

“LA REGULACIÓN DEL ACCESO Y USO DE LAS REDES E INFRAESTRUCTURAS DE LAS COMUNICACIONES”.

Por Micaela Figueredo ⁽¹⁾

Dentro de las actividades económicas de prestación de servicios a los ciudadanos, cabe distinguir, por un lado, aquellas que necesitan para su prestación una infraestructura en red y aquellas que no la requieren o no se prestan a través de ella. Se trata de soportes o bienes esenciales en cuanto son imprescindibles para poder intervenir en el mercado de una determinada actividad económica a la que están vinculados.

La relevancia jurídica y regulatoria de las redes ha cobrado mayor relieve como consecuencia de los importantes cambios tecnológicos que se ha experimentado en los últimos años, de lo cual ilustran muy bien el sector de las comunicaciones, donde resulta de vital importancia una adecuada regulación que garantice el acceso a ellas de los operadores y usuarios. Ciertamente, se ha verificado una transformación de los actuales servicios implicados, telecomunicaciones, comunicaciones audiovisuales y tecnología de la información, produciéndose el fenómeno denominado “convergencia”. Así, los aspectos regulatorios en los que la convergencia tiene mayor implicancia son aquellos aplicables al medio físico; concretamente la infraestructura, las redes y los bienes afectados para asegurar el acceso a los mismos.

La ordenación para la instalación de nuevas redes incluye, asimismo, la consideración respecto al impacto ambiental, paisajístico y urbanístico que ello conlleva. En ese sentido, cabe mencionar la profundización de los inconvenientes en el despliegue de redes, especialmente para la instalación de las estructuras soportes de antenas para comunicaciones móviles.

Desde la perspectiva constitucional, una adecuada regulación de la red involucra la defensa de la competencia, la libertad de elección del usuario o consumidor y su protección, la calidad y la eficiencia de los servicios.

El estado regulador debe estar fuertemente involucrado con alcanzar la mayor competencia en el mercado cuyo fin, en definitiva, es la protección del usuario o consumidor.

En el contexto descripto donde coexisten la necesidad de satisfacer derechos fundamentales, defender la competencia, los altos costos de inversión, el avance tecnológico, los inconvenientes en el despliegue de redes, entre otros factores, entendemos que la regulación tiene que garantizar, en un primer orden, el acceso de los operadores del mercado a todas las redes existentes tanto de telecomunicaciones como las utilizadas para los servicios de comunicación audiovisual y, asimismo, generar incentivos para la construcción de nuevas redes.

La convergencia se concentra tanto en la prestación de los distintos servicios como en las redes que los transportan. Las plataformas de comunicación que cumplen diferentes funciones se han reglamentado tradicionalmente de manera diferente por diversas razones.

¹ Abogada graduada en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral

Así, las telecomunicaciones han estado sometidas a una reglamentación diferente a la de la radiodifusión.

En lo que respecta a la opinión de la doctrina sobre este tema, nos interesa señalar que la mayoría considera que ante la convergencia, los servicios de telecomunicaciones y comunicación audiovisual deberían integrarse regulatoriamente.

Sin embargo, por nuestra parte, consideramos que el fenómeno de la convergencia no implica necesariamente la integración regulatoria de los servicios y de las autoridades que lo controlan o fiscalizan, sino que ello permite plantear una regulación integrada, en particular, nos referimos a una integración en materia de acceso y utilización de las redes afectadas a los servicios de comunicaciones que se prestan a través de ellas.

Así observamos que, la regulación del acceso a la infraestructura es donde con mayor claridad se patentiza la “regulación para la competencia”. Destacamos en ese sentido que, siendo la infraestructura y las redes una parte importante en la regulación relacionada con la prestación de los servicios de comunicaciones, acentuado a tenor de la convergencia, toda vez que instalaciones o estructuras de red pueden transportar todos los servicios en cuestión, el regulador debe prestar la mayor atención y tomar un rol principal. Y, ese orden de ideas, para concretizar la posibilidad de que todos los servicios se transporten por las mismas redes, sin limitación, y los operadores puedan acceder a ella, una regulación intensa garantiza el acceso a todas las redes existentes para evitar su duplicación, en su caso, permitiendo ampliar las redes existentes, reemplazar las existentes por las de nueva generación, que las redes se complementen entre sí, ya sea públicas y privadas, de modo tal que se cubran regiones que actualmente no cuentan con algún tipo de infraestructura, etc.

A partir de ese punto de vista, la finalidad esencial de la regulación es armonizar el interés público con los derechos particulares comprometidos. Siendo el interés público dinámico, la regulación debe adaptarse a las situaciones cambiantes.

A su vez, la regulación no sólo puede consistir en controlar los beneficios de las empresas o abaratar los precios a los usuarios y consumidores, sino que también debe asegurar la inversión continuada, lo que requiere, a su vez, incentivos y garantía para ella, de modo que se pueda mantener en todo momento un servicio de calidad.

El objetivo de asegurar el libre acceso de los operadores en competencia a la infraestructura no es novedoso ni actual. En torno a la cuestión se han elaborado diferentes doctrinas para dar una solución, como la doctrina de las instalaciones esenciales, formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que una empresa que controle una instalación o un medio esencial para que otras empresas puedan competir en un determinado mercado debe poner esa instalación o medio a disposición de sus competidores, en condiciones razonables y no discriminatorias.

La regulación europea en el acceso a los diferentes mercados de las telecomunicaciones ha seguido unos parámetros basados en la llamada “Teoría de la escalera de inversión” de Martin CAVE que se basa fundamentalmente en que en un principio se fijen unos precios bajos para el acceso a las infraestructuras de las telecomunicaciones para facilitar la entrada a nuevos operadores, con la idea de que cuando estos operadores crezcan y tengan volumen de mercado inviertan en su propia infraestructura.

Por otra parte, “la teoría de la competencia en infraestructura” varios operadores integrados verticalmente compiten entre ellos, cada uno con su propia infraestructura y con autonomía para realizar nuevas inversiones. Cada una de estas estrategias requiere un grado diferente de inversión, sin embargo aquellas que son más intensivas en capital generan a su vez mayores posibilidades de diferenciación.

La Recomendación 2010/572/UE de la Comunidad Europea, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) tiene como objeto fomentar el desarrollo del mercado único de servicios de comunicaciones electrónicas, potenciando la seguridad jurídica y promoviendo la inversión, la competencia y la innovación en el mercado de los servicios de banda ancha, en particular en la transición a las redes de acceso de nueva generación. La recomendación establece un enfoque común para promover la coherencia en la aplicación de medidas correctivas referidas a las NGA, sobre la base de un procedimiento de análisis del mercado.

Se destaca que cuando se justifique, por resultar la duplicación de una infraestructura económicamente ineficiente o físicamente inviable, los Estados miembros podrán también imponer a las empresas que explotan una red de comunicaciones electrónicas, las obligaciones de uso compartido recíproco de las instalaciones que resulten adecuadas para superar los puntos de estrangulamiento en la infraestructura de obra civil y en los segmentos de terminación.

Por otro lado, un método utilizado para que los operadores de un mercado utilicen la infraestructura instalada por otro competidor, son los convenios de compartición.

Estos convenios consisten en el acuerdo jurídico entre un propietario de infraestructura necesaria para prestar el servicio y un tercero, que permite a este último el uso de la misma siempre que exista la disponibilidad técnica y con base a una contraprestación razonable por el uso de esta infraestructura. Existen dos posibilidades de compartición de infraestructura. Por un lado, sobre la capacidad instalada, si dicha capacidad es subutilizada por quien la instaló, permitiendo que otro operador la utilice, por otro lado, sobre la infraestructura física construida, limitándose la compartición únicamente a este tipo de infraestructura. Así, puede clasificarse en compartición activa o pasiva. La compartición de infraestructura pasiva puede hacer competir muchos operadores en zonas más densamente pobladas.

Cabe diferenciar la figura de la compartición de otros conceptos jurídicos como el de la interconexión. La principal característica de la interconexión es que permite que los usuarios de cierto operador puedan comunicarse con los usuarios de otra red o de otro operador. En el caso de la compartición, si bien se accede al uso de la red no existe ningún tipo de conexión de una red con otra de manera que la señal llegará únicamente a los usuarios abonados a un operador específico y no a los clientes de otro.

En el ámbito de las telecomunicaciones el instrumento regulatorio tradicional para acceder a las redes, ha sido la interconexión, otorgando a las autoridades un rol subsidiario ante la falta de acuerdos. Así, las redes se interconectan para intercambiar tráfico y contribuyen a la competencia y cooperación entre operadores.

Uno de los principales desafíos a que hacen frente los organismos reguladores es la gestión de las tensiones entre el modelo tradicional y de red cerrada y el nuevo modelo de red basada en IP (Internet Protocol), abierto y descentralizado. En los modelos económicos

basados en el IP, la interconexión es fundamentalmente diferente de la interconexión tradicional. La interconexión así se refiere a relaciones entre operadores de redes pares, que son mucho más armónicas que la relación de interconexión tradicional, que se caracteriza por una confrontación (operador establecido contra nuevo actor, grande contra pequeños), especialmente al principio. Nos interesa remarcar así que el marco regulatorio en un ámbito de convergencia debe ser flexible desde el punto de vista tecnológico a distintos tipos de infraestructura de comunicación.

Una ley que regule las redes de comunicaciones debe generar incentivos a la innovación y a la inversión, tener en cuenta la dinámica del sector, los factores tecnológicos, los aspectos sociales y económicos asociados con la ubicuidad de las redes y de la información para diseñar políticas. Asimismo, debe generar un ambiente propicio de cooperación entre operadores y de ampliación de las redes.

Entonces, el eje de la discusión está alrededor de cuál es el grado de regulación que se justifica en esta actividad por determinación del legislador.

Compartimos el esquema regulatorio que plantea que todas las redes e infraestructura como medio físico deben estar sometidas a un régimen de servicio público a efectos de asegurar el acceso y la utilización a las redes para y entre todos los prestadores. Resulta fundamental aquí, la posibilidad de utilizar cualquier red para prestar la variedad de servicios que hoy permite la convergencia tecnológica, lo cual implica que las actuales redes afectadas al servicio permiten transportar voz, datos y video, sin distinguir en este supuesto, si se trata de comunicación audiovisual o telecomunicaciones.

La declaración de servicio público recae en el medio físico, las redes y la infraestructura utilizada como soporte de los servicios de comunicación –tanto telecomunicaciones como de comunicación audiovisual–, lo cual implica, establecer nuevas regulaciones en el ámbito de las comunicaciones, cuyas principales características son, por un lado, una integración regulatoria en materia de redes y, por el otro, que se pasa del acceso y de la utilización de la red negociada por las partes a un acceso y una utilización regulada por el Estado.

Desde esa perspectiva, la regulación en redes e infraestructura de las comunicaciones comprende: la defensa de la competencia; la libertad de elección del usuario y su protección para garantizarle el derecho fundamental a gozar de un nivel de vida adecuado; la calidad y la eficiencia de los servicios de comunicaciones; el control para posibilitar el acceso, por entender que las redes e infraestructura asociada resulta imprescindible para la prestación de los servicios; la promoción de la inversión eficiente y continuada y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, teniendo debidamente en cuenta los riesgos que corre toda empresa inversora y la necesidad de mantener una competencia efectiva, que es un motor importante de la inversión a lo largo del tiempo; la estimulación y la optimización de los recursos económicos y reducir los costos operacionales y beneficiar a los usuarios de los servicios prestados; el fomento de la cooperación entre operadores; permitir el despliegue rápido y eficiente de las redes de comunicaciones y aliviar los elevados costos que conlleva el montaje de una nueva red; evitar la instalación de redes superpuestas y mejorar la asignación de los recursos y evitar la duplicación de una infraestructura económicamente ineficiente o físicamente inviable así como de la afectación de la propiedad privada y la ocupación del dominio público que su implementación requiere; la protección del medio ambiente y la salud de los ciudadanos; la fijación de las tarifas

máximas que resulten razonables en relación con el servicio prestado y teniendo en cuenta las inversiones realizadas y el derecho de las empresas de percibir una utilidad razonable.

La infraestructura utilizada en la prestación de los servicios de comunicaciones debe ser compartida en toda localidad donde existan restricciones urbanísticas para su construcción o instalación por parte de la autoridad local competente.

Así, la regulación a la que adherimos plantea diversas cuestiones jurídicas que nos es útil destacar. En primer lugar, este tipo de reglamentación se justifica en razón de los intereses generales en juego, subordinando el interés privado al interés público prevaleciente.

A su vez, la propiedad de las infraestructuras se afecta al uso de otros prestadores, lo cual traduce la principal característica de la afectación como institución jurídica, esto es, la efectiva incorporación al uso y goce de la comunidad.

En ese sentido, nuestra mirada importa la ampliación del régimen de afectación de los bienes comprendidos en la prestación del servicio, incluyendo determinados bienes que no se encuentran afectados. La fundamentación no solo radica en la continuidad y eficiencia del servicio, en cuyo interés se benefician los usuarios, sino también en la defensa y promoción de la competencia que, en ese orden de ideas, si bien el texto constitucional en el artículo 42 manda a las autoridades a proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos nacionales, no definió su alcance y contenido.

En ese orden, el acceso a las redes y la utilización de la infraestructura en condiciones tuitivas importa garantizar el derecho fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, a gozar de un nivel de vida adecuado. La declaración como servicio público del acceso y uso de las redes y su infraestructura asociada que soportan los servicios de comunicaciones impacta, fundamentalmente, en la competencia y de ese modo, se mejora la posición de los usuarios en el mercado; a su vez, potencia el despliegue de las nuevas redes que se requiere para la prestación de los servicios y, en su caso, facilita la transición a las redes de acceso de nueva generación. Finalmente, incide en la reducción del impacto ambiental, paisajístico y urbanístico que las instalaciones conllevan, como así también en la minimización de la afectación de la propiedad privada y la ocupación del dominio público que su localización requiere, y que evite su duplicación.