

SERVICIO PÚBLICO Y TELECOMUNICACIONES EN LA ACTUALIDAD

Por Dr. José Javier Ferreyra Ciparelli

Como es sabido y señalan, entre otros, Marienhoff¹ y Citara,² el concepto de servicio público es una definición en constante evolución que obliga a que cualquier teorización deba basarse en cada legislación particular, siendo imposible la universalización de conceptos aplicables a cualquier país y época.

Nuestro Derecho Administrativo tiene una influencia notoria de la doctrina francesa, y ha sido precisamente en Francia donde la noción de servicio público entró en crisis rápidamente,³ de forma tal que desde los años cincuenta el servicio público como eje de la satisfacción de necesidades colectivas viene siendo desplazado por conceptos como el interés general y la utilidad pública.⁴

En este sentido, coincidimos con Gordillo cuando afirma que “[...] posteriormente la noción [de servicio público] fue perdiendo importancia, y hoy en día se supone que sirve para fundamentar un régimen jurídico especial para regir la actividad que se resuelva denominar como tal”.⁵

Conviene aclarar que no nos referimos a todos los servicios públicos sino sólo a los llamados económicos, es decir, los relacionados con los sectores industrial, comercial o de servicios, porque, obviamente, los servicios claramente administrativos, correspondientes a las funciones de gobierno y de prestaciones

1. Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1998.

2. Cfr. CÍTARA, Rubén Miguel, *El servicio público. Parte I*, Editorial Ciencias de la Administración, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1995.

3. Ver MODERNE, Franck, “El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea”, en Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Editorial Abeledo-Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1998, pp. 809-822.

4. Aunque luego retomó fortaleza, nunca recuperó su vigencia inicial, lo cual no es independiente de la evolución de la Unión Europea hacia las reglas económicas del libre mercado, progresivamente alejadas de las posiciones estatistas, dirigistas e intervencionistas de la primera mitad del siglo XX, y que increíblemente aún tienen corifeos en una Argentina empeñada por sus dirigentes en no salir del pasado.

5. Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*, Tomo II, Editorial Macchi, 1991, p. XIII-1.

sociales, culturales y eventualmente científicas, no han sido ni podrían ser desplazados por el fortalecimiento de la actividad privada que viene teniendo lugar desde mediados del siglo XX.⁶

En este sentido podemos conceptualizar que los servicios públicos son, sencillamente, algunas actividades en las que por su importancia de cada momento dado se considera que deben someterse a reglas extraordinarias de prestación y de protección del público usuario y consumidor, sin que ello tenga absolutamente nada que ver con las actividades básicas del Estado.

Así entendido el servicio público, y dejadas de lado las pretensiones estatistas que ya han cumplido su rol en la historia, podremos sin riesgos considerar que todos los servicios de comunicaciones son servicios públicos, pero ello no implica que le pertenezcan originariamente al Estado ni que deban revertir a él.

Uno de los problemas para considerar servicios públicos a todos los servicios de telecomunicaciones era que las notas tipificantes de esos servicios son anacrónicas y hasta peligrosas para el mundo económico actual y debían ser reformuladas. ¿Cuáles son esas notas? Las siguientes: a) El titular originario es el Estado. b) Esa titularidad surge de la mera declaración legal de servicio público. c) La Administración puede transferir al sector privado la gestión de un servicio público, a través de una concesión, de una licencia o de un permiso. d) La transferencia de gestión o prestación es transitoria y deviene al Estado una vez finalizado el período de la concesión o permiso, o cuando la Administración hace uso de la facultad de rescate en el caso de las licencias. e) La Administración conserva la facultad de modificar la prestación. f) Las potestades de rescate y modificación son irrenunciables. g) El gestor privado tiene derecho a ser indemnizado. h) Los servicios públicos están regidos por las reglas de la generalidad, la igualdad, la continuidad y la regularidad.

6. Es importante tener en cuenta que “[...] el calificativo de servicio público se predica de una actividad y no de la empresa que la desarrolla, por lo que la prestación de servicios públicos no impide ni debiera impedir a la respectiva empresa llevar a cabo otros servicios no públicos. En la Argentina sigue vigente la prohibición a Telefónica y a Telecom de dar servicios de radiodifusión, como así también la imposibilidad de recibir licencias de radiodifusión para empresas prestadoras de servicios públicos. Ambos temas son ajenos a este trabajo, por lo que bastará con decir aquí que debieran ser reestudiados para verificar si las condiciones que impusieron esos límites se justifican en el presente”. Cfr. FARGOSI, Alejandro E. y CASTELLANO TERZ, María F., “Telecomunicaciones y servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina. Número especial: Los servicios públicos en la encrucijada*, 2007, disponible en [<https://bit.ly/38b77hQ>], consultado el 2 de junio de 2020, p. 8.



Ya en el siglo XXI esos parámetros tradicionales no son sagrados, porque la evolución de los cometidos estatales, tras las numerosas actividades industriales y comerciales asumidas por el Estado, terminaron en la *crisis del servicio público* por la incapacidad inevitable del Estado en gestionar empresas de bienes y de servicios con eficiencia y transparencia.⁷

Crisis que fue, afortunadamente, paliada por las actividades privadas, que demostraron no sólo ser más eficientes que las estatales sino también que podían satisfacer necesidades colectivas sin conflictos de magnitud, bastando con un control estatal eficiente, que además es imprescindible.

Si nos atenemos a las telecomunicaciones en la Argentina, desde ya diremos que no se trata de que exista un silencio legal sino de que algunos de los caracteres tradicionales antes mencionados son ajenos tanto a los servicios móviles como a los de transmisión de datos, e incluso a los servicios fijos de telefonía, porque, por ejemplo, no tiene justificación alguna sostener que el titular originario de los servicios de telecomunicaciones es o deba ser el Estado, ni que la Administración pueda transferir al sector privado la gestión de esos servicios que han nacido en manos privadas y allí están hoy, luego de un interregno estatal de 45 años.

Dice en ese sentido Mairal que el bloque de legalidad que dio soporte al proceso de privatizaciones ha generado modificaciones sustantivas en la teoría del servicio público, porque

[...] los servicios públicos han dejado de constituir actividad administrativa, no es posible mantener hoy como nota definitoria del servicio público la titularidad estatal de la actividad; y en el ámbito nacional se tiende a reemplazar el modelo francés por uno basado en gran medida en el Derecho norteamericano o, dicho de otro modo, a pasar del régimen tradicional europeo del servicio público a uno de regulación.⁸

7. El tema excede con mucho a este trabajo, pero nos remitimos a los hechos: prácticamente no existen casos en la historia del mundo en los que una empresa estatal haya sido realmente eficiente, salvo cortos períodos de gestión en general vinculados a una persona determinada, accidentalmente en la función pública.

8. Cfr. MAIRAL, Héctor, "La ideología del servicio público", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, número 14, 1993.

Claro está que nada de lo dicho supone que no haya necesidad de una intensa pero eficiente y realista regulación, por las características de cada servicio, por su incidencia sobre la satisfacción de necesidades esenciales, según la valoración de la comunidad en una época determinada, y por las debilidades connaturales a la actividad privada, que no debe ser eliminada ni coartada, sino sencillamente controlada.

Ese carácter privado de la actividad no impide, por ejemplo, que pueda estar sujeta a una minuciosa reglamentación en todo lo relativo al precio que se cobra a los usuarios, a las relaciones con otros prestadores, a la expansión o reducción del servicio, a su régimen contable e informativo y a numerosos otros aspectos de la actividad, incluyendo sus tarifas; y todo, bajo un régimen sancionatorio ejemplificador y eficiente, que hasta puede incluir las indemnizaciones punitivas del Derecho norteamericano.

El problema en la actualidad, para considerar servicios públicos a todos los servicios de telecomunicaciones es doble: por un lado, y de *lege ferenda*, las actuales notas tipificantes de esos servicios como mencionamos son parcialmente anacrónicas y hasta peligrosas para el mundo económico actual y deben ser reformuladas, ya que de mantenerse el mero título de *servicio público* ello podrá implicar la proliferación de regulaciones innecesarias y contraproducentes, fruto de la tendencia estatal a expandirse a costa de la actividad privada.

Por el otro, y de *lege lata*, la Ley N.º 19.798, aunque claramente se refiere de manera genérica a los *servicios públicos de telecomunicaciones* sin hacer distinción alguna,⁹ está modificada y reglamentada por normas de inspiración anglosajona, por lo que importantísimos autores como Mairal consideran

9. Un antecedente interesante es el decreto 8946/1962 (ALJA 1962-253) (luego derogado por la ley 16.936 [ALJA 1966-253]), que consideraba al servicio de comunicaciones como un *servicio público esencial*, concepto amplísimo en el que quedaban englobados tanto los servicios telefónicos como los de radiodifusión, aunque estos últimos, de acuerdo con la opinión predominante, son solamente *servicios de interés público*. La Ley n.º 19.798 (ALJA 1972-B-1004) se refiere en varias ocasiones al *servicio público de telecomunicaciones*, sin especificar en tal calificación al telefónico ni, por ende, excluir a los no telefónicos (radiocomunicaciones, radiodifusión, telegrafía, datos), como es el caso de sus artículos 23, 25, 37, 40 y 41, que permite a “Los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones” establecer sus instalaciones en o a través de inmuebles pertenecientes a particulares.



que en la actualidad estos servicios de telecomunicaciones no son servicios públicos, sino *public utilities*.¹⁰

La norma principal de la privatización del servicio de telecomunicaciones, el decreto N.º 62/199011, y su Anexo I –conocido como el Pliego 62/1990–, no contuvo ninguna disposición que estableciese, como sí ocurrió en otras actividades privatizadas, que los servicios de telecomunicaciones son *servicios públicos*, o frase similar.

Pero a nuestro juicio sí los considera tales: por lo pronto, el punto 10.1.2 obliga a las sociedades licenciatarias y a la compañía de comunicaciones internacionales a “[...] asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de las prestaciones de los servicios públicos a su cargo”.¹² Y otras normas, más o menos tangencial pero claramente, establecieron que el servicio telefónico, y aun los servicios de valor agregado y los servicios de telecomunicaciones en competencia, eran (y son) servicios públicos, como es el caso de los puntos 8.5, 10.7, 13.11.1 y 13.9.¹³

También diremos, que la conclusión de que el calificativo de *servicio público* pertenece per se al servicio telefónico ha sido, por lo demás, una constante doctrinaria,¹⁴ pero debemos tener en cuenta que todos esos autores se referían a la

10. La doctrina anglosajona, y, en especial, la norteamericana, utiliza conceptos que son diferentes de los nuestros, originados en el Derecho Administrativo francés. Sus notas típicas más características son las siguientes: corresponde al legislador determinar qué actividades tendrán carácter de *public utility* o que sin serlo puedan ser reguladas por el gobierno; frecuentemente la ley que regula la actividad crea un ente administrativo encargado de aplicar y reglamentar la ley, y cuyas decisiones están sujetas a revisión judicial; la actividad no deviene estatal, salvo que la ley lo disponga expresamente; puede requerirse una habilitación estatal para ser prestador; estas habilitaciones tienen plazo y pueden tanto ser renovadas como revocadas, pero aun en este último caso el Estado no asume la actividad; la Administración carece de facultades para declarar por sí el rescate de la habilitación o la transferencia a manos estatales, por lo menos mientras el contrato no disponga lo contrario, en virtud siempre de una ley que así lo disponga.

11. Cfr. Legislación Argentina, 1990-A-82.

12. Cfr. Decreto 62/90 sobre Telecomunicaciones, Bs. As., 5/1/90, publicado en Boletín Oficial el 12/1/90, disponible en [https://bit.ly/3dBlyf2], consultado el 2 de junio de 2020, s. p.

13. Cfr. CERVIO, Guillermo J., *Derecho de las Telecomunicaciones*, Editorial Ábaco, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996. En sentido similar, MARTÍNEZ, Patricia R., “Sistema de control de los servicios públicos ‘privatizados’ en la Argentina”, en GONZÁLEZ DE AGUIRRE, Marta (coordinadora), *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual. Sistema de control de los servicios privatizados en la Argentina*, Editorial Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1994. Por su parte, Schifer y Porto parecen inclinarse por considerar sólo a los servicios telefónicos como servicios públicos, por el tenor de la legislación positiva. Ver SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo, “¿Son las comunicaciones un servicio público?”, en *Revista del Instituto de Derecho de las Comunicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA*, año 1, número 2, 2002.

14. Cabe citar, por ejemplo, a Bielsa, que basado en la ley 4408 (ALJA 1853-1958-1-194), de 1904, unificadora del Régimen Jurídico Administrativo de Telégrafos y Teléfonos Nacionales, señalaba que “[...] el teléfono, como el telégrafo según hemos dicho son un servicio público cuya utilización es de interés general”. Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo III, 5ª edición, Editorial Roque Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1956; ver también LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1986, p. 511; JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1948, p. 47; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1998, p. 69; y DIEZ, Manuel M., *Servicio público de los teléfonos*, Editorial Valerio Abeledo, Ciudad de Buenos Aires, 1942.

telefonía porque o no existían otros servicios, o eran totalmente intrascendentes. Pero desde 1995 hemos podido constatar cada uno de nosotros que aquella vieja telefonía fija nos es menos importante que la transmisión de datos, que los servicios de valor agregado, que los servicios móviles y, por supuesto, que Internet.

Debemos pensar, en ese sentido, que a sectores cada vez más grandes de la población les es mucho más básico y necesario el acceso a Internet que la mera telefonía, o la telefonía móvil que la fija.

En este sentido a nuestro entender, hoy por hoy lo relevante para calificar a una actividad como servicio público no es ya la asunción de su titularidad por el Estado sino el sometimiento de la misma a la programación, al control y a la dirección indirecta y relativa de la Administración Pública.

Es por ello que en la realidad actual es difusa la barrera entre los servicios públicos en sentido formal estricto y los servicios que, sin estar calificados como tales, en alguna oportunidad sufren la intromisión o actividad reguladora de detalle del Estado: esto es especialmente notorio en el campo de las telecomunicaciones, porque incluso en los sectores donde tradicionalmente se ha eludido la calificación de servicio público, como es en los servicios móviles y en los servicios de transmisión de datos, también se han dado caso de regulaciones minuciosas y de órdenes estatales de cumplimiento compulsivo.

La premisa básica, a nuestro entender, para resolver el dilema de si los servicios de telecomunicaciones deben ser o no calificados por la ley como servicios públicos es asumir, junto con Marienhoff, que el servicio público debe tender “[...] a satisfacer necesidades o intereses de carácter general”,¹⁵ sin importar la condición monopólica o no de su prestación.¹⁶

15. Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1998, p. 55.

16. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1994, p. 35; y MARIENHOFF, Miguel. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1998, p. 47: “Creemos que el carácter monopólico de la prestación puede ser un motivo para intensificar la regulación sobre un aspecto específico, pero no su único fundamento puesto que, aun existiendo competencia, ésta por sí misma no implica que el servicio se vaya a prestar con eficiencia y a precios justos y razonables, ni tampoco que la prestación se vaya a realizar allí donde no es rentable o es de baja rentabilidad”.



La cuestión sobre si ciertas actividades por su trascendencia hacia la sociedad deben ser entonces calificadas como *servicio público* en sentido estricto, o como actividades de *interés público*, ha generado ríos de tinta, pero, en definitiva, la clave es, a nuestro entender, que la protección de la sociedad, hoy llamada técnicamente *usuaria* o *consumidora*, no puede quedar en manos del mercado, porque el mercado de las grandes empresas tiene cada día menos que ver con la excelencia del servicio y más que ver con el valor de la acción, lo cual lleva al dividendo, a la capitalización bursátil, al ahorro de costos y, muchas veces, al menoscabo de la calidad del servicio y de la atención al consumidor. Así, en el plano estrictamente teórico podemos decir, junto con Cassagne, que

[...] los cometidos estatales pueden revestir carácter primordial, en conexión con los fines que satisfacen (defensa y policía de seguridad), o bien no ser esenciales, como acontece con aquellos supuestos en que la Administración actúa frente a la insuficiencia de la iniciativa particular, en cumplimiento de los deberes que emanan del principio de subsidiariedad.¹⁷

Y es por ello que la determinación de cuáles son las necesidades o intereses generales que requieren tutela a través de la calificación de *servicio público* es una cuestión circunstancial que depende del país de que se trate, de su grado de evolución, de sus costumbres, de su ambiente físico y social. En otras palabras, las ideas o criterios cambian y evolucionan, y como las fronteras entre la iniciativa privada y los servicios son flexibles, su fijación es una cuestión de tacto y de prudencia política.¹⁸

Asimismo, coincidimos con la doctrina que considera que la verdadera entidad del *servicio público* está dada por el carácter obligatorio de la prestación del servicio a todo aquel que lo requiera,¹⁹ a lo que agregamos otras tutelas básicas: que el servicio se preste de acuerdo con condiciones regladas o convenidas de antemano, con calidades conocidas por el usuario, consumidor o cliente, y que el trato recibido por éste, su interrelación con cada prestador, sea de razonable equilibrio. Determinando como bien jurídico tutelado a los consumidores. Estas características son predicables de y exigibles a todos los servicios de telecomunicaciones.

17. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, ob. cit., p. 23.

18. Cfr. MARIENHOFF, Miguel. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 33.

19. Ver MAIRAL, Héctor, "La ideología del servicio público", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, número 14, 1993, p. 429.

Por ello opinamos que deben considerarse servicios públicos aquellas actividades englobadas en las Telecomunicaciones, pese a que no todas cumplen con las notas tipificantes originarias. En este sentido las telecomunicaciones se han constituido como un servicio básico, naturalmente de deseo, por parte de la población, acrecentado ello en la emergencia sanitaria del COVID-19, es decir no de lujo o suntuario como surgieron originariamente. Poniendo de manifiesto la importancia de las telecomunicaciones en el marco de una crisis sanitaria y social sin precedentes que ha llevado a los gobiernos a tomar medidas de gran alcance para evitar el colapso de los sistemas sanitarios.

En este contexto, las telecomunicaciones están teniendo un rol decisivo a la hora de afrontar esta crisis. Uno de los aspectos de este papel se refiere a la posibilidad de que la sociedad siga funcionando en unas condiciones especiales en las que se debe lograr un equilibrio entre la necesaria restricción y la continuidad de ciertas actividades básicas.

Así, queda evidenciada la relevancia del rol de las telecomunicaciones en aspectos tan claves como el mantenimiento de las relaciones humanas durante períodos de confinamiento domiciliario gracias a los sistemas de comunicación o la intensa gestión de la información que se puede hacer.

La conectividad, que ya forma parte de nuestras vidas de manera natural, es posible gracias a las redes de telecomunicación y las tecnologías de la información, permitiendo la continuidad de la economía y las relaciones sociales en momentos de crisis. En este sentido, las telecomunicaciones permiten que siga *fluyendo* el contacto entre particulares y que se mantenga un determinado grado de actividad de las organizaciones cuando los desplazamientos de las personas no son posibles. El teletrabajo, las videoconferencias, las aulas virtuales o las compras online están evitando que los centros de producción –la economía– y de enseñanza tengan que detener su actividad por completo. Ello indica ni más ni menos que la justa medida de su valor ante la crisis que atravesamos actualmente.

Otro aspecto del papel fundamental de las telecomunicaciones en la crisis del coronavirus está relacionado con la gestión de la propia situación desde el punto de vista sanitario. En este ámbito cabe señalar la importancia del rápido

intercambio de datos entre todos los puntos críticos (por ejemplo, entre centros médicos o entre estos y las administraciones públicas), las posibilidades de la telemedicina y la difusión de información sanitaria de interés para la población.

Además, existe un enorme potencial para realizar el seguimiento de los patrones de expansión territorial del COVID-19 a través de los datos agregados y anonimizados de los teléfonos móviles con el fin de entender mejor el desarrollo de la enfermedad y así poder adoptar medidas más precisas. En este sentido el ecosistema digital está ayudando a reducir los impactos económicos, sociales y personales de la pandemia.

Así, vemos que la conectividad se ha convertido en un *utility*, tan imprescindible como la electricidad, el gas o el agua corriente, puesto que la información y comunicación ha adquirido en esta situación el rango de servicio básico. Por estas razones, y teniendo en cuenta los actuales niveles de penetración de los servicios móviles de telefonía y de los servicios de transmisión de datos, resulta injustificable que se califique solamente de *servicio público* a los servicios fijos de telefonía.

Sin embargo, no creemos que la reticencia a esta calificación como servicio público sea un problema sustancial porque, aunque es comprensible la prevención empresaria contra la calificación de servicio público, no debemos silenciar que: a) el prestarlos reporta algunas ventajas comparativas de interés;²⁰ y(b) aunque formalmente no fuesen así calificados, el Estado nunca dejaría de imponerles normas exorbitantes cuando la opinión pública o la presunción de una opinión pública adversa así lo sugiriesen.

20. Las actividades calificadas como servicios públicos obtienen una tutela especial del sistema legal, dada la importancia que revisten para satisfacer necesidades colectivas. En general, esa protección se concreta en limitaciones a la embargabilidad de sus bienes y a las atribuciones y poderes que tienen sobre ellas los organismos provinciales y municipales. En particular, los servicios públicos de telecomunicaciones tienen la ventaja de poder utilizar gratuitamente el espacio público e, incluso, poder expropiar el uso o la propiedad de bienes privados, cumpliendo los requisitos específicos de cada caso, y también obtienen tratamiento preferencial en la gestión de permisos de obra para reparaciones en la vía pública.