobó una serie de programas en este marco, dirigidos a subsidiar inversiones para infraestructura:

- *Programa de subsidio de tasas de créditos para capital de trabajo para licenciarios de servicios TIC*. Este programa, aprobado por la Resolución Enacom 1206/20, tiene como objetivo propiciar la financiación de proyectos que tengan por finalidad la adquisición de capital de trabajo (bienes de uso y bienes de capital nuevos) para operar redes de infraestructura, por parte de micro, pequeñas y medianas empresas y cooperativas prestadoras del servicio fijo de acceso a internet de banda ancha, mediante el otorgamiento de créditos por parte del Banco de la Nación Argentina, banca pública nacional, provincial o cooperativa con tasas de interés parcialmente bonificadas por el Enacom.
- *Programa de aportes no reembolsables para pequeños licenciarios*. Este programa, aprobado por la Resolución Enacom 1490/2020, tiene como objetivo la implementación proyectos para mejorar o posibilitar la prestación de servicio fijo de acceso a internet de banda ancha o el reemplazo de los actuales tendidos con la incorporación de fibra óptica a los usuarios donde el licenciario cuente con un máximo de 2.000 accesos,

27 Ignacio de la Riva, *Ayudas públicas*, op. cit., pp. 122 y ss. También "La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual", en AA. VV., *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires: RAP, 2004, p. 416.

28 Estos son: (1) elemento subjetivo activo: el Enacom, en su carácter de autoridad de aplicación del FSU, es quien resulta ser el dispensador de la ayuda; (2) elemento subjetivo pasivo: aquellos licenciarios TIC interesados en desarrollar los programas del servicio universal; (3) elemento objetivo: consisten en la dispensación de ciertos beneficios. Está compuesto tanto por los bienes conferidos como por la actividad que debe desarrollar el beneficiario. En este sentido, se trata de aportes no reembolsables o de tasa subsidiada para el despliegue de un proyecto de infraestructura.

en localidades de hasta 30.000 habitantes, y donde el mismo preste actualmente servicios TIC.

- *Programa Conectividad*. El programa fue aprobado por la Resolución Enacom 3597/2016 y tiene como objetivo propiciar la implementación de proyectos que busquen la prestación de servicios mayoristas o minoristas sobre áreas con necesidades insatisfechas, mediante el desarrollo de redes de transporte o el fortalecimiento de las redes de acceso existentes, o la generación de condiciones económicas propicias para el desarrollo de nuevas redes de acceso. Este programa tiene las siguientes finalidades: generar un acceso equitativo a los servicios de telecomunicaciones, promover el desarrollo de las distintas regiones y su integración social; estimular la competitividad, el comercio, las inversiones y la integración del aparato productivo en el mercado nacional y mundial; promover el acceso a las tecnologías de la información y favorecer los procesos de formación digital de los ciudadanos; y promover la competencia en el sector a nivel mayorista y minorista.

Por las resoluciones 2899/2018, 4701/2018, 4751/2019 y 363/2020 se orienta a los licenciarios de servicios TIC que cuenten con registro de valor agregado –acceso a internet– que presten servicios en localidades de menos de 30.000 habitantes y proyecten mejorar o ampliar su infraestructura desplegada, y la prestación de servicio en dichas localidades y extenderlas a zonas sin cobertura de la misma. Los proyectos seleccionados reciben hasta un 80 % de las inversiones financiables bajo la modalidad de aportes no reembolsables con un máximo de 20 millones de pesos argentinos por localidad y hasta 80 millones por proyecto.

3. LAS INTERVENCIONES DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL PRODUCTO DEL COVID-19.

3.1. EL DECRETO N.º 311/20

3.1.1. Abstención de cortes y planes de facilidad de pago

El Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 311/2020 dispuso la abstención de corte de servicios en caso de mora o falta de pago. Para eso, tuvo en cuenta que, por el Decreto n.º 260 del 12 de marzo de 2020, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley n.º 27.541. El fundamento de esto, a su vez, radica en la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coronavirus y la enfermedad que provoca el COVID-19.

Debido a la evolución de la pandemia, se dice en esta medida, se han intensificado los controles del Estado para garantizar los derechos contemplados en el artículo 42 de la Constitución Nacional respecto de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

Con la misma finalidad de mitigar el impacto local de la emergencia sanitaria internacional, dispone "la suspensión temporaria del corte de suministro de servicios que resultan centrales para el desarrollo de la vida diaria, y aún más en el actual estado de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto n.º 297/20, tales como el suministro de energía eléctrica, agua corriente, gas por redes, telefonía fija y móvil e internet y televisión por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, entre otros".

La iniciativa, sostiene el decreto en sus considerandos, busca garantizar –en el marco de esta emergencia– el acceso a esos servicios, los que constituyen medios instrumentales para el ejercicio de derechos fundamentales (tales como a la salud, a la educación o la alimentación) para nuestros ciudadanos y ciudadanas.

Asimismo, y con el fin de evitar la acumulación de deudas que se transformen en impagables para familias y pequeños comerciantes e industriales, el decreto dispone un plan de pagos que facilite afrontar las deudas que se pudieran generar durante la vigencia y en relación con esa medida.

En función de todo esto se dispuso que, entre otras, las empresas prestadoras de los servicios de telefonía fija o móvil, internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1.º de marzo de 2020. Además, estas empresas estaban obligadas a mantener un servicio reducido.

En el caso de los usuarios o usuarias que cuentan con sistema de servicio prepago de telefonía móvil o internet, si ellos no abonaren la correspondiente recarga para acceder al consumo, las empresas prestadoras deberán brindar un servicio reducido que garantice la conectividad, según lo establezca la reglamentación.

Los usuarios alcanzados por esta disposición eran los siguientes:

- Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la asignación por embarazo.
- Beneficiarios y beneficiarias de pensiones no contributivas que perciban ingresos mensuales brutos no superiores a dos salarios mínimos vitales y móviles.
- Usuarias y usuarios inscriptos en el Régimen de Monotributo Social.
- Jubilados y jubiladas, pensionadas y pensionados, y trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos salarios mínimos vitales y móviles.

- Trabajadores y trabajadoras monotributistas inscriptos en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos veces el salario mínimo vital y móvil.
- Usuarios y usuarias que perciben seguro de desempleo.
- Electrodependientes beneficiarios de la Ley n.º 27.351.
- Usuarias y usuarios incorporadas en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (Ley n.º 26.844).
- Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza.

En lo que hace a los usuarios no residenciales, están alcanzados por esta reglamentación:

- Las pymes y mipymes, conforme lo dispuesto por la Ley n.º 25.300 afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación;
- Las cooperativas de trabajo o empresas recuperadas inscriptas en el Inaes afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación.
- Las instituciones de salud, públicas y privadas afectadas en la emergencia, según lo establezca la reglamentación.
- Las entidades de bien público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria.

De otro costado, las empresas prestadoras deberán otorgar a los usuarios y usuarias planes de facilidades de pago para cancelar las deudas que se generen durante el plazo de vigencia de estas medidas.

Esta medida fue prorrogada, finalmente, por el Decreto n.º 756/2020, desde su vencimiento y hasta el 31 de diciembre de 2020.

El Decreto 543/2020, por su parte, amplió de tres a seis las facturas impagas, consecutivas o alternas, que un usuario incluido dentro del grupo de personas en situación de vulnerabilidad podrá acumular sin que las empresas puedan interrumpir el suministro.

3.1.2. Algunas dificultades: impuestos al consumo a pagar con fondos propios

Esta decisión tuvo un impacto directo en la recaudación de las empresas y cooperativas del sector. En muchos casos, más allá de las finalidades de la regulación excepcional, generó un incentivo directo en los usuarios de posponer el pago de las facturas. Esto, como es lógico, resintió el flujo de fondos generado por el negocio.

Pero, además, se dio una particularidad vinculada con el impuesto al valor agregado (IVA) y el impuesto interno al consumo (IIC). El problema es, básicamente, que estos impuestos recen sobre las facturas emitidas a los usuarios identificados en el artículo 3.º del DNU 311/2020 y que, sin embargo, ellas

no son abonadas por aquellos. Por lo tanto, las empresas prestatarias debían cancelar con fondos propios el IVA y el IIC sobre los montos facturados.

Esta situación, muy problemática, hizo que la empresa Telecom iniciara una acción judicial en contra del Estado. En los autos caratulados "Telecom Argentina S.A. c/ EN – AFIP s/ Proceso de conocimiento" (Exp. n.º 10129/2020) solicitó el dictado de una medida cautelar que le permitiera abonar esos impuestos únicamente sobre los montos efectivamente percibidos por la empresa.

Para sustentar su posición presentó los siguientes argumentos:

- El DNU 311/2020 pone en riesgo la efectiva prestación de los servicios de telefonía fija y móvil, internet y cable que ella brinda actualmente.
- Esa norma obliga a no cortar dichos servicios, posponer su cobro y refinanciar la deuda generada, pero, a su vez, se la obliga a cancelar con fondos propios el IVA y el IIC sobre los montos facturados.
- Dicha situación: (1) atenta contra los principios de razonabilidad, equidad, igualdad de trato fiscal, no confiscatoriedad y capacidad contributiva; y (2) afecta la situación financiera y de liquidez de la empresa.

La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la empresa. Para resolver de este modo sostuvo que:

- Exigir a la empresa que abone la totalidad de los impuestos facturados, sin considerar las facturas efectivamente abonadas por los usuarios, desvirtúa la naturaleza legal de los impuestos involucrados. En efecto, ellos gravan el consumo de bienes y servicios como manifestación indirecta de la capacidad contributiva, en tanto la carga tributaria recae en última instancia en el usuario.
- La falta de tutela de los derechos de la empresa –i. e., de propiedad, ejercer toda industria lícita, trabajar, igualdad– llevarían a desatender, en el caso particular, la realidad y significación económica que dan sustento legal a la aplicación de aquellos impuestos.
- En condiciones de normalidad, la posibilidad de hacer cesar el suministro de cualquier servicio se convierte en una herramienta elemental con la que cuenta el prestador para paliar las consecuencias de un incumplidor moroso. Ahora bien, privar al prestador temporariamente de esta posibilidad por una decisión de política estatal, genera, objetivamente, una ruptura del sinalagma contractual que une al prestador con el usuario.
- Obligar al prestador a hacerse cargo de los impuestos, que en última instancia debe abonar el usuario, atenta esencialmente contra el regular ejercicio de los derechos constitucionales y legales de la empresa.

- Son dos cosas distintas, por un lado, obligar en la emergencia a la empresa a seguir prestando temporariamente el servicio sin la lógica contraprestación de su pago y, por otro, imponerle adicionalmente la carga de soportar los impuestos que debería abonar el usuario.
- Esos tributos al consumo, si son abonados por la empresa, se convierten en los hechos en gravámenes que terminan afectando directamente el patrimonio de Telecom sin sustento legal concreto que lo permita.

A partir de eso, la Cámara dispone la suspensión del pago por parte de Telecom del IVA e IIC por todos aquellos servicios facturados respecto de los usuarios alcanzados por el Decreto n.º 311/2020 hasta que dichas facturas sean efectivamente abonadas total o parcialmente por los usuarios, en tanto esos importes no hayan sido efectivamente abonados, por la empresa, al fisco nacional. Según dice el Tribunal, al resolver de este modo persigue que no se generen consecuencias distorsivas derivadas de las complejidades intrínsecas de la liquidación de los gravámenes y evitar un indebido enriquecimiento sin causa.

3.2. EL DECRETO N.º 690/20

3.2.1. LA DECLARACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: CONTENIDO NORMATIVO

En este escenario, el poder ejecutivo nacional dicta el DNU 690/2020 el 21 de agosto de 2020. Este decreto modifica sustancialmente la Ley n.º 27.078. En efecto, sustituye los artículos 15, 48 y 54. Además, suspendió cualquier aumento de precios, o su modificación, hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC. La suspensión incluyó los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico, de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades y los servicios de televisión satelital por suscripción.

Estos cambios son sustanciales porque, en definitiva, ellos implican alterar el sistema de libertad de precios dispuesto por la Ley n.º 27.078, luego de su modificación por el DNU n.º 267/2015. Esta circunstancia, entonces, comporta una fuerte intervención en el sector de las telecomunicaciones.

Esto puede advertirse en la nueva redacción del artículo 15 de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y que, ahora, recoge el "Proyecto Luenzo". A partir de ahora los servicios TIC y el acceso a las redes de telecomunicaciones son calificados como "servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia". Esta declaración, a su vez, tiene como contrapartida una potestad de la autoridad de aplicación: ella debe garantizar su efectiva disponibilidad.

El nuevo artículo 48 de la Ley n.º 27.078, por su parte, establece una nueva regla respecto de los "precios". Esta nueva disposición establece que: "Los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación. Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del servicio universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad".

Finalmente, incorpora como segundo párrafo del artículo 54 de la Ley n.º 27.078 la declaración de servicio público al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades. Los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

Para justificar esta medida, el poder ejecutivo, entre los considerandos del decreto, sostuvo que "el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos digitales que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión. La ONU ha expresado en diversos documentos la relevancia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para el desarrollo de una sociedad más igualitaria y la importancia de que a todas las personas les sea garantizado su acceso a las mismas".

Además, agrega que las TIC "representan no solo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen además un punto de referencia y un pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social".

Por otra parte, indica que "la convergencia de tecnologías constituye parte de la naturaleza misma del desarrollo del sector, por lo cual es un deber indelegable del Estado nacional garantizar el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones utilizadas en la prestación de los servicios de TIC así como el carácter de servicio público esencial y estratégico de las tecnologías de la información y las comunicaciones en competencia, estableciendo no solo las pautas para el tendido y desarrollo de la infraestructura en término de redes de telecomunicaciones a lo largo y ancho de todo el territorio nacional sino también las condiciones de explotación de aquella, de modo tal que se garantice la función social y el carácter fundamental como parte del derecho humano a la comunicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación".

A partir de esto, critica el Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 267/2015 y sostiene que dejó librados los servicios TIC "a ley de la oferta y demanda como una simple mercancía, contrariamente a lo previsto en la Constitución Nacional, que en su artículo 42 establece el deber de las autoridades de proveer a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados así como a la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

Este decreto, finalmente, fue aprobado por el Senado de la Nación por Resolución n.º 95/2020 del 3 de septiembre de 2020, en los términos previstos por la Ley n.º 26.122.

3.2.2. Decreto n.º 690/20 y los cuestionamientos en los estrados de tribunales

El Decreto n.º 690/2020 fue desafiado en los tribunales federales de nuestro país. En este apartado, en función de esto, nos referiremos a dos decisiones judiciales que suspendieron sus efectos. Una de esas resoluciones solo aplicable a la empresa Telecom y la otra, con efectos colectivos, aplicable a los sujetos asociados a la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC).

3.2.3. El caso Telecom Argentina S. A.

Telecom Argentina S. A. promovió medida cautelar en contra del Estado nacional y el Enacom a los efectos de obtener la suspensión cautelar de los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del DNU n.º 690/2020 y, luego, de las resoluciones Enacom 1466/2020 y 1467/2021. Más allá de la identificación de un conjunto de normas constitucionales que serían vulneradas por estas disposiciones, sostuvo que se le imponían cargas que demandaban un esfuerzo económico excepcional sin compensación de ninguna especie. De este modo, quebraban el equilibrio económico financiero que permite la prestación de un servicio de calidad y en condiciones regulares, tornando inviable su prestación.

Concretamente, los argumentos de Telecom Argentina para cuestionar esta normativa podrían resumirse en los siguientes:

- No se verifican los presupuestos de necesidad y urgencia exigidos en la Constitución Nacional para su dictado (artículo 99.3).
- No están presentes las condiciones legales para la calificación como "servicio público" de una actividad privada libre que se realiza en condiciones de competencia.
- Resulta ilegítimo que el organismo de aplicación sea quien fije el marco regulatorio (artículo 42 CN).

- Se viola el derecho de propiedad privada de la actora al modificar unilateralmente las condiciones de prestación de sus servicios, desconociendo los derechos adquiridos y la libertad de precios vigente, configurándose una confiscación violatoria del artículo 17 CN.
- Resultan irrazonables y desproporcionadas las medidas cuestionadas, en orden a lograr la finalidad supuestamente buscada.
- Se incurre en un vicio evidente de desviación de poder, por cuanto se persigue una finalidad distinta de la declarada.
- La congelación de precios de los servicios TIC viola el derecho de propiedad de la empresa.
- No están dadas las condiciones previstas por el artículo 76 de la Constitución Nacional para la delegación de facultades legislativas.
- Consagra una grave situación de inseguridad jurídica contraria a la Constitución Nacional.

La Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala II, el 30 de abril de 2021 hizo lugar a la medida cautelar solicitada por Telecom. Para proceder de ese modo sostuvo:

- Las medidas cuestionadas se traducirían en una alteración sustancial de las condiciones bajo las cuales fueron regulados, organizados y habilitados —i. e., libre competencia— por parte de la autoridad estatal los servicios prestados por Telecom.
- La calificación de servicio público implica la sujeción de las prestaciones y sus condiciones a un sistema de total regulación a los criterios elaborados por la Administración, con total modificación de las condiciones bajo las cuales fueron originalmente regulados, autorizados y habilitados, sujetando su gestión a un régimen exorbitante que implica reconocer las más amplias prerrogativas al Estado nacional para incidir en la actividad.
- El Estado nacional ha dispuesto de las instalaciones, tecnologías e inversiones, así como de los costos operativos en que incurre la empresa a los fines de implementar y sostener la prestación de sus servicios en competencia para su aplicación a la satisfacción compulsiva de un servicio calificado como universal, bajo condiciones fijadas unilateralmente por la autoridad de aplicación, sin fundamento jurídico alguno.
- Se ha fijado un régimen de ajuste de precios y tarifario en forma unilateral y que en principio se desentiende del costo real de organización, instalación, prestación y mantenimiento, así como de la posibilidad de obtención de una renta razonable.
- Las medidas adoptadas importarían la creación de cargas adicionales en cabeza de las empresas prestarías de los servicios, al disponer la prestación básica universal obligatoria.

- Las medidas impugnadas imponen obligaciones a las prestadoras de servicios exorbitan el régimen jurídico y patrimonial bajo el cual fueron regulados, organizados y autorizados los servicios en libre competencia.
- La imposición de la prestación de un denominado servicio universal y obligatorio a cargo de las empresas comporta un acto de disposición del patrimonio singular por decisión estatal.
- La fijación de un régimen de precios y tarifario reviste una entidad tal que permite avizorar un impacto negativo en el nivel de ingresos de la firma actora.
- Las medidas cuestionadas afectan sustancialmente la ecuación económico-financiera tomada en consideración al momento de autorizarse las prestaciones y otorgarse las concesiones, según sea el caso, para la prestación de los servicios.
- El Estado nacional cuenta con los medios y con la posibilidad jurídica y técnica de implementar sistemas de prestación básica universal sin afectar el contenido esencial de derechos provenientes de la actividad lícita de terceros.
- El medio empleado por el Estado nacional no resulta proporcionado a la consecución de las finalidades que constituyen el objeto de su dictado.
- En la actual coyuntura económica financiera y cambiaria que atraviesa el país –i. e., alta inflación y deterioro en la valuación del peso frente a las monedas extranjeras–, la nueva regulación, genera un cambio significativo en la retribución por los servicios y a las prestaciones que obligatoriamente debe brindar.
- Los precios cuyos porcentajes máximos de aumentos se fijan mediante la reglamentación emitida por el Enacom son insuficientes para compensar los efectos nocivos de la actual coyuntura económica, como así también resultan inferiores a los índices IPC calculados por el Indec para el período del 31 de julio de 2020 al 31 de diciembre de 2020.
- La prestación básica universal estará sujeta a una tarifa fijada por la autoridad estatal comporta una situación de ostensible afectación en el ámbito operativo y patrimonial con serio compromiso de la sustentabilidad y continuidad de los servicios.

En suma, en virtud de la resolución de la Cámara, las disposiciones del Decreto n.º 690/2020 y las resoluciones Enacom 1466/2020 y 1467/2020 no serían aplicables a Telecom Argentina S. A. Ahora bien, dadas las características de nuestro sistema judicial esa decisión no es extensiva a todos los operadores del sector. Sino que solo es aplicable a la empresa actora. Esto es como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer

caer la vigencia de una norma erga omnes ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, a fortiori menos aún puede ejercerla cautelarmente. La suspensión cautelar de la vigencia de una norma dispuesta por un tribunal presupone que éste se atribuye la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder²⁹.

3.2.4. ATVC y la suspensión colectiva de los efectos del Decreto n.º 690/2020 y las resoluciones ENACOM n.º 1466/2020 y n.º 1467/2020

El Juzgado Federal n.º 1 de Córdoba suspendió los efectos de las medidas identificadas en el título de este acápite a pedido de la empresa Catrie Televisora Color SRL (Exp. n.º 858/2021). Ahora bien, aun cuando es relevante esta decisión para comprender como han sido evaluadas estas medidas en los estrados de los tribunales, lo más relevante resultan algunas particularidades procesales de este caso.

En efecto, la Asociación Argentina de Televisión por Cable solicitó intervenir en ese proceso, invocó la legitimación colectiva en representación de sus asociados y requirió que los efectos de aquella medida cautelar sean extensivas a todos sus representados. Esto es, personas humanas y jurídicas titulares de licencias TIC para explotar servicios cerrados de radiodifusión vinculados por cable, por medio radioeléctrico o por cualquier otro sistema.

En este caso, entonces, la clase está constituida por todas las empresas y otras asociaciones que conforman la industria del cable y servicios TIC, que se encuentran asociadas a ATVC, por presentar todas ellas características comunes y homogéneas u por pertenecer a la entidad aglutinante que invoca la representación de sus respectivos derechos.

Más allá de esto, el magistrado sostuvo que de continuarse con la aplicación de la normativa cuestionada se generaría un daño de difícil reparación ulterior. En especial porque la forma en que se pretende garantizar el derecho de acceso a internet no puede ser prestada irrazonablemente en detrimento del derecho de los particulares de modo tal que no exista una adecuada proporcionalidad entre el fin pretendido y el medio utilizado para alcanzarlo. Es decir, tanto el derecho de acceso a internet como los derechos de propiedad y ejercicio de industria lícita merecen tutela estatal y garantizar uno de ellos no significa que pueda limitarse de forma irrazonable el otro.

Para el tribunal, el sacrificio impuesto por esta normativa no solo resulta desmedido, sino que también puede resultar perjudicial incluso para aquellos a quienes el derecho debe garantizarse. La afectación de los derechos de

29 CSJN, Fallos: 333:1023.

las empresas prestatarias repercutirá en la calidad del servicio a prestarse o inclusive en la posibilidad de hacerlo. En suma, la instrumentación del Decreto n.º 690/2020 no resulta una vía razonable para lograr la finalidad de garantizar el derecho de acceso a internet por parte de los ciudadanos.

3.2.5. El Decreto n.º 690/2020 y el análisis de proporcionalidad de la intervención estatal

Dado que se trata de la intervención estatal sobre los derechos individuales, creemos que podría analizarse este decreto en función del llamado principio de proporcionalidad³⁰. El Decreto n.º 690/2020 tiene una motivación destinada a sostener que el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, sostiene que se trata de un derecho instrumental para el goce de otros derechos fundamentales. Ahora bien, la forma de asegurar ese derecho se reduce a la declaración de servicio público de los servicios TIC.

Pensamos que esta medida está insuficientemente justificada. Como se ha sostenido, la motivación permite demostrar la racionalidad decisoria y no caprichosa de la autoridad³¹, pues constituye una excelente guía para

30 Véase sobre esto, Damián Navarro, "La declaración de servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia ¿es una forma razonable de garantizar la conectividad?", *op. cit.* Un muy buen análisis con este criterio puede verse en Óscar Aguilar Valdez, "¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el principio de proporcionalidad como criterio delimitador", *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, n.º 76, 2016, pp. 305-337. Este autor analiza la regulación argentina a través del principio de proporcionalidad. Para eso, distingue entre una regulación directa, sectorial y *ex ante* de la propiedad de los medios de comunicación –provista por la propia Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual– frente a una intervención estatal diferente. Esta intervención radica en promover un régimen de defensa de la competencia de aplicación "horizontal" –i.e., común a toda industria–. Este sistema no considera que un determinado "poder de mercado", o nivel de concentración económica, afecte *per se* la competencia. Bajo este último régimen, la determinación de si una cierta concentración empresarial es susceptible de afectar la libre concurrencia dependerá de un análisis particular, caso por caso. El autor entiende que este régimen es el que está más justificado, pues, a su criterio, no es posible establecer de antemano y de manera abstracta cuál es el impacto de la concentración de licencias en el mercado. Esto solo puede identificarse de manera concreta y caso a caso. Sobre las diferencias entre los regímenes general y sectorial, véase Leandro Orlanski, *Regulación y competencia*, *op. cit.*

31 Atienza propuso cinco niveles de "racionalidad" para la argumentación legislativa que podrían ser consideradas, también, para las regulaciones administrativas: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Véase Manuel Atienza, *Argumentación legislativa*, Buenos Aires: Astrea, 2019.

determinar si ella ha valorado la totalidad de los elementos relevantes para adoptar una decisión y, además, si lo ha hecho correctamente³².

Según nuestro criterio, para que un acto estatal este debidamente justificado³³ debe justificarse que la medida resulta necesaria para satisfacer el interés público; que resulta comparativamente menos restrictiva de los derechos de los afectados *vis a vis* otros medios a su alcance³⁴; y que se trata de la menos costosa en términos económicos y jurídicos.

Este punto, como es obvio, vincula esta manera de argumentar al llamado principio de proporcionalidad. La doctrina constitucional entiende que, a partir del artículo 28, CN, es posible identificar también este principio. Este principio es posible interpretarlo a partir de tres sub principios: (1) el juicio de adecuación; (2) el juicio de necesidad; y, por último, (3) el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*.

En líneas generales, entonces, debe sostenerse que

- La finalidad de las medidas que restrinjan un derecho debe ser compatibles con la CN.
- Las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido. Esto es, que ellas son técnicamente adecuadas al logro de los fines que la ley persigue.

32 Sobre esto, véase Gabriel Doménech Pascual, "El juego del legislador, la administración y el juez", en José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 896-897.

33 Sobre esta forma de argumentar, proponiendo la aplicación del "principio de proporcionalidad" como metodología para adoptar decisiones administrativas, véase Ignacio Boulin Victoria, *Decisiones razonables*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

34 La Corte Suprema ha rechazado que el análisis de esta cuestión es competencia judicial. En efecto, en el caso "Grupo Clarín" sostuvo que "en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa. Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquellas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno". CSJN, Fallos, 336:1774 ("Grupo Clarín"). Para una crítica concreta sobre este punto, véase Óscar R. Aguilar Valdez, "¿Regular o competir?", *op. cit.*, en especial p. 321 y ss. Para una crítica general sobre el criterio de *self-restraint* adoptado por los tribunales argentinos sobre este punto, véase Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Abaco, 2009, pp. 87 y ss.

- Que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Esto supone un juicio de eficiencia³⁵, que, como dice Aguilar Valdez, "tiene suma relevancia al momento de juzgar acerca de medidas de intervención sobre los derechos de propiedad, puesto que afectar recursos de los particulares más allá de lo necesario para lograr la finalidad perseguida comporta, desde el exclusivo punto de vista económico, una solución ineficiente o, lisa y llanamente, la destrucción de bienes escasos o de riqueza"³⁶.
- Que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida³⁷.

De este modo, debe justificar que "la medida adoptada [...] es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos"³⁸. Vale decir que, entonces, aquella lo que debe mostrar es que medidas igualmente eficaces son dejadas de lado porque la que escoge, en fin, es la menos restrictiva. Por supuesto, no se trata de un ejercicio argumentativo simple³⁹.

También, que se trata de la menos costosa en términos económicos y jurídicos⁴⁰. En lo que se refiere al análisis de costo y beneficio de la medida, debe insistirse con algo que ha puesto de manifiesto Massimino. La falta de cumplimiento de estos "rasgos metodológicos" pone en evidencia la "carencia sistemática de estudio de las consecuencias económicas últimas de las medidas administrativas. Esa carencia de análisis de los efectos finales de las medidas regulatorias se caracteriza por la falta de estudio de (a) alternativas menos restrictivas para lograr los efectos buscados, (b) efectividad potencial

35 Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 95.

36 Óscar R. Aguilar Valdez, "¿Regular o competir?", op. cit., p. 321.

37 Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, § 92; y Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, §356.

38 Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, op. cit., pp. 81 y ss.

39 Véase, sobre estas dificultades, Sofia Bonel Tozzi, "El control judicial y la responsabilidad del Estado en materia regulatoria", *RDA*, n.º 134, 2021, pp. 32 y ss.

40 Sobre estas condiciones, véase Ignacio Boulín Victoria, *Decisiones razonables*, op. cit.; Carlos F. Balbín, *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Buenos Aires: Astrea, 2020, pp. 504-506.

de las medidas propuestas, y (c) consecuencias colaterales a ser producidas por la puesta en marcha de cada regulación⁴¹.

Por eso, creemos que un análisis a partir de este principio demostraría dos cosas. Por un lado, que la medida no supera el test de proporcionalidad y que, además, es sobreincludiente.

No tenemos objeciones con la finalidad que el decreto *dice* perseguir. Ponemos el énfasis en el "*dice*". Esto es así porque tenemos la impresión de que en verdad el decreto busca efectuar únicamente un control de precios. Esto lo sostenemos por dos caminos, por un lado, por las medidas adoptadas y por otro porque estamos ante un supuesto claro de sobreinclusión.

Uno de los avances más promisorios en teoría del derecho para la comprensión de la estructura de las de reglas que implican generalizaciones es la propuesta de Frederick Schauer. Este autor sostiene que, por lo general, el predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación.

Ahora bien, analizar las reglas en el tándem generalización probabilística/justificación subyacente hace patente situaciones recalcitrantes. Estos no son supuestos excepcionales que, rara vez, es posible encontrar. Por el contrario, se trata de un defecto que es congénito a un determinado modo de concebir el derecho. Si, y solo si, empleamos reglas destinadas a calificar deónticamente las conductas relevantes y, además, pensamos que esas normas deben ser aplicadas (o seguidas) teniendo en cuenta las razones que las fundamentan, el problema es obvio. Son dos las cuestiones que, por lo común, hacen aparición en estos casos: los fenómenos llamados "infrainclusión" y "sobreinclusión"; casos en los que la generalización del predicado fáctico es sobre o infrainclusiva respecto de la justificación de la regla de que se trate. En otros términos, supuestos que están incluidos (o excluidos) de la aplicación de la regla y que, según su fundamento, debieran ser excluidos (sobreinclusión) o incluidos (infrainclusión)⁴².

41 Cfr. Leonardo Massimino, "Un aporte desde la Ley de Procedimientos Administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas)", *Derecho Administrativo Austral*, n.º 1, 2008, p. 196. Véase, también, Carlos F. Balbín, *Crisis del derecho administrativo*, op. cit., pp. 254 y ss.

42 Un ejemplo servirá para aclarar esta cuestión. Piénsese en un caso que es de manual en teoría del derecho. En algunos lugares de comida existe una regla como la siguiente: "Está prohibido entrar con animales". Si analizamos su propiedad fáctica vinculada a su justificación los problemas surgen con facilidad; surgirán, pues, los casos de infra y sobreinclusión. Si convenimos que aquella es salvaguardar la tranquilidad de los comensales, existirán casos que debieron ser previstos por la regla aunque de hecho no hayan sido previstos; y casos que no debieron serlo y que, sin embargo, quedan incluidos en ella. Por ejemplo, un lazarillo bien educado y entrenado no debería estar incluido –aunque de hecho lo está– y, por tanto, a su respecto la norma es sobreincludiente.

Si el decreto lo que persigue es asegurar un acceso igualitario a un servicio de conectividad de calidad, no tiene ningún sentido que, además, se incluya dentro de la declaración de servicio público a los cableoperadores. Es que el Decreto n.º 267/2015 incluyó como servicios TIC al servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico. Cómo esto se vincula con el derecho que se pretende asegurar es un gran misterio. Por eso, dada la justificación que dice el decreto estamos ante un caso de sobreinclusión.

En lo que hace a la necesidad, por otra parte, acabamos de ver que el sistema regulación TIC prevé el servicio universal y, también, vimos cuáles son sus finalidades. Si en este aspecto debe analizarse "si la medida adoptada [es] la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos"⁴³ deberíamos concluir que existían medios a sus alcances tan eficaces, pero menos restrictivos. Pues, justamente, esa es la finalidad del servicio universal.

Este régimen especial está previsto, justamente, para aquellos supuestos en los que "la brecha no era solo geográfica, sino también social al afectar a capas de población desfavorecidas o en posición de desventaja; y brecha también en la oferta de servicios, pues algunos servicios debían ofrecer, como canales de educación básica y formación profesional, podrían resultar poco rentables para los operadores"⁴⁴.

En suma, creemos que debería distinguirse entre lo que dice el decreto que busca y lo que podemos intuir que pretende. Esto es, más allá de lo que nos dice, que su finalidad no es otra que ejercer un control de precios que distorsiona el mercado, dificulta las inversiones y genera incertidumbre regulatoria en el sector. Si esto es así, entonces, su finalidad es de dudosa compatibilidad con los postulados previstos por el artículo 42 de la CN.

Pero aun si fuéramos más caritativos y sostuviéramos que lo que dice el decreto que busca es en rigor su finalidad, las medidas adoptadas son inidóneas. Esto es así no solo porque ellas son sobreincluyentes sino porque, además, sin inversiones no es posible garantizar la satisfacción de los derechos que se dice proteger.

Finalmente, la medida se presenta como desproporcionada. Esto es así dado que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Es que, como sostuvo la Cámara en los Contencioso Administrativo Federal, impone un

Por el contrario, un niño de unos pocos años de edad que no está tan bien educado debió haber sido incluido. Por tanto, se trata de casos que, analizada la razón de por qué existe una regla de ese tipo, o no debieron estar incluidos en su justificación o debieron estarlo. Cfr. Frederick Schauer, *Las reglas en juego*, Jorge Rodríguez y Claudina Oronosu (trads.), Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 90-91.

43 Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, op. cit., pp. 81 y ss.

44 José Esteve Pardo, *Principios de derecho regulatorio*, op. cit., p. 141.

sacrificio que no solo resulta desmedido, sino que también puede resultar perjudicial incluso para aquellos a quienes dice proteger. Pues, se trata de una medida cortoplacista que tendrá consecuencias perniciosas.

CONCLUSIONES

En este breve trabajo, llamamos la atención sobre los desafíos que tiene afrontar el servicio universal en materia de telecomunicaciones en nuestro país. En un contexto de incertidumbre regulatoria como el vigente, a su vez, desde el derecho tenemos una tarea tan urgente como necesaria. Pensamos que esa tarea no es otra que llamar la atención que no siempre los medios elegidos por la autoridad son los adecuados para alcanzar los objetivos que declama. Cuando esto ocurre, nuestra función es poner de resalto que esto no siempre es una cuestión derivada de una presunta impericia de la autoridad. Pues puede ser el caso que en verdad lo que se persiguen son otros objetivos. Esos objetivos, a veces, pueden ser loables, pero de eso no se siguen que los medios elegidos para ello resistan un test de constitucionalidad.

Esta es la situación con la que nos enfrentamos en el sector de las telecomunicaciones. La declaración de servicio público de los servicios TIC no fomentará inversiones, pero tampoco logrará que todos los ciudadanos tengamos una mejor conectividad. Nos parece que, en definitiva, detrás de estas políticas regulatorias dispares se enmarcan recetas remanidas fundadas en viejos anhelos. Este no es otro que el control de precios sobre el mercado. Este control de precios, a su vez, pone en jaque la ecuación inversión, financiamiento, flujo de fondos e ingresos a los agentes económicos del sector. Con esto, por último, solo obtendremos satisfacción presente, pero problemas futuros. Y, hasta ahora, las inversiones financiadas con ayuda pública no alcanzan para solucionar estos problemas.

Entonces, los esfuerzos de la autoridad regulatoria para fomentar inversiones sostenidas con fondos del servicio universal son contradichas por decisiones del poder ejecutivo. La peor tentación del regulador, como dice Ariño Ortiz, es convertirse en un "gestor en la sombra"⁴⁵. Decisiones que, como se demostró, no resultan ni adecuadas ni necesarias ni proporcionadas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Valdez, Óscar. "Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio". En AA. VV., *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2004.

45 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, op. cit., p. 557.

- Aguilar Valdez, Óscar. "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas". En AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2005.
- Aguilar Valdez, Óscar. "¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el principio de proporcionalidad como criterio delimitador". *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, n.º 76, 2016.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3.ª ed. ampliada. Granada: Comares - Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- Atienza, Manuel. *Argumentación legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- Balbín, Carlos F. *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*. Buenos Aires: Astrea, 2020.
- Bianchi, Alberto B., "Una noción restringida de servicio público. Apuntes para su cuarta etapa". *ReDA*, n.º 53, 2005.
- Bonel Tozzi, Sofia. "El control judicial y la responsabilidad del Estado en materia regulatoria". *RDA*, n.º 134, 2021.
- Boulin Victoria, Ignacio. *Decisiones razonables*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- Cianciardo, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Abaco, 2004.
- Cuadros, Óscar A., *Administración y mercado*. Buenos Aires: Astrea, 2018.
- De la Cuétara Martínez, Juan M. "La regulación de las telecomunicaciones". En Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 3.ª ed. ampliada. Granada: Comares - Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- De la Riva, Ignacio. *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención del estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- De la Riva, Ignacio. "La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual". En AA. VV., *Servicio público, policía y fomento*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2004.
- De la Riva, Ignacio M. *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*. Buenos Aires: La Ley, 2018.

- Doménech Pascual, Gabriel. "El juego del legislador, la administración y el juez". En José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, *Introducción. Fundamentos*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- Esteve Pardo, José. *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2021.
- Huici, Héctor. "Las TIC como servicio público: Una calificación innecesaria e inconveniente". *Revista Argentina de Derecho y Regulación de las Telecomunicaciones*, n.º 2, 2021.
- Jordana de Pozas, Luis. "Ensayo sobre una teoría del fomento en el derecho administrativo". *REP*, n.º 48, 1949.
- Massimino, Leonardo. "Un aporte desde la Ley de Procedimientos Administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas)". *Derecho Administrativo Austral*, n.º 1, 2008.
- Mata, Ismael. "La intervención económica del Estado a través de sus empresas. Evolución y criterios de responsabilidad". En Agustín Gordillo *et al.*, *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Mata, Ismael. "Empresas y sociedades estatales. Pautas de organización y responsabilidad". En AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008.
- Navarro, Damián. "La declaración de servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia ¿es una forma razonable de garantizar la conectividad?". *Revista Argentina de Derecho y Regulación de las Telecomunicaciones*, n.º 1, 2021.
- Orlasnki, Leandro. *Regulación y competencia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- Sacristán, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*. Buenos Aires: Abaco, 2007.
- Schauer, Frederick. *Las reglas en juego*. Jorge Rodríguez y Claudina Oronesu (trads.). Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Siboldi, Agustín. "Modificaciones a las leyes nacionales de medios y telecomunicaciones". *Diario La Ley*, 14 de abril de 2016.