



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

“2009 – Año de Homenaje a Raúl SCALABRINI ORTÍZ”

NOTA S.C. Nº 1459/2009
Ref. Nota CNDC Nº 670/09

BUENOS AIRES, 23 de julio de 2009

SEÑOR VOCAL:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en las actuaciones de la referencia, en las que se requiere la elaboración de un informe opinión fundada en los términos del artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia Nº 25.156, con relación a la operación de concentración económica objeto del Expediente Nº S01-0014652/2009 (CONC. 741) caratulado “PIRELLI & C S.p.A. Y OTROS S/NOTIFICACION ART. 8º DE LA LEY 25.156”, en trámite ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“**CNDC**”). .

La norma citada, expresa “Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado nacional a través de un organismo de control regulador, el Tribunal Nacional de Defensa de Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo.”

- I -

LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN ESTUDIO

El 28 de abril de 2007 PIRELLI & C. S.p.A. (“**Pirelli**”), SINTONIA S.P.A. y SINTONIA S.A. (“**Sintonía**”), como vendedores y TELEFÓNICA S.A. (“**Telefónica de España**”), ASSICURAZIONI GENERALI S.P.A. (“**AG**”), INTESA SANPAOLO S.P.A. (“**Intesa**”) y MEDIOBANCA S.P.A. (“**Mediobanca**”), como compradores, celebraron una serie de acuerdos en virtud de los cuales Pirelli y Sintonía vendieron el 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A. (“**Olimpia**”), cuyo principal activo son acciones de Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom Italia**”).



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Se previó en los acuerdos mencionados que los compradores utilicen un vehículo en común, posteriormente denominado Telco S.p.A. (“**Telco**”), quien recibirá las acciones de Olimpia y simultáneamente un aporte directo de AG y Mediobanca en acciones de Telecom Italia.

Las acciones con derecho a voto que Olimpia poseía en Telecom Italia (aproximadamente 18%) y las acciones con derecho a voto de Telecom Italia que adicionalmente se comprometieron a aportar en conjunto AG y Mediobanca a Telco (5,6%), representan en conjunto el 23,6% de los derechos a voto de Telecom Italia.

Con posterioridad, Olimpia se fusionó con Telco y Telco adquirió una participación accionaria adicional de Telecom Italia, pasando a ser entonces titular del 24,5% aproximadamente, de las acciones con derecho a voto de Telecom Italia.

Las referidas transferencias de las acciones con derecho a voto, directo e indirecto, de Telecom Italia, en adelante se denominan la “**Operación**”.

Telecom Italia tiene una participación accionaria, directa e indirectamente a través de Telecom Italia International N.V., del 50% en Sofora Telecomunicaciones S.A. (“**Sofora**”). Sofora posee el 67,78% de las acciones de Nortel Inversora S.A. (“**Nortel**”) (que representan el 100% de las acciones ordinarias de Nortel). Nortel posee el 54,75% del capital accionario de Telecom Argentina S.A. (“**Telecom Argentina**”). Nortel y Telecom Argentina, en conjunto, son titulares del 100% del capital y votos de Telecom Personal S.A. (“**Personal**”).

- II -

INTRODUCCIÓN PRELIMINAR

La Resolución N° 4/2009 CNDC estableció que la Operación implicó una concentración económica y dispuso por ello que debía ser notificada de acuerdo a lo exigido por el artículo 8° de la Ley 25.156.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

La Secretaría de Comunicaciones (“**SECOM**”), en relación y con motivo de la Operación, emitió la Nota N° 1004/2008 de fecha 26 de junio de 2008 y, vinculado con ella, la Resolución N° 1/2009. Ambas son de conocimiento de la CNDC.

Cabe anticipar que la Operación, como ya ha resuelto la CNDC, implicó un cambio de control en Telecom Argentina y generó una relación indirecta, hasta entonces inexistente, que vinculó societariamente a Telefónica de España y, por su intermedio, a Telefónica de Argentina S.A. (“**Telefónica de Argentina**”) con Telecom Argentina. Se trata de un vínculo societario de características permanentes, entre dos prestadores sujetos al marco regulatorio de las telecomunicaciones de la República Argentina.

Telecom Argentina y Telefónica de Argentina, los dos prestadores históricos¹, cuentan con 8.489.320 líneas fijas en servicio, lo que representa el 90% de la cantidad de líneas fijas en servicio. Existen también 108 operadores entrantes² que poseen 416.136 líneas fijas en servicio, lo que representa en 4% del total, y 289 operadores independientes³ que poseen 521.246 líneas fijas en servicio, o 6% del total⁴.

En lo que respecta a Internet, según datos del INDEC⁵ en el mes de septiembre de 2008 se registró un total de 3,4 millones de accesos residenciales a Internet, de los cuales 3 millones correspondieron a cuentas de abono y el resto a usuarios gratuitos. Las cuentas de abono representan el 87,3% de los accesos residenciales, mientras que los usuarios gratuitos el 12,7%. Esa cifra representa un crecimiento del 20,2% con respecto al mismo mes del año 2007. Del total de cuentas con abono, 207.527 corresponden a accesos dial-up (con una caída del 27,4% respecto del mismo mes del año 2007) y 2.774.958 corresponden a accesos de banda ancha (con un aumento del 44,9% respecto del mismo mes del año anterior).

1 Se consideran como tales a cada una de las licenciatarias del servicio básico telefónico (LSB): Telecom Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A.

2 Los licenciatarios que comenzaron a operar el servicio de telefonía local, luego de la liberalización del mercado el 8 de noviembre del 2000, con la sanción del Decreto 764/2000, en competencia con el resto de los operadores y en las áreas telefónicas que eran exclusivas de Telecom Argentina S.A.; Telefónica de Argentina S.A. y de los operadores independientes.

3 En la actualidad son las cooperativas y comunas o municipios que a la fecha de la privatización de ENTEL prestaban servicio en áreas donde ENTEL no lo hacía.

4 Fuente – Comisión Nacional de Comunicaciones. Líneas en Servicio por tipo de Operador. Diciembre 2007.

5 Fuente: INDEC – Accesos a Internet – Tercer trimestre de 2008



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Según la misma fuente, siguiendo las tendencias mundiales, el crecimiento de la banda ancha fue impulsado por un aumento de la demanda de conexiones de alta velocidad, así se observó que en septiembre de 2008 estas representan el 81,3% de los accesos residenciales y el 93,0% de las cuentas de abono.

En el mes de septiembre de 2008 se registró un total de 292 mil cuentas con abono de acceso a Internet correspondientes a organizaciones. Las mismas representan el 99,6% de los accesos corporativos. Ello representa un aumento del 11,6% respecto del mismo mes del año anterior. Los accesos de banda ancha alcanzaron 232.147, lo que representa un aumento del 19,1% respecto del mismo mes del año anterior.

La cantidad de cuentas de correo electrónico a septiembre de 2008 alcanzaba 5.154.000, sin mostrar variaciones respecto del mismo mes del año anterior, mientras que la cantidad de mensajes de correo electrónico enviados alcanzó 1.635 millones, mostrando un aumento del 2,8% respecto del mismo mes del año anterior.

Estas estadísticas ponen de manifiesto el avance de las tecnologías que facilitan el acceso a la información de la población en general, con el consecuente beneficio para el desarrollo social de la Nación.

- III -

COMPETENCIA DE LA SECOM Y LA CNC

La SECOM es competente para emitir opinión en los términos del artículo 16 de la Ley 25.156, como autoridad regulatoria, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 11.1. del Pliego para el llamado a Concurso Público Internacional para la privatización del servicio de telecomunicaciones, aprobado por Decreto N° 62/90 y modificado por Decreto N° 677/90, entre otros (el “**Pliego**”) en cuanto establece: “11.1. La Autoridad Regulatoria es la Secretaría de Comunicaciones conforme a lo dispuesto por decreto N° 64/90”.

Por su parte, el Reglamento de Licencias para el Servicio de Telecomunicaciones, aprobado como Anexo I del Decreto N° 764/00 designa a la SECOM como autoridad de



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

aplicación y establece la competencia conjunta de la SECOM y de la autoridad de Defensa de la Competencia y del Consumidor en lo relativo a diversos aspectos relacionados con la competencia efectiva.

En concordancia, el Decreto N° 1142/03, que aprueba los “Objetivos de los niveles políticos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios” (planilla anexa aprobada por artículo 1) establece que son objetivos de la SECOM “2.- Asistir en el contralor respecto de aquellos entes u organismos de control de las áreas privatizadas o concesionadas de su competencia, y en la supervisión del cumplimiento de los marcos regulatorios correspondientes” y “5.- Ejercer las funciones de Autoridad de Aplicación de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades de su competencia”.

Con independencia de los aspectos en los que la Operación, al ser categorizada como una concentración económica, está sujeta al examen y autorización previstos en la Ley 25.156, no es menos cierto que, esencialmente, la Operación debe satisfacer las exigencias establecidas al respecto en el marco regulatorio de las telecomunicaciones, del cual la SECOM es el legítimo intérprete y encargado de su aplicación efectiva y la Comisión Nacional de Comunicaciones (“**CNC**”) organismo de contralor.

En efecto, sería improcedente autorizar una concentración económica que estuviera impedida de realizarse con motivo de la regulación específica.

La COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES -creada por el Decreto 660/1996 a partir de la fusión de la COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES y de la COMISIÓN NACIONAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS- resulta competente para emitir opinión en los términos del artículo 16 de la Ley 25.156 en virtud de las funciones asignadas por Decreto 1185/90.

En este sentido, el artículo 6 del Decreto 1185/90, asigna a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, entre otras, las siguientes funciones en materia de telecomunicaciones: “prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias”; “controlar y fiscalizar la prestación de servicios en régimen de competencia para asegurar el



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

mantenimiento de la misma así como el respeto de las restricciones impuestas por las licencias u otros actos administrativos respectivos”.

Importa por tanto establecer la opinión fundada de la SECOM y la CNC, tal como lo requiere el artículo 16 de la Ley N° 25.156, acerca del marco regulatorio que debe aplicarse a la Operación, máxime que involucra a las dos licenciatarias del servicio básico telefónico, sucesoras de ENTel en la prestación del servicio de telecomunicaciones tras la privatización ordenada por la Ley N° 23.696 e implementada por el Decreto N° 62/1990 y modificatorios. Ello, sin perjuicio de la opinión de la SECOM y la CNC acerca del “impacto sobre la competencia en el mercado respectivo” (artículo 16, Ley N° 25.156).

- IV -

MARCO REGULATORIO

A continuación se formulará una reseña de las normas más relevantes que conforman el marco regulatorio aplicable a la Operación, en aquellos aspectos que son competencia de la SECOM y la CNC.

Constitución Nacional

La Constitución Nacional (a partir de la reforma de 1994) establece en su artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

A continuación afirma que “**Las autoridades proveerán** a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, **a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos,** y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

El citado artículo 42 de la Constitución Nacional establece un mandato que no puede ser soslayado al momento de analizar el alcance de las normas que regulan el servicio de telecomunicaciones en particular. Se trata de una norma que fue reiteradamente aplicada por la SECOM (por ejemplo: Resolución 490/1997 que aprueba el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, cuyo artículo 22 apunta a evitar que se restrinja, altere o distorsione la plena vigencia de una efectiva y libre competencia; Resolución 57/1996; Resolución 920/1998) la CNC (CNC, Carta Compromiso con el Ciudadano, agosto de 2005, punto 3, Derechos y Obligaciones de los Usuarios) y otros organismos (Resolución 37/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor).

Ley N° 25.000

La Ley N° 25.000, aprobó el Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio, adoptado en Ginebra el 15 de abril de 1997. En ese acuerdo, la República Argentina asumió la obligación de mantener medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor dominante, empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas.

Ley N° 23.696

Mediante el dictado de la Ley N° 23.696 en el año 1989 el Honorable Congreso de la Nación declara en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos. En ese contexto, en sus artículos 8 y 9 establece el procedimiento para proceder a la privatización total o parcial o a la liquidación de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional y declara como “sujeta a privatización” entre otras a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (“ENTel”).

A tal fin, la Ley N° 23.696 expresamente faculta al Poder Ejecutivo a establecer los mecanismos necesarios para la privatización de los servicios, autorizándolo cuando fuere necesario a disponer “la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio” (artículo 10).

Surge de lo expuesto que el legislador tuvo en mira objetivos temporales (privatización) y otros de cumplimiento permanente. Entre estos últimos se destacan la desmonopolización de la industria de las telecomunicaciones y la desregulación de ese mercado. Esta clara política legislativa sigue siendo uno de los pilares del régimen de las telecomunicaciones en nuestro país y debe ser la guía de las decisiones que adopten las autoridades administrativas en este campo.

Decreto 731/1989

Con fundamento en lo dispuesto en la Ley N° 23.696 y en particular su artículo 10, el Decreto N° 731/1989, previó la privatización de los servicios básicos telefónicos, sobre la base de la adjudicación total o parcial de las acciones de dos sociedades anónimas, a la que se les otorgaría licencia para la prestación del servicio telefónico básico en sendas regiones, a ser definidas en el pliego del concurso pertinente. A dichas sociedades se les transferirían determinados activos de ENTel. Surge del citado Decreto que el objetivo buscado fue desmonopolizar y desregular el servicio de telecomunicaciones para hacerlo más eficiente en beneficio de los usuarios. Es de acuerdo a ese objetivo que se instrumenta la privatización de ENTel.

Decreto 60/1990

Con la finalidad de viabilizar la privatización de ENTel, el Decreto 60/1990 crea la Sociedad Licenciataria Norte S.A. y la Sociedad Licenciataria Sur S.A. El objeto de esas sociedades sería la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

El artículo 7 de ese decreto prevé que un porcentaje de las acciones representativas del capital social de esas sociedades se adjudicaría en el pertinente concurso. Originariamente se previó la adjudicación del 51% del capital social, pero con posterioridad ese porcentaje fue elevado al 60 %.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

La privatización de ENTel, entonces, fue realizada sobre la base de la adjudicación del paquete de control de las acciones de dos sociedades anónimas, a la que se les otorgaría licencia para la prestación del servicio telefónico básico en sendas regiones.

Decreto N° 62/1990

El llamado a Concurso Público Internacional para la privatización del servicio de telecomunicaciones fue efectuado mediante el Decreto N° 62/1990, en el marco de la Ley N° 23.696 y el Decreto N° 731/1989 y sus modificaciones.

La privatización se instrumentó mediante la venta del 60% (Capítulo I, punto 1.4 del Pliego) de las acciones de las sociedades anónimas creadas por el Decreto 60/1990 (Sociedad Licenciataria Norte S.A. y Sociedad Licenciataria Sur S.A.) (“**LSB**”, licenciatarias del servicio básico) conforme a las pautas del Pliego de Bases y Condiciones que fue aprobado por el mismo Decreto 62/1990 y sus modificaciones (el “Pliego”, ya citado en el punto III de la presente).

El Pliego contiene normas que regulan el régimen de prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de las LSB, así como también la prestación de servicio en condiciones de competencia, es decir cumplido el “período de exclusividad” y sus extensiones.

El Capítulo III del Pliego al indicar los requisitos que deben reunir los Participantes para presentarse en el Concurso expresa: “3.1 Podrán presentarse al Concurso las personas jurídicas de derecho privado dedicadas a la actividad de telecomunicaciones en carácter de Operadores, que acrediten poseer las condiciones requeridas y que se presenten individualmente o integrando un Consorcio con otras personas que sean o no Operadores”.

El punto 3.1.1 dice: “Los Operadores que participen en el Concurso deberán presentarse individualmente o como Integrantes de un Consorcio, pero no podrán hacer uso



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

de ambas alternativas. En el supuesto de presentarse como Integrantes de un Consorcio no podrán integrar ningún otro”.

Respecto de la participación del Operador en el Consorcio el Pliego expresa: “3.1.2. (...) En el Consorcio y en la Sociedad Inversora, el Operador Principal deberá tener una participación de por lo menos el diez por ciento (10%). Asimismo, la presentación deberá indicar qué integrantes conforman el Núcleo Principal titular de una participación del treinta por ciento (30%) del Consorcio, y cuál es la participación de cada Integrante en el Núcleo Principal. Este Núcleo Principal deberá estar integrado por el Operador Principal, con una participación mínima de un tercio (1/3) de dicho Núcleo Principal, y en su caso por hasta otros dos (2) Integrantes hasta completar el treinta por ciento (30%) antedicho ...”.

Conforme al punto 3.1.3 del Pliego: “Cualquiera sea la participación del Operador Principal en el Consorcio, este deberá otorgarle el manejo gerencial de la Sociedad Licenciataria con plenos poderes operativos. El contrato de gerenciamiento ("management") respectivo deberá ser otorgado simultáneamente con la firma del Contrato de Transferencia y tener una duración no inferior al período de exclusividad y su eventual prórroga, y estará sujeto a la previa aprobación de la Autoridad Regulatoria en lo que concierne a las cláusulas que confieren el manejo gerencial al Operador...”.

El punto 8.6.7 del Pliego expresa que “Ninguna Sociedad Licenciataria o empresa podrá ser titular, ni controlar, ni participar, directa o indirectamente, en más de una licencia en una misma área de servicio de S.R.M.C.”

La cláusula 13.10.6 del Pliego establece: “Son causales de la caducidad de la licencia de cada Sociedad Licenciataria:... l) la rescisión del contrato de gerenciamiento a que se refiere el punto 3.1.3 con anterioridad a su plazo de vigencia, siempre que no se haya obtenido la aprobación de la Autoridad Regulatoria para la suscripción de un nuevo contrato con el mismo u otro Operador aprobado por la Autoridad Regulatoria... o) la cesión total o parcial del Contrato de Gerenciamiento a que se refiere el punto 3.1.3, o la delegación total o parcial de las funciones que el mismo otorga al Operador, sin la autorización de la Autoridad Regulatoria”.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Decreto N° 2332/1990

El Decreto 2332/1990 aprobó la transferencia de acciones de las Sociedades Licenciatarias (Norte y Sur) creadas por el Decreto 60/1990, a quienes resultaron adjudicatarios del 60% de las acciones de la Sociedad Licenciataria Norte S.A. y de la Sociedad Licenciataria Sur S.A.

Decreto N° 264/1998

Siguiendo los mandatos de promover la competencia introducidos por la reforma constitucional de 1994 antes reseñados, el Decreto 264/1998 instruye a la SECOM para que dicte el “Reglamento General de Licencias y el Plan Nacional de Licencias” siguiendo el siguiente lineamiento, entre otros: “k) se habilitará la participación de todos los operadores/prestadores existentes procurando evitar la acumulación de licencias en una misma sociedad, sus subsidiarias, controlantes o controladas, en una misma área y/o servicio” (artículo 9).

Cabe señalar que el artículo 9 del Decreto 264/1998 fue derogado por el artículo 6 del Decreto 764/2000. Pero ello obedeció a que se consideró que “los principios establecidos para el dictado del Reglamento General de Licencias, previstos por el artículo 9 del Decreto N° 264/98, podrían provocar distorsiones que condicionen el marco de la libre competencia en el que deben desarrollarse los servicios de telecomunicaciones.” Como se verá, las pautas establecidas en el Decreto 764/2000 importaron una mayor aún apertura del mercado, defensa de la libre competencia y defensa del consumidor.

El artículo 20 del Decreto 264/1998 estableció una previsión a fin de garantizar la competencia: “**Separación de negocios.** Dispónese que, a efectos de garantizar una efectiva competencia, a partir de la finalización del período de transición, las LSB no podrán tener negocios comunes entre sí, a cuyo fin deberán haber escindido los que actualmente comparten”. En otras palabras impide a Telefónica de Argentina S.A. y Telecom Argentina tener negocios comunes entre sí.

Decreto N°465/2000



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Ese Decreto, calificado como “instrucción”, dispuso la plena desregulación del mercado, a partir del 9 de noviembre de 2000, para la prestación de servicios de telecomunicaciones sin restricción alguna en los términos de los tratados suscriptos por la Republica Argentina.

Conforme surge de sus considerandos, el fundamento del Decreto 465/2000 es la Constitución Nacional, el compromiso internacional aprobado por Ley 25.000 y lo siguiente:

“Que el referido régimen, se sustenta en los principios que gobiernan la libertad de comercio, el libre acceso a los mercados, la fluida y libre circulación de toda información útil, la ausencia de intervenciones que generen distorsiones en el mercado de las telecomunicaciones y la exclusión del ordenamiento jurídico de toda disposición que favorezca los monopolios y privilegios.

Que la determinación de un marco jurídico debe evitar abusos de posiciones dominantes o barreras de entrada que distorsionen la libre competencia en este mercado y que perjudiquen el bienestar general, permitiendo así la efectiva incorporación de nuevos prestadores, la diversificación de nuevos servicios de buena calidad y los mejores precios de mercado en beneficio de los usuarios.

Que en esta instancia del proceso de apertura del sector a la competencia, resulta imprescindible establecer el marco jurídico que refleje estos principios irrenunciables y que posibilite condiciones de máxima transparencia y excluya toda discriminación a fin de garantizar a los usuarios la libertad de elección.

Que es deber ineludible del Estado velar por el bienestar del usuario independientemente de los intereses de los prestadores.

Que el sistema reglamentario del sector deberá conjugar los principios constitucionales de igualdad, libertad de comercio y de industria en el mercado de las telecomunicaciones, prevenir toda práctica anticompetitiva y garantizar el acceso y puesta a disposición de la información técnica y comercial pertinente, sin barreras para la



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

incorporación de nuevos operadores, ni obstáculos a la dinámica de los servicios e incorporación de nuevas tecnologías.

Que el GOBIERNO NACIONAL, por imperio del principio de legalidad y en defensa de los objetivos que de este derivan, ha adquirido la obligación de eliminar las barreras de acceso establecidas, haciendo cesar privilegios explícitos o subyacentes derivados del régimen de exclusividad que concluye, estableciendo la libre competencia sin más restricciones, de modo tal que finalice el actual sistema de competencia restringida.”

Decreto N° 764/2000

El propósito del Decreto 465/2000 es plasmado mediante el Decreto 764/2000.

Resulta aquí pertinente referirse en primer lugar a algunos de los considerandos del Decreto 764/2000, en cuanto reflejan la consolidación del régimen de competencia en el mercado de las telecomunicaciones, como un paso relevante en el proceso de reestructuración iniciado con la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado.

Así, entre otras, se destacan las siguientes consideraciones que dan sustento a esa norma y al mismo tiempo indican la política del Estado en la materia, en línea con el artículo 42 de la Constitución Nacional:

“Que el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones se encuentra sometido al cumplimiento estricto de cláusulas constitucionales, de tratados internacionales y de normas legales, tendientes a garantizar los derechos de opción de los usuarios y a establecer definitivamente la competencia, evitando toda forma de distorsión de los mercados”.

“Que, asimismo, el marco regulatorio del sector, conjugado con los principios constitucionales, requiere que se adopte una regulación exenta de todo privilegio, que garantice la igualdad y la libertad de comercio y de industria en el mercado de las telecomunicaciones, sin barreras a la incorporación de nuevos operadores, ni obstáculos a la dinámica de servicios e incorporación de nuevas tecnologías”.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

“Que el Gobierno Nacional, por imperio del bloque de legalidad y en defensa de los principios que éste instaura, ha asumido la obligación de levantar las barreras de acceso establecidas previamente; haciendo cesar privilegios explícitos o subyacentes derivados del régimen de exclusividad; estableciendo la competencia sin más transiciones, impidiendo que se mantengan rémoras de un régimen de monopolio o de competencia restringida”.

En particular, con relación a las operaciones que pudieran implicar la existencia de una concentración y respecto de la facultad de contralor de la SECOM el Decreto 764/2000 consideró: “Que las previsiones del Reglamento referidas al respecto, por parte de los operadores, de las normas de la sana competencia, importan un control general y apriorístico de la actividad de quienes intervienen en el mercado de las telecomunicaciones, sin perjuicio de la potestad de los órganos de Defensa de la Competencia de actuar, a posteriori, frente a casos particulares en los que se comprueben conductas violatorias de las disposiciones de la Ley N° 25.156”.

En cumplimiento de los objetivos antes enunciados, el Decreto N° 764/00 aprobó el Reglamento de Licencias, que establece condiciones generales para el otorgamiento de títulos habilitantes para los nuevos prestadores y las condiciones de prestación de tales servicios en el régimen de competencia.

El artículo 10, apartado 10.1, del Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones establece en su inciso “I”, como una de las obligaciones de los prestadores, la de:

“Obtener autorización previa de la Autoridad de Aplicación, con dictamen previo de la Autoridad de Control, ante cualquier modificación de las participaciones accionarias en las sociedades titulares, que impliquen la pérdida del control social en los términos del artículo 33 de la Ley N° 19.550 y sus modificatorias, sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 25156, la que no le podrá ser denegada si el Prestador transferente:

- i) ha cumplido con los compromisos asumidos con el Estado Nacional para la prestación del servicio de telecomunicaciones;
- ii) no registrare deuda alguna con el Estado Nacional referida a:



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

- a) La tasa establecida por los artículos 10 y 11 del Decreto N° 1185/90 y sus modificatorios.
- b) Los derechos y aranceles establecidos por el Reglamento de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico.
- iii) acredite el cumplimiento de las obligaciones previstas en el inciso f) del presente artículo.
- iv) hubiere dado cumplimiento a los requisitos y condiciones que su título original establece para el cambio del control social.
- v) haya obtenido, en su caso, la autorización para el cambio del control en la sociedad titular de la autorización y/o permiso de uso de frecuencias radioeléctricas en los términos de la reglamentación correspondiente.

El adquirente deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 9.1 del presente Reglamento. La Autoridad de Aplicación deberá expedirse, respecto de la solicitud de modificación de las participaciones accionarias que importen las condiciones previstas en el punto l) del presente artículo, dentro del plazo de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de la misma”

El inciso “f” del citado apartado 10.1 se refiere a las inversiones para el desarrollo del Servicio Universal y el apartado 9.1 a determinada documentación personal y societaria y declaraciones, algunas de ellas juradas.

El artículo 13.1 indica que, previa autorización de la Autoridad de Aplicación, procederá la cesión o transferencia de una licencia: “si el Prestador transferente o cedente (...) ha dado cumplimiento a los requisitos y/o condiciones que su título original impone a la cesión o transferencia de su licencia, en caso de corresponder;”

El artículo 13.3, por su parte, expresa: “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 13.1, los Prestadores Históricos, conforme al Decreto N° 62/90 y sus modificatorios, deberán respetar las normas que sobre la materia les rige según las licencias oportunamente otorgadas por el Poder Ejecutivo Nacional”.

El artículo 17.3. establece: “Los titulares de licencias y/o frecuencias que hubieran sido otorgadas y/o autorizadas mediante licitación, concurso o subasta, así como los operadores independientes, brindarán los servicios concedidos respetando los términos y



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

condiciones establecidos en sus títulos originales, quedando habilitados para la prestación de todos los demás servicios en los términos del apartado precedente”.

Decreto N° 1461/1993, Resolución SECOM N° 869/1998 y Decreto N° 266/1998

Resulta conveniente, para una mejor claridad expositiva reseñar en conjunto las normas aludidas.

El Decreto 1461/1993 ratificó, en lo sustancial, la Resolución 575/1993 del 28 de mayo de 1993 del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, aprobatoria del Pliego de Bases y Condiciones para el Concurso Público Internacional para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil, sin perjuicio de mantenerse la facultad de ese Ministerio de dictar los actos necesarios para la tramitación del Concurso y prorrogar, en caso en que fuere necesario, por decisión fundada, los plazos del Concurso referido.

Las licitaciones por medio de las cuales se otorgaron frecuencias para el servicio de telefonía móvil (“**STM**”) en el interior del país en el año 1993, la regulación de la adjudicación de frecuencias de Sistemas Fijos de Alta Densidad y las licitaciones para los servicios de comunicaciones personales (“**PCS**”) vigentes a partir de 1998, contienen los mismos fundamentos constitucionales y legales, respecto de la regulación de la competencia y la separación de las empresas, que las normas relacionadas en los párrafos precedentes y confirman que esos son los principios que la SECOM debe procurar defender y proteger.

El pliego para la prestación del STM aprobado por Decreto 1461/93 (el “**Pliego STM**”), con el fin de evitar el monopolio y en custodia de la competencia, estableció en la cláusula 16.4 que ninguna persona jurídica ni sus integrantes podrá tener una licencia para operar el STM en más de dos áreas de explotación en el territorio de la República Argentina. Por su parte, la cláusula 11.7 estableció que los licenciatarios de STM que compitan en una misma área de explotación podrán utilizar en conjunto instalaciones o equipos con autorización previa de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, actualmente la CNC. En efecto, frente a actos que, buscando eficiencia pudieran afectar la competencia de algún modo, se reservó al ente de control la facultad de velar por el mantenimiento de las condiciones que hacen a la competencia.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

“2009 – Año de Homenaje a Raúl SCALABRINI ORTÍZ”

La cláusula 16.3 del Pliego STM establece que “Los socios integrantes de la sociedad proponente, así como sus compañías controlantes o controladas, no podrán participar en más de una propuesta para la misma área de explotación” y que “Las empresas que asistan a licenciatarios de una banda o formen parte de sus sociedades, no podrán integrar o asistir a sociedades que operen la banda en competencia”.

La Resolución de la SECOM 869/1998 regula por su parte el otorgamiento de bandas denominadas Sistemas Fijos de Alta Densidad, que se utilizan para brindar servicios de Internet inalámbrico. La norma se enmarca también en el esquema de defensa de la competencia en la política de atribución de frecuencias y de la obstaculización a la creación de monopolios mediante las siguientes prescripciones específicas: (i) el artículo 7.4 establece que cada licenciatario no podrá recibir el otorgamiento de más de una banda de frecuencias; (ii) el artículo 7.5 establece que las participaciones accionarias que impliquen el control societario o una participación suficiente para formar la voluntad social no podrán ser transferidas sin autorización de la autoridad de control; (iii) solamente se permite un solo titular de frecuencia por tipo de banda.

Antes de concluir este capítulo, corresponde mencionar el Decreto N° 266/1998 que aprobó el Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (“**PCS**”) que consiste en una modalidad de telefonía móvil que opera en una frecuencia más alta que las anteriormente otorgadas.

Los párrafos 26 y 27 de los considerandos del Decreto 266/1998 señalan que: “... en igual sentido, atento la definición de PCS como un servicio inalámbrico, independientemente de su movilidad o no, es pertinente promover el desarrollo y presencia de todas las redes instaladas en el ámbito nacional, como de competencia futura para todos los habitantes del extenso territorio argentino, y no solamente para quienes viven en zonas rentables” y que “...no obstante ello es necesario ratificar el principio de competencia sana y leal por el que ‘nadie puede competir contra sí mismo’, estableciendo la obligatoriedad de quien vaya a prestar servicios de PCS no participe ni decida en las acciones de sus competidores”.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

En cumplimiento de dichos objetivos el punto 4º del Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) (aprobado por el artículo 1º del Decreto 266/1998) establece que los pliegos de bases y condiciones para la adjudicación de las licencias deberán prever que: (i) se asegure el ingreso al mercado de nuevos operadores de telecomunicaciones e inversores; (ii) se evite la obstaculización de la competencia; (iii) se eviten la concentración de espectro en pocas empresas.

A fin de cumplir con la finalidad de evitar la concentración del espectro en pocas empresas se establecieron tres limitaciones bien precisas que funcionan de manera simultánea:

- a) Ningún prestador puede ser titular de un ancho de banda superior a 50Mhz en una misma área de servicio para la prestación de PCS [incluyendo lo asignado para la prestación del Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), STM y el Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE)].

A los efectos de aplicar esta restricción se considera el espectro asignado a la sociedad, a sus controladas o controlantes, directa o indirectamente, o a aquellas que posean una participación mayor al 30% de las acciones con derecho a voto.

- b) La SECOM puede declarar inadmisibles las ofertas cuando estime que de los antecedentes societarios, comerciales y de las alianzas estratégicas nacionales y/o internacionales del oferente, surja razonablemente la existencia de situaciones que pudieran restringir, impedir o distorsionar la libre competencia o dar lugar a un abuso de la posición dominante.

La facultad de declarar inadmisibles las ofertas no se limita al momento de dicha adjudicación, desapareciendo en caso de que una licencia adjudicada incurra con posterioridad en acciones o situaciones como las descriptas. En efecto, las facultades descriptas en este punto no se encuentran limitadas en el tiempo o por la circunstancia de referirse a licencias ya otorgadas. La SECOM tiene facultades otorgadas por esta norma para declarar inadmisibles cualquier mecanismo respecto del cual “surja razonablemente la existencia de ... situaciones atentatorias de la libre competencia”.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

- c) Ninguna persona podrá tener participación directa o indirecta en más de dos prestadoras de servicios móviles dentro de una misma área de servicio (incluyendo PCS, STM y SRMC).

Según lo establecido por el numeral 4.4 del citado artículo 4° del Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales las limitaciones referidas en (a), (b) y (c) no pueden ser alteradas por medio de “cesión de acciones o de la licencia o de cualquier otro mecanismo”.

El pliego de bases, condiciones generales y particulares del concurso público nacional e internacional para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicaciones personales (PCS) en el AMBA y su extensión (aprobado por Decreto 266/1998), estableció que no podrán presentar ofertas aquellas empresas que de resultar adjudicatarias del concurso infringirían el artículo 4° del reglamento del servicio que se concursa (punto 12.2.4) y que los socios integrantes de la sociedad oferente, así como sus compañías controlantes o controladas, no podrán participar en más de una propuesta (punto 12.3).

Normativa referida a Internet y al Programa Nacional para la Sociedad de la Información

La conectividad a Internet puede obtenerse a través de medios diversos, algunos de ellos ajenos al empleo de la red telefónica (caso típico es el de la utilización de las redes de videocables). No obstante, un porcentaje muy relevante del mercado de Internet es suministrado por las compañías telefónicas en forma directa (Arnet en el caso de Telecom Argentina y Speedy en el caso de Telefónica de Argentina S.A.), sin contar con la necesaria interconexión de los restantes ISP⁶. En consecuencia, es pertinente aquí efectuar una breve reseña de algunas normas que hacen al marco regulatorio de Internet y la transmisión y procesamiento de datos en general.

Según lo establecía el punto 9.2 del Pliego, aprobado por el Decreto 62/1990, para los Servicios Prestados por la Sociedad Prestadora de Servicios Internacionales (“SPSI”) y



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

la Sociedad de Servicios en Competencia, la SPSI prestaría, en régimen de exclusividad, entre otros, los servicios de transmisión datos internacionales, telex internacional y enlaces punto a punto internacionales arrendados para telefonía, transmisión de datos, y/o servicios de valor agregado, con los alcances previstos en el punto 8.9 del Pliego.

En el Decreto 62/1990 quedó establecido un doble régimen para el servicio de acceso a Internet. Por un lado, la salida al exterior en régimen de exclusividad y por el otro de libre competencia para el ámbito nacional.

Con posterioridad se dictaron varias resoluciones por parte de la CNC y la SECOM.

El 18 de junio de 1997 se dicta el Decreto 554/1997 que declaró el acceso a Internet de interés nacional para todos los habitantes del territorio nacional "en condiciones geográficas y sociales equitativas, con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia".

El artículo 2 de ese Decreto establece que la SECOM, por entonces en la órbita de la Presidencia de la Nación, será la autoridad de aplicación y faculta a la SECOM a tomar las siguientes medidas en materia de política a seguir al respecto:

1. Desarrollar un plan estratégico para la expansión de Internet en la República Argentina.
2. Analizar la incorporación de Internet dentro de los parámetros de análisis y características definitorias del servicio universal.
3. Analizar y proponer alternativas de política tarifaria a los efectos de estimular y diversificar la utilización de Internet.
4. Fomentar el uso de Internet como soporte de actividades educativas, culturales, informativas, recreativas y relativas a la provisión de servicios de salud.

La SECOM, como autoridad de aplicación en la materia, señaló (Resolución 2132/97) que el problema de Internet en la Argentina presenta tres componentes básicos a ser tratados, los que por su particular característica no pueden separarse entre sí el uno del otro, los mismos son:

1. Ancho de banda disponible.

⁶ Sigla que significa proveedores de servicios de Internet, por sus iniciales en inglés.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

2. Tráfico de usuarios, dividido a su vez en dos aspectos: la densidad del mismo y la administración que se hace de ese tráfico.
3. Equipamiento del cliente y el servidor.

El Decreto 1293/1998 declaró de Interés Nacional el proyecto "INTERNET 2 ARGENTINA", destinado a la implementación, desarrollo y aplicaciones de una red de alta velocidad de telecomunicaciones, con el fin de interconectar centros académicos, científicos y tecnológicos en todo el territorio nacional y designó a la SECOM como autoridad de aplicación en la materia. En los considerandos de ese decreto se señala que “creó el programa argentin@internet.todos, estableciendo los siguientes objetivos: a) Promover el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en todo el país, procurando el acceso universal a la misma en condiciones de equidad geográfica y social; b) Estimular el desarrollo de redes nacionales y regionales sobre la base de la infraestructura de telecomunicaciones cuya implementación se propicia; c) Promover el acceso universal a INTERNET y a la tecnología de la información; y d) Promover en el ámbito nacional la constitución de CENTROS TECNOLÓGICOS COMUNITARIOS (CTC) como medio para el cumplimiento de los objetivos del presente decreto.”

El Programa Nacional para la Sociedad de la Información (“PSI”) tiene su antecedente en el Programa para el desarrollo de las comunicaciones telemáticas argentin@internet.todos que fuera creado mediante el Decreto 1018/1998 y modificado por los Decretos 252/2000 y 243/2001.

Las indicadas normas establecen que el PSI, dependiente de la SECOM, tiene bajo su órbita las actividades vinculadas:

1. al diseño e implementación de políticas públicas destinadas a proveer a la universalización de Internet y otras redes digitales de datos,
2. al desarrollo del comercio electrónico,
3. a la formación de recursos humanos especializados en su gestión,
4. al fomento de las inversiones y al desarrollo, en general, de las telecomunicaciones, la informática, la electrónica, el software y demás tecnologías afines.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Como se adelantó, el Decreto 1018/1998 creó el programa *argentin@internet.todos*, estableciendo los siguientes objetivos: a) Promover el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en todo el país, procurando el acceso universal a la misma en condiciones de equidad geográfica y social; b) Estimular el desarrollo de redes nacionales y regionales sobre la base de la infraestructura de telecomunicaciones cuya implementación se propicia; c) Promover el acceso universal a INTERNET y a la tecnología de la información; y d) Promover en el ámbito nacional la constitución de CENTROS TECNOLÓGICOS COMUNITARIOS (CTC) como medio para el cumplimiento de los objetivos del presente decreto.⁷

- V -

INFORME Y OPINIÓN FUNDADA

V.1

La Operación bajo examen, ya concretada en el ámbito internacional, sólo puede ser aprobada por las autoridades competentes y generar efectos jurídicos en territorio argentino en el caso de que se adecue a las normas y criterios superiores que la regulan.

Ello así, por cuanto la Operación ha implicado, como mínimo:

- a) La generación de un vínculo societario con visos de permanencia entre Telefónica de España y Telecom Italia, quienes asumieron el rol de Operador Principal en las LSB, con las consecuencias previstas en el Decreto 62/1990 y el Pliego.
- b) La generación de una relación societaria, con visos de permanencia, entre las dos LSB.

El Pliego dividió el territorio en dos regiones, Norte y Sur. Conforme al punto 3.1.1, los Operadores que participaron en el Concurso debieron presentarse individualmente o como Integrantes de un Consorcio, pero tuvieron vedado hacer uso de ambas alternativas. Además, en el supuesto de presentarse como Integrantes de un Consorcio no podían integrar ningún otro.

⁷ Cabe señalar que como consecuencia de lo dispuesto en normas que modificaron algunos de los decretos aquí citados, la SECOM desarrolla su actividad en coordinación con otros organismos estatales.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

En este caso, tenemos que Telefónica de España se presentó como integrante de un Consorcio, en calidad de Operador Principal. Y lo propio hizo Telecom Italia⁸.

El Pliego impide que un proponente pueda ganar ambas regiones: “el Proponente triunfador será Adjudicatario sólo de la Sociedad Licenciataria respecto de la cual haya ofrecido el Precio Adicional mayor de sus dos ofertas” (punto 5.8.2.1). Para la otra zona, se llama a los demás Proponentes, por orden de méritos, para adjudicarles la segunda región.

El Pliego previó que, aún en caso de que un solo Proponente hubiera hecho la mejor oferta para ambas Regiones, se tomaría dicha mejor oferta como base para agotar todas las posibilidades de que los demás Proponentes, por orden de mérito, tuvieran la posibilidad de hacerse cargo de la segunda sociedad.

Por lo tanto, el Pliego no discrimina irrazonablemente al primer Proponente, aunque éste haya realizado la mejor oferta, sino que, por el mandato legal de desmonopolización, dispone que en todos los casos deben agotarse las posibilidades existentes, para generar competencia antes que admitir la posibilidad de que la prestación recaiga sólo en manos de uno. Tan es así, que el punto 5.8.2.5 del Pliego establece que si no se recibieren ofertas por una de las Sociedades licenciatarias luego de agotado el procedimiento contemplado en el Pliego, el Concurso se declarará vacante respecto de ambas zonas, no obstante que respecto de una de ellas sí se hubieren recibido ofertas.

La Ley 23.696 y las normas complementarias establecieron un mecanismo que garantizara la desmonopolización y la competencia. Se llamó a concurso público internacional, con un importante despliegue publicitario tendiente a que se presentaran la mayor cantidad de Proponentes posible. Si, a pesar de ello y luego de ese despliegue una única empresa en el mundo hubiese aceptado presentarse en el Concurso, sólo en esa hipótesis extrema permitía el Pliego que esa única empresa sea la adjudicataria de cada una de las dos zonas.

⁸ Originariamente como Operador Principal en conjunto con otra sociedad y luego, previa aprobación pertinente de la SECOM (Resolución 111/2003) como Operador Principal exclusivo.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Han sido pues pilares de la privatización de ENTel que el adjudicatario de la zona Norte sea diferente que el de la zona Sur y que un mismo Operador, no podía integrar diversos Consorcios (punto 3.1.1).

Estas previsiones contenidas en el Pliego, claramente receptaron el objetivo privatizador, de desmonopolización y desregulación del servicio de telecomunicaciones, concebido en la ley 23.696 y reflejado en el grupo normativo rector de las telecomunicaciones, el que siguiendo la clara política legislativa impresa en aquellas normas, sirve de guía para la interpretación y toma de decisión de la autoridad regulatoria.

En ese marco, deben tenerse en consideración las disposiciones de la Ley 23.696, la que luego de declarar en estado de emergencia la prestación de servicios públicos, estableció el procedimiento para proceder a la privatización total o parcial o a la liquidación de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional y declaró como “sujeta a privatización”, entre otras, a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (“ENTel”) (art. 1º y Anexo I).

A tal fin, la Ley 23.696 expresamente faculta al Poder Ejecutivo a establecer los mecanismos necesarios para la privatización de los servicios, autorizándolo cuando fuere necesario a disponer “la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio” (art. 10).

Con fundamento en lo dispuesto en la citada ley, el Decreto N° 731/89 (modificado por el Decreto N° 59/90) -en virtud del cual se instrumentó la privatización de ENTel-, previó la privatización de los servicios básicos telefónicos, sobre la base de la adjudicación total o parcial de las acciones de dos sociedades anónimas, a las que se les otorgaría licencia para la prestación del servicio telefónico básico en sendas regiones -a ser definidas en el pliego del concurso pertinente- y a quienes se les transferirían determinados activos de ENTel. Tal como surge del Decreto en trato, el objetivo buscado se centró en la desmonopolización y desregulación del servicio de telecomunicaciones. Con esa misma finalidad, esta norma



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

previó una exclusividad temporal para la prestación de los servicios telefónicos básicos, transcurrida la cual la prestación quedaría en régimen de competencia abierta.

En ese contexto, el Decreto N° 62/90 creó la Sociedad Licenciataria Norte S.A. y la Sociedad Licenciataria Sur S.A., cuyo objeto sería la presentación de servicios de telecomunicaciones, previéndose el porcentaje de acciones representativas del capital social de esas sociedades que se adjudicaría en el pertinente concurso (art. 7º), y mediante el Decreto N° 62/90 se concretó el llamado a Concurso Público Internacional para la privatización del servicio de telecomunicaciones.

La privatización se instrumentó mediante la venta del 60% de las acciones de las sociedades anónimas creadas por el Decreto N° 60/90, conforme a las pautas del Pliego de Bases y Condiciones aprobadas por el mismo Decreto N° 62/90 y sus modificaciones, el que contiene normas que regulan el régimen de prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de las LSB, así como también la prestación del servicio en condiciones de competencia, es decir, cumplido el período de exclusividad y las extensiones previstas.

En este contexto, la división del país en dos regiones tuvo como objeto crear dos empresas de tamaño similar que estuvieran en condiciones de competir entre sí y con otros prestadores, al concluir el período de exclusividad, y para permitir una comparación de desempeño entre las dos empresas durante ese lapso, a fin de incentivar la eficiencia operativa.

Por ello, la privatización no sólo significó un cambio en la propiedad de la empresa prestadora de servicios de telecomunicaciones sino que constituyó un cambio significativo de la estructura de mercado, desde un monopolio público nacional integrado verticalmente, hacia dos monopolios privados regionales en servicios básicos provistos en red, con exclusividad acotada temporalmente y competencia creciente en servicios vinculados, sujetos a regulación en varios aspectos.

Surge de lo expuesto que el legislador tuvo en miras tanto objetivos temporales -la privatización del servicio básico- como otros de cumplimiento permanente, entre los cuales



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

se destacan la demonopolización de la industria de las telecomunicaciones y la desregulación de ese mercado. Esta clara política legislativa sigue siendo uno de los pilares del régimen de las telecomunicaciones en nuestro país y debe ser la guía de las decisiones que adopten las autoridades administrativas en este campo.

La licencia oportunamente otorgada a Telecom Argentina (y Telefónica de Argentina S.A.) de acuerdo al Pliego aprobado por el Decreto 62/1990 y sus modificaciones mantiene su vigencia, así como las condiciones en las que, conforme a esa normativa, tal licencia fue otorgada.

En efecto, tal licencia ha sido ratificada por el Decreto 764/2000 y el Reglamento Nacional de Licencias aprobado como Anexo I de ese decreto (el “**Reglamento**”).

Es así que, aún luego del dictado del Decreto 764/00 las condiciones relativas a las Sociedades Licenciatarias antes descriptas mantienen su vigencia. Ello se ve confirmado por las propias cláusulas del Pliego, en cuanto establecen, por ejemplo, que a partir de la fecha de la toma de posesión “En ningún caso los miembros del Núcleo Principal podrán reducir su participación en el mismo sin la autorización de la Autoridad Regulatoria” (apartado 5.11.2). El apartado 13.1 del Reglamento establece que será autorizada la cesión o transferencia de una licencia, previa autorización de la Autoridad de Aplicación, si el Prestador transferente o cedente ha dado cumplimiento a los requisitos y/o condiciones que su título original impone a la cesión o transferencia de su licencia. De igual forma, el apartado 13.3 del mismo Reglamento especifica que, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 13.1, los Prestadores Históricos (Telecom Argentina y Telefónica de Argentina S.A.), conforme al Decreto N° 62/90 y sus modificatorios, deberán respetar las normas que sobre la materia les rige, según las licencias oportunamente otorgadas por el Poder Ejecutivo Nacional.

Conforme al apartado 17.2 del Reglamento, los titulares de licencias otorgadas con anterioridad al Decreto 764/2000 quedaron habilitados para prestar servicios de telecomunicaciones (conforme al régimen de “licencia única para la prestación de los servicios de telecomunicaciones”) pero respecto de la prestación de **nuevos** servicios de telecomunicaciones. En cambio, de acuerdo al apartado 17.3 los titulares de licencias y/o



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

frecuencias que hubieran sido otorgadas y/o autorizadas mediante licitación, concurso o subasta, así como los operadores independientes, brindarán los servicios concedidos **respetando los términos y condiciones establecidos en sus títulos originales**, quedando habilitados para la prestación de todos los demás servicios en los términos del apartado precedente.

Del juego armónico de las normas reseñadas se deduce que el mandato legal de desmonopolización es homónimo de la pluralidad de prestadores independientes entre sí, como condición *sine qua non* legitimante de la acción gubernamental. Durante el período denominado de exclusividad, los decretos que implementaron la privatización y a cuyo cumplimiento se obligaron tanto Telefónica de España como Telecom Italia, aseguran por tanto la presencia de, como mínimo, dos prestadores diferenciados, con sus respectivos y distintos Operadores, pilares estos sustanciales del marco regulatorio de la privatización de ENTel y que es la manera en que la acción reguladora del Gobierno Nacional debe ejercerse, es decir sujetándose a la condición sin la que no podría haberse ejercido la delegación legislativa establecida por el artículo 10 de la Ley de Reforma del Estado 23.696.

En consecuencia, los prestadores que, como el caso de Telecom Argentina (y Telefónica de Argentina S.A.) ya tenían licencias otorgadas conforme al Decreto 62/1990⁹, además de cumplir en lo pertinente con las normas del Decreto 764/2000, siguen asimismo sujetos al marco regulatorio previsto en el citado Decreto 62/1990¹⁰.

Las circunstancias de hecho en que hoy debe aplicarse el mandato de desmonopolización (regulatoriamente establecido mediante el mecanismo de adjudicar cada una de las zonas a empresas independientes) ya no son las de la privatización de ENTel, sino las que plantea la Operación bajo examen. Pero, al igual que en dicha privatización, la intervención regulatoria debe adoptar idénticos resguardos para impedir la prestación del servicio en manos de una empresa única o –como prohíbe el Pliego- en un Consorcio integrado por empresas que total o parcialmente confluyen.

⁹ Y también las que hubieran sido concedida con anterioridad al Decreto 764/2000, como es el caso de las otorgadas conforme a lo previsto por el Decreto 268/1998.

¹⁰ Incluidas, obviamente, sus modificaciones.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Vencido ya el plazo del denominado período de exclusividad, que aún así aseguraba la presencia de más de un prestador en el servicio básico telefónico, se inició el período de plena competencia. Pero el mandato de desmonopolización y de desregulación sigue siendo la piedra basal sin el cual la acción reguladora de la SECOM y la CNC carecería de fundamento legal y se tornaría ilegítima. Dicho mandato sigue siendo tan imperativo a partir del Decreto 764/2000, como lo fue antes.

Las telecomunicaciones se apoyan en dos impulsores indiscutidos, la innovación y las regulaciones. Las regulaciones deben generar un marco en el cual la innovación y el desarrollo armónico del sector sean la piedra basal del sistema. Para lograrlo, el marco normativo de nuestro país ha reparado en la competencia (o desmonopolización) como un elemento primordial de este entramado. Es allí donde la SECOM, en su calidad de regulador, y la CNC como controlador tienen la obligación de intervenir para garantizar el juego armónico de todos esos elementos. De nada servirá contar con regulaciones sin un regulador que las aplique como corresponde y un organismo que controle su cumplimiento.

La intervención que se requiere en los términos del artículo 16 de la Ley N° 25.156 se refiere a circunstancias nuevas, diferentes ciertamente de las que se planteaban previamente al vencimiento del período de exclusividad, pero el criterio legal al que debe someterse toda decisión que se adopte se mantiene incólume y obliga a la adopción de idénticos o aún mayores resguardos, siendo que el mandato legal ha sido reforzado por un mandato constitucional explícito de defensa de la competencia, la libertad de elección del consumidor y su protección a partir de la reforma constitucional de 1994.

Aplicando pues iguales criterios, debe indicarse que la Operación por la cual el controlante de una LSB, que además es su Operador, adquiere una participación relevante (como principal accionista de la sociedad de control), en la otra LSB, no puede ser autorizada.

En la década del noventa el objetivo principal de la política en materia de telecomunicaciones era el crecimiento de la infraestructura y de la oferta de servicios. Las normas del proceso de privatización respondieron a estos objetivos primordiales, aunque sin



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

descuidar el fomento –con las limitaciones lógicas emergentes de las circunstancias en las que fueron dictadas- de la desmonopolización y la desregulación.

En las actuales circunstancias, la evolución jurídica y tecnológica experimentada por nuestro país, el estímulo de la competencia y el acceso universal a la sociedad de la información han pasado a ser los fines principales de la política de telecomunicaciones.

En el contexto indicado, el Gobierno Nacional, en ejercicio del mandato constitucional de protección de la competencia y de la delegación legislativa establecida por la Ley 23.696, debe privilegiar y fomentar activamente toda solución que preserve, como mínimo, la plena independencia y diferenciación societarias y de negocios de las dos LSB, estructura básica mínima de la competencia establecida por el marco regulatorio vigente. Las actuales circunstancias hacen recomendable arbitrar los medios legales disponibles para evitar que se configure semejante vinculación entre las dos LSB.

Ya en los considerandos del decreto 764/00 se estableció claramente que “la apertura a la competencia debe traducirse en una amplia oferta de servicios disponibles para los consumidores, aumento de la productividad por el mayor acceso a la información y a la tecnología y fomento del desarrollo económico, en beneficio de la comunidad en general” y “que es firme convicción del GOBIERNO NACIONAL que la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, generará importantes inversiones que redundarán en la creación de fuentes de trabajo y en la creación de recursos que podrán ser redistribuidos por vía impositiva entre los distintos sectores de la sociedad”.

Esos dos considerandos muestran una clara dirección para la política de la República Argentina, cual es que las telecomunicaciones sean un medio que permita aumentar la producción, y generar mayores y mejores fuentes de trabajo que fomenten la equidad. Y para ello es necesario alentar un mayor acceso a la diversidad de información y tecnologías, lo que se logra desterrando los monopolios que, de una forma y otra, tienen como efecto nocivo una reducción en la diversidad de productos y servicios ofrecidos a los consumidores. Es allí donde el Estado debe avanzar con políticas activas que impidan un acceso restringido o parcializado a la información y las tecnologías de la información y la



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

comunicación para evitar que se vea coartada la posibilidad de desarrollo equitativo de la sociedad.

Más aún, el regulador debe evitar situaciones en que los operadores de los distintos servicios de telecomunicaciones vean reducidos los incentivos de competencia, innovación tecnológica y prestación eficiente de servicios. Cuando no existen operadores totalmente independientes, aún cuando sean muy innovadores, no cuentan con toda la información para saber cuáles van a ser todas las tecnologías futuras con las que deberán contar en el corto y mediano plazo para poder competir por su porción del mercado. Al operador le servirá tener presente cuál es la conducta de otros operadores realmente independientes y desvinculados del mercado. Si no hay comparación posible, el operador podría tomar decisiones ineficientes para el desarrollo del mercado. Una apuesta a una tecnología particular, sin que exista la posibilidad de que un competidor ofrezca una tecnología alternativa supuestamente más eficiente, podría significar un retroceso que demandaría años de recuperación respecto de otros mercados. En este orden de ideas, la “competencia por comparación” tiene un rol fundamental en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones. La Operación eliminaría toda posibilidad de comparación auténtica entre los prestadores principales y, en consecuencia, tendría efectos nocivos sobre el mercado de las telecomunicaciones.

Los incentivos de los operadores para innovar se ven aumentados cuando la competencia en el mercado relevante es efectiva y transparente. La existencia de vínculos societarios de significación entre las dos LSB aumenta la posibilidad de actuación concertada, lo que perjudica a los usuarios de los servicios. Los Operadores en esos casos sólo innovarán la tecnología cuando no quede otra opción, pero no lo harán anticipándose a los movimientos de su competencia. La innovación en esos casos se estanca y la eficiencia y calidad se ve perjudicada.

La responsabilidad del Estado, al tratarse de un área estratégica para la Nación, reside, en este aspecto, en diseñar políticas para el sector de las tecnologías de la información y la comunicación que promuevan un crecimiento económico con equidad y, para ello, nada más adecuado que tener un papel activo en la eliminación de los monopolios que, indefectiblemente, limitan las opciones de información, comunicación y tecnología a las



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

que tendrá acceso la sociedad y buscan maximizar la utilidad privada por sobre el interés económico general.

En ese marco, las tecnologías de la información y la comunicación se han transformado en un sector estratégico para el desarrollo político, social, económico, financiero y cultural de esta Nación, y el Estado se ve en la obligación de implementar acciones que tiendan a evitar la formación de monopolios y, de ese modo, corregir los desequilibrios que se producen en el mercado para poder optimizar la relación entre el bienestar general y la libertad de comercio.

Más allá de las medidas adoptadas por la SECOM a fin de facilitar el acceso a la red fija, a través de convenios de interconexión, lo cierto es que, de aprobarse la Operación, Telefónica gozaría de una inaceptable posición dominante por la influencia que tendría sobre prácticamente la totalidad de la red fija de telecomunicaciones, directa e indirectamente. Esta posición de dominio, que por involucrar la titularidad de la red tiene carácter de permanencia en el tiempo, genera una barrera de entrada, a la luz de las notables inversiones que deberían realizar nuevos operadores para duplicar la red y las ventajas de costos y economías de escala que genera esa situación para quien es el titular de la red.

De lo que se lleva expuesto se desprende que la Operación en examen resulta violatoria del marco regulatorio aplicable, por cuanto quien es Operador de Telefónica de Argentina S.A. (Telefónica de España) integra a su vez una sociedad (Telco) que es el accionista de referencia y ejerce influencia significativa en Telecom Italia, siendo esta última controlante y Operador de Telecom Argentina.

V.2

Interesa señalar que, en principio, los accionistas directos e indirectos de las licenciatarias de servicios de telecomunicaciones pueden transferir sus tenencias accionarias, sin necesidad de la previa intervención de la SECOM y la CNC. No obstante, respecto de Telecom Argentina es menester la previa autorización de la SECOM en los siguientes casos:



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

- a) Si los accionistas originarios de Nortel, existentes a la fecha de la toma de posesión, pretendieran reducir su tenencia accionaria, en conjunto, a menos del cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital total de Nortel, con derecho a voto¹¹. Así surge del apartado 5.11.3 del Pliego.
- b) Si los accionistas de Sofora, que conforman el núcleo principal, desean transferir las acciones que conforman total o parcialmente ese núcleo principal. En la actualidad, integran el núcleo principal W de Argentina Inversiones SL (15%) y Telecom Italia y Telecom Italia International NV (15%) (apartado 5.11.3 y Resoluciones 111/2003 y 26/2004 SECOM).
- c) Si Nortel pretende bajar su participación en el capital accionario de Telecom Argentina, a cualquier título, a menos del 51% del capital accionario de Telecom Argentina (apartado 7.1.5 del Pliego).
- d) Si media un cambio de control de Telecom Argentina (apartado 10.1 del Reglamento).

En el caso, además de haberse configurado una situación violatoria del Decreto 62/1990, como ya fuera expuesto, Telecom Argentina y Telecom Personal, como licenciatarias, debieron haber requerido a la SECOM la correspondiente autorización previa, ante el cambio de control operado (apartado 10.1.I, del Reglamento).

Como licenciataria, Telecom Argentina tenía la obligación de requerir la autorización previa de la SECOM, ante el cambio de control que tuvo lugar, sin perjuicio de que no haya sido parte del contrato de compraventa de acciones y de los demás contratos que instrumentaron la Operación. Igual obligación recaía sobre Telecom Personal. No han cumplido esa obligación y tampoco lo han hecho los accionistas controlantes pertinentes. En todo caso, si hipotéticamente lo hubiesen hecho, la autorización hubiese sido denegada por la SECOM, por las razones ya expuestas y las que se brindarán a continuación.

El apartado 10.1.I del Reglamento se refiere al control social en los términos del artículo 33 de la ley 19.550 (to 1984), que comprende tanto el control de derecho (participación “que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las

¹¹ En el caso de Nortel, la Resolución 111/2003 SECOM autorizó la transferencia del 100% del capital accionario con derecho a voto, a favor de Sofora.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

reuniones sociales o asambleas ordinarias”) como de hecho (que sucede cuando una sociedad controla directa o indirectamente, a través de una sociedad controlada, a otra sociedad cuando ejerce sobre la misma “una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”), circunstancias que fueron ampliamente demostradas por la CNDC.

El marco regulatorio establece que, en caso de cambio de control, deben cumplirse varios requisitos. El licenciatario debe acreditar haber cumplido (i) con los compromisos asumidos con el Estado Nacional para la prestación del servicio de telecomunicaciones; (ii) con la tasa establecida por los artículos 10 y 11 del Decreto 1185/1990 y sus modificatorios¹² y los derechos y aranceles establecidos en el Reglamento de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico¹³; (iii) con el Reglamento del Servicio Universal; y (iv) los requisitos y condiciones que su título original establece para el cambio de control social. Además, debe haber obtenido autorización para el cambio del control de la sociedad titular de la autorización y/o permiso de uso de frecuencias radioeléctricas, en los términos de la reglamentación correspondiente.

En lo que aquí interesa, sin perjuicio de no haberse acreditado por parte de Telecom Argentina el cumplimiento de los requisitos pertinentes, debe señalarse que es manifiesto que no se cumplen los requisitos y condiciones previstos en el título original de la licencia de Telecom Argentina, otorgada conforme al Decreto 62/1990¹⁴, ni –en consecuencia- se han cumplido por parte de Telecom Argentina los compromisos asumidos con el Estado Nacional para la prestación del servicio de telecomunicaciones. Ello así, por los motivos ya expuestos, que demuestran la violación de la letra y el espíritu del Decreto 62/1990¹⁵.

En adición a los requisitos previstos en el Reglamento aprobado por Decreto 764/2000, como ya fuera expuesto, resultan aplicables en la especie las disposiciones del mencionado Decreto 62/1990¹⁶, que debe ser interpretado a la luz de la Ley 23.696 y, en el actual contexto normativo, también del artículo 42 de la Constitución Nacional. La vigencia

¹² Tasa de control, fiscalización y verificación.

¹³ Resolución 10/1995 de la ex SECRETARÍA DE ENERGÍA, TRANSPORTE y COMUNICACIONES y sus modificaciones.

¹⁴ Y sus modificatorios.

¹⁵ Y sus modificatorios.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

de las disposiciones del Decreto 62/1990, aún después de dictado el Decreto 764/2000 y vencimiento del denominado período de exclusividad, además de ser la interpretación que legalmente corresponde y concuerda con la jurisprudencia administrativa de la SECOM, ha sido consentida por Telecom Italia y Telecom Italia International NV¹⁷

Debe tenerse especialmente en cuenta que la política de telecomunicaciones queda definida por la actividad privada en competencia y la actividad de regulación y control del Estado Nacional. Cuándo se produce una violación al marco normativo en el cual debe desenvolverse la actividad de los actores privados del mercado, el Estado Nacional debe intervenir con políticas activas que preserven la dinámica de desarrollo del sector y busquen una justa articulación entre los actores, atendiendo la necesidad de comunicación de la población (cfr. Comisión Interamericana de la Telecomunicaciones – Organización de los Estados Americanos – Unión Internacional Telecomunicaciones “Libro Azul – Políticas de Telecomunicaciones para las Américas” OEA/Ser.LXVII.6.5., 2005, páginas 7 y siguientes).

Siendo que el caso se refiere a las telecomunicaciones e involucra a las dos principales empresas del país prestadoras de tales servicios, debe tenerse especialmente presente al resolverse la cuestión planteada que el sector de las telecomunicaciones es estratégico para el desarrollo nacional por su doble carácter: como actividad en sí misma y como vehículo soporte de otras actividades económicas, sociales, culturales, etc. que tienen un rol estratégico en la economía y en el quehacer nacional en general. En los últimos años, a la luz de la importancia del sector de las telecomunicaciones en el quehacer nacional y siguiendo las directivas del Gobierno Nacional y en cumplimiento de la Constitución Nacional y las leyes, se han venido desarrollando diferentes medidas tendientes a lograr la actualización tecnológica, contar con un adecuado control y elaborar normativas que permitan una correcta prestación de servicios. De esta forma se propicia incorporar los avances científicos y tecnológicos, promover la participación de la comunidad y brindar oportunidades económicas a los sectores más relegados de la sociedad.

¹⁶ Y sus modificatorios.

¹⁷ Expediente N° S010: 200801/2003, del Registro del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA y SERVICIOS.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Como mero ejemplo de lo expuesto, cabe citar al Programa de la Sociedad de la Información, que resulta de imposible implementación sin una adecuada y competitiva red de telecomunicaciones. El citado programa aporta recursos tecnológicos a los efectos de generar empleo y aumentar la productividad, a partir del fortalecimiento de los Centros Tecnológicos Comunitarios (CTCs) que favorecen la inclusión social y contribuyen al desarrollo de las personas y sus comunidades. Dentro de su órbita de actividades se desarrollan programas, tales como: Desarrollo Microempresarial en la Sociedad de la Información (PRODEMISI) que es una herramienta de asistencia técnica y financiera dirigida al crecimiento de los emprendedores; Proyecto ATEDIS (Apoyo Tecnológico para la Discapacidad) que permite obtener herramientas y manuales en línea para facilitar la accesibilidad a todos los usuarios web; Proyecto Telesalud, con el fin de operar en los ámbitos normativos, de capacitación y financiamiento como facilitadores del desarrollo de la actividad, vinculada a la incorporación de las TICs (Tecnologías de la Información y la Comunicación) al escenario de la Salud; Proyecto Civitas que es una plataforma de aplicaciones y servicios en Internet, disponible para municipios, Centros Tecnológicos Comunitarios, Bibliotecas Populares y Hospitales.¹⁸

La infraestructura de las telecomunicaciones¹⁹ constituye un factor clave en la integración de los territorios de los países y la región. Adicionalmente, la creciente importancia de la información como parte de la producción de bienes y servicios hace que el desarrollo relativo del sector tenga una gran incidencia en los niveles de competitividad de la economía. El desarrollo de la misma permite que las personas que habitan cualquier territorio puedan acceder a una sociedad basada crecientemente en la información y el conocimiento. A partir de las telecomunicaciones, en su ya señalado doble rol como actividad en sí misma y como vehículo y soporte de otras industrias, se posibilita que la sociedad acceda a la información, la cultura, la educación, el entretenimiento, el comercio, el trabajo, entre otros. En ese sentido, la Agenda de Conectividad para las Américas elaborada en Quito, en el marco de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), rescata el derecho humano a la comunicación y por lo tanto, el deber por parte del Estado de garantizarlo.

¹⁸ Fuente: MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS; “Cuatro años de gestión – 2003-2007”, pg. 90.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Para la Argentina el desarrollo equitativo del sector, debido al rol fundamental de éste frente a la integración territorial, se torna prioritario si se considera el balance de los resultados a partir de los cambios en las telecomunicaciones en los últimos años. La reestructuración del sector durante la década de los '90 constituyó una de las transformaciones sectoriales más significativas en la Argentina. La misma coincidió con una reconversión que operó casi al mismo tiempo a escala global, con esquemas orientados a la privatización y competencia del servicio y con el involucramiento de diferentes instituciones internacionales multilaterales en este proceso. Sin embargo, esta transformación del sector generó un nuevo escenario en las distintas regiones y particularmente en la Argentina, fundamentalmente caracterizado por la brecha digital²⁰ existente hacia el interior del país. Esta brecha acentúa la separación entre las zonas urbanas y las rurales, la de ricos y pobres, la población con educación de aquella que no la tiene, y de esa manera, contribuye a la consolidación de un escenario territorial inequitativo.²¹

Las telecomunicaciones juegan un papel clave en el desarrollo social y económico y contribuyen a movilizar los recursos humanos y económicos del país. Es así que la SECOM es responsable de aplicar la legislación y reglamentación de conformidad con los principios del derecho y con su finalidad social y pública. Como órgano especializado sujeto al principio de legalidad, la autoridad regulatoria está facultada “para ejercer una amplia discreción en cuanto a elección de métodos para lograr los objetivos de la legislación de telecomunicaciones” (cfr. Comisión Interamericana de la Telecomunicaciones – Organización de los Estados Americanos – Unión Internacional Telecomunicaciones “Libro Azul – Políticas de Telecomunicaciones para las Américas” OEA/Ser.LXVII.6.5., 2005, página 11 y, especialmente, 13).

¹⁹ La infraestructura en telecomunicaciones se agrupa generalmente en tres grandes categorías: terminales (telefónicas e informáticas), redes y servidores.

²⁰ El término “brecha digital” se refiere no sólo a la diferencia entre los individuos, sino también entre grupos familiares, empresas y áreas geográficas que tienen o no la oportunidad de acceder a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y utilizarlas con fines diversos. Por otro lado, la brecha remite al acceso y también al uso y aprovechamiento inteligente de las TIC vinculado a la producción, comunicación, comercialización y administración. No pasa sólo por el aprendizaje de cómo usar las TIC, sino también por saber para qué usarlas.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

En línea con ello, el Estado tiene un papel esencial en la regulación del sector y en el cumplimiento de esa regulación. Y es esa regulación la que tiene el claro mandato de desmonopolizar un mercado estratégico como el de las tecnologías de la información y las comunicaciones. No resulta un secreto que la competencia ofrece beneficios como mayor eficacia, mejor satisfacción de las necesidades de los usuarios y mayor innovación. Permitir, en un sector como el analizado, la consolidación de una estructura monopólica significa atrofiar el libre acceso de la sociedad a la información y la innovación tecnológica. En la economía del conocimiento, aquella en la que el libre acceso a la información y los contenidos (a través de las TIC) sirve como medio catalizador para una mayor inclusión social y para reducir la brecha de desarrollo, permitir la consolidación de un monopolio es sinónimo de desincentivar la innovación y la diversidad de información a disposición de la sociedad, lo que lleva a mayor pobreza y atraso educativo y, por ende, económico.

Ante un monopolista, el consumidor ve reducidas sus opciones y carece de alternativas, mientras que en un régimen de competencia los actores del mercado se ven obligados a no retrasar la introducción de nuevas tecnologías. La existencia de monopolistas o de operadores supuestamente competidores que comparten accionistas influyentes posibilita la concertación de estrategias para impedir el ingreso de posibles competidores o eliminar a los existentes. Es aquí donde debe intervenir el Estado previendo mecanismos que impidan esa monopolización.

El Estado tiene siempre como fin servir a los intereses de los ciudadanos, incluidos su bienestar económico y la igualdad social. Si este mandato se combina con el claro objetivo del Estado Nacional de impedir la monopolización de un sector estratégico para la creación de infraestructuras del conocimiento, del fomento de la innovación, de la modernización de los sistemas educativos y de la mayor inclusión social, vemos que las autoridades se encuentran obligadas a sostener firmemente, a la luz de las normas ya citadas, que no existe lugar en el sistema argentino de las telecomunicaciones para la consolidación de una estructura monopólica como la que se encuentra bajo estudio.

²¹ Fuente de los dos párrafos anteriores: MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS, Avance 2008, “1816-2016, Argentina del Bicentenario – Plan Estratégico Territorial”, paginas 58 y 59.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

La existencia de normas que tienden a evitar la formación de monopolios es de vital importancia para una Nación, pero de igual importancia resulta la existencia de una autoridad regulatoria que aplique con firmeza y en pos de los intereses de la sociedad todos los mandatos contenidos en esas normas. De nada sirve legislar sobre el libre acceso de todos los ciudadanos a las TIC, a la información y a la infraestructura de las telecomunicaciones, sobre la lucha contra el analfabetismo y sobre una economía basada en el conocimiento si luego la autoridad encargada de hacer cumplir esas normas se queda de brazos cruzados ante la sombra del monopolio que cierra las puertas a las posibilidades verdaderas de desarrollo social e intelectual de los usuarios.

Los costos de permitir la consolidación de un monopolio en un área tan importante como la de las tecnologías de la información y las comunicaciones se esparcen por la economía toda de un país en su conjunto y no sólo por el mercado de las TIC. En un mercado en el que la innovación es de vital importancia y en el que el desarrollo de nuevas tecnologías se experimenta con una velocidad vertiginosa, poner un freno al desarrollo de actividades en libre competencia puede significar años y años de atraso que no harán otra cosa que agrandar la brecha de desarrollo y profundizar las diferencias entre “los que tienen” y “los que no tienen”.

V.3

Por otra parte, la normativa contiene disposiciones que vedan la existencia de negocios o vinculos societarios entre las licenciatarias, como previsión orientada a garantizar la competencia.

En ese marco, el artículo 20 del Decreto N° 264/98 establece expresamente la prohibición de las LSB de tener negocios comunes entre sí, prohibición que se erige como principio general en los términos del propio artículo.

La Operación en examen genera una vinculación entre ambas sociedades licenciatarias, ya que el accionista indirecto de Telecom Argentina (Telefónica de España) es a su vez accionista indirecto de Telefónica de Argentina S.A., y ello es suficiente para considerar vulnerada las disposiciones regulatorias aludidas.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Cabe reafirmar aquí que los artículos en trato se encuentran plenamente vigentes, en tanto instrumentan medidas necesarias para garantizar la competencia en el mercado, de acuerdo al mandato del artículo 42 de la Constitución Nacional. Por su parte, el Decreto 764/2000, como ya se ha visto en el punto V.1 de este informe, ha ratificado la vigencia de las obligaciones establecidas por el Decreto 264/1998 para las dos LSB, Telefónica de Argentina y Telecom Argentina.

En el caso en examen el Estado debe contemplar y proteger el interés económico general, así como también, tratándose de una empresa de servicios públicos, el que tienen los consumidores. Permitir las relaciones societarias a que da lugar la Operación atenta contra el desarrollo de las telecomunicaciones y es política del Gobierno Nacional considerar a ese sector como uno de aquellos que hacen a la infraestructura básica del país. Como ya fuera señalado por el Gobierno Nacional, con motivo de la Operación, en la República Argentina, lo único que puede limitar a las empresas y a los ciudadanos son la Constitución, la Ley y los actos que en consecuencia se dictan.

Es deber de las autoridades de aplicación y contralor de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades de su competencia, adoptar las medidas necesarias que propendan al mejor desarrollo de las telecomunicaciones en el país. En ese marco, la Operación en análisis constituye un escollo a tales fines.

V.4

Conforme fuera descrito al reseñar el marco regulatorio referido a la prestación del STM (para operar la primera y segunda banda en el interior), del SRMC (para operar en el Área Múltiple de Buenos Aires) y del PCS (a nivel nacional), las licencias otorgadas para prestar esos servicios contemplan similares limitaciones a las analizadas en los puntos V.1, V.2 y V.3, en el sentido que (i) los licenciatarios no pueden tener vinculaciones societarias directas o indirectas, debiendo cualquier cambio de control ser autorizado por la SECOM y (ii) que los licenciatarios no pueden acumular más de 50Mhz de ancho de banda en una misma área de servicio para la prestación de PCS, incluyendo lo asignado para la prestación del Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), STM y el Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE), considerando el espectro asignado a



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

la sociedad, a sus controladas o controlantes, directa o indirectamente, o a aquellas que posean una participación mayor al 30% de las acciones con derecho a voto.

En relación con estos extremos, cabe señalar que la Operación y la actitud de los licenciatarios, que no han requerido la autorización pertinente, implica una violación del marco regulatorio aludido.

En efecto, se advierte sin dificultad alguna que las condiciones establecidas en los marcos regulatorios pertinentes resultan violadas por la Operación atento a la suma de ancho de banda y licencias para prestar los servicios de PCS, STM y SRMC en cabeza de dos licenciatarias que tienen fuertes vínculos societarios entre sí.

Ello, sumado a los especiales vínculos societarios de las licenciatarias controladas por Telefónica de España y Telecom Italia, genera de modo evidente y de manera razonable la existencia de una situación que puede restringir, impedir o distorsionar la libre competencia o dar lugar a un abuso de la posición dominante, situación claramente contraria a la letra del artículo 4º del Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) (aprobado por el artículo 1º del Decreto 266/1998) y de los fines de su dictado –ya reseñados oportunamente con mención a los considerandos de la norma aludida- según los cuales resultaba esencial garantizar el principio de competencia sana y leal por el que ‘nadie puede competir contra sí mismo’, estableciéndose –de ese modo- la consecuente obligatoriedad de que quien vaya a prestar servicios de PCS no participe ni decida en las acciones de sus competidores.

V.5

El servicio de telecomunicaciones que brindan Telecom Argentina y Telefónica de Argentina S.A. –por sí o a través de sus sociedades vinculadas- requiere de la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas. Conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas, como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público (Fallos 327:4969 y 322:2750).



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

También establece el decreto 764/2000 en sus considerandos que el espectro es un “bien considerado como patrimonio común de la humanidad” y que el Estado Nacional debe “administrarlo dinámicamente, de la manera más eficaz, eficiente y racional posible, a fin de que su atribución y uso por parte de los usuarios permitan el mejor aprovechamiento posible en beneficio de los ciudadanos, adaptándose a las diferentes etapas de la evolución tecnológica”.

Por ello, teniendo en cuenta que se trata de un bien escaso, ha sido razonable que el Estado imponga límites a la cantidad de Mhz de la que puede ser titular un mismo grupo económico.

De allí que el punto 4.2.1 del Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) establece: “A los efectos de evitar la concentración de espectro radioeléctrico en pocas empresas en un mismo sitio geográfico, ningún prestador podrá ser titular de un ancho de banda superior a CINCUENTA Megahertz (50 Mhz) en una misma área de servicio para la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS), incluyendo lo ya asignado para el Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC), el Servicio de Telefonía Móvil (STM) y el Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE). Para el cómputo de lo dispuesto en el presente artículo se tomará en cuenta el área geográfica del servicio de menor cobertura. A los efectos del presente artículo se considerará el espectro asignado a la sociedad, a sus controladas o controlantes, directa o indirectamente, o aquellas que posean una participación superior al TREINTA POR CIENTO (30%) de las acciones con derecho a voto. Esta limitación tampoco podrá ser vulnerada mediante la constitución de uniones transitorias de empresas, o bajo cualquier otra forma jurídica.”

A los efectos de esa norma, debe considerarse que, como consecuencia de la Operación, Telecom Argentina y Telefónica de Argentina S.A. pasaron a formar parte de un mismo grupo económico. Ello así, ya que Telecom Argentina se encuentra bajo el control de Telecom Italia, la que a su vez es controlada por Telefónica de España; y esta última controla a Telefónica de Argentina S.A.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

En lo que aquí interesa y respecto del servicio STM, mediante la Resolución 11/95 de la Secretaría de Energía, Transporte y Comunicaciones de la Nación y la Resolución 149/07 de la SECOM, se otorgó a Telecom Personal S.A. (**Personal**) la licencia para prestar el servicio STM en la segunda banda de frecuencia (Banda A) en al Área I (Norte del País). Asimismo, mediante la Resolución 35/96 de la Secretaría de Energía, Transporte y Comunicaciones de la Nación y la Resolución 106/07 de la SECOM, se otorgó a Telefónica Móviles Argentina S.A. (**Movistar**) la licencia para prestar el servicio STM en la segunda banda de frecuencia (Banda A) en al Área III (Sur del País).

En lo que respecta al servicio PCS, (i) la Resolución 18329/99 de la SECOM autorizó a Movistar el uso de la banda de frecuencia BB' para la prestación del servicio en el Área I y la Resolución 18925/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación autorizó a Personal el uso de la banda de frecuencia DD' para la prestación del servicio en el Área I; (ii) la Resolución 18325/99 de la SECOM autorizó a Movistar el uso de la banda de frecuencia BB' para la prestación del servicio en el Área II, la Resolución 18324/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación autorizó a Personal el uso de la banda de frecuencia BB' para la prestación del servicio en el Área II, la Resolución 18493/99 de la SECOM autorizó a Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. (**Movicom**) el uso de la banda de frecuencia CC' para la prestación del servicio en el Área II, y la Resolución 18494/99 de la SECOM autorizó a Miniphone S.A. el uso de la banda de frecuencia DD' para la prestación del servicio en el Área II; y (iii) la Resolución 18914/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación autorizó a Movistar el uso de la banda de frecuencia DD' para la prestación del servicio en el Área III, la Resolución 18328/99 de la SECOM autorizó a Personal el uso de la banda de frecuencia BB' para la prestación del servicio en el Área III, y la Resolución 18327/99 de la SECOM autorizó a Movicom el uso de la banda de frecuencia BB' para la prestación del servicio en el Área III.

En cuanto al servicio de SRMC, mediante Resolución 18952/99, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 20 del Decreto 264/98 que estableció que “a efectos de garantizar una efectiva competencia a partir de la finalización del período de transición, las LSB no podrán tener negocios comunes entre sí, a cuyo fin deberán haber escindido los que actualmente compartieren”, la SECOM autorizó la escisión de Miniphone S.A. y otorgó a Telecom y a Movistar una licencia para la prestación del servicio SRMC en el Área II.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

En lo aquí interesada, mediante Resoluciones 268/2004, 156/2005 y 343/2005, la SECOM aprobó la compra de Movicom por parte de Telefónica Móviles S.A., que actualmente opera como Movistar.

A resultas de ello, sumando los servicios de STM, PCS y SRMC, se excede el límite de 50 Mhz mencionado en el punto 4.2.1 del Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) en las Áreas I, II y III, además de generarse una superposición de licencias entre licenciatarios que tienen incuestionables y significativas vinculaciones societarias entre sí, a tenor de lo que claramente surge de la Resolución 04/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Este factor refuerza de modo indudable el carácter contrario al marco regulatorio de la Operación examinada.

En tal sentido, el Decreto N° 1461/93 regula el servicio de Telefonía Móvil, estableciendo en su punto 16.3 que los socios integrantes de la sociedad proponente, así como sus compañías controlantes o controladas, no podrán participar en más de una propuesta para la misma área de explotación y que las empresas que asistan a licenciatarios de una banda o formen parte de sus sociedades, no podrán integrar o asistir a sociedades que operen la banda en competencia. Se observa que, en el cumplimiento del mandato de la Ley de Reforma del Estado, se establecen, para la telefonía móvil, iguales criterios de separación e independencia de los licenciatarios que los establecidos para la telefonía fija.

En igual sentido, el Decreto N° 264/98 aprueba el Reglamento General de Comunicaciones Personales, o PCS. En él se establece que, con el objeto de garantizar el funcionamiento de un mercado de telecomunicaciones abierto y competitivo en el mercado de telefonía inalámbrica, y de evitar toda conducta que pudiera restringir, impedir o distorsionar la libre competencia o dar lugar a un abuso de posición dominante en la misma, la SECOM podrá declarar inadmisibles las ofertas cuando estime que, de los antecedentes societarios, comerciales y de las alianzas estratégicas nacionales y/o internacionales del oferente, surja razonablemente la existencia de tales situaciones atentatorias de la libre competencia.



*Ministerio de Planificación Federal,
Inversión Pública y Servicios
Secretaría de Comunicaciones*

Asimismo, se estipula que ninguna persona podrá tener participación directa o indirecta en más de 2 prestadoras de servicios móviles dentro de una misma área de servicio, incluyendo PCS, el STM y el SRMC (4.2.3). La vigencia de estas restricciones está establecida en el numeral 4.4 del Reglamento de referencia, en tanto aclara que las limitaciones, a efectos de dar cumplimiento a los principios enunciados, no podrán ser alteradas por medio de la cesión de acciones o de la licencia, o cualquier otro mecanismo.

En la Operación bajo examen, se observa que la participación de Telefónica de España en Telecom Italia generaría una participación indirecta de Telefónica de España en Personal y en Movistar, las que son prestadores de servicio móvil con idénticas áreas de servicio. La Operación, por tanto, genera una titularidad común de uno de los socios de las empresas controlantes en dos de las empresas celulares en operación en Argentina, lo que contradice las condiciones de otorgamiento de las licencias para dichas operaciones celulares.

- VI -

CONCLUSIONES

Por las razones expuestas, se concluye que la Operación resulta violatoria del marco regulatorio aplicable a las telecomunicaciones, por cuanto implican la vulneración del grupo normativo que conforma el marco regulatorio de las telecomunicaciones.

Finalmente, el Estado no puede convalidar una operación que atenta contra la libre elección y la sana competencia.

Sin otro particular, lo saludo muy atentamente.

AL SR. VOCAL
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
SR. HUMBERTO GUARDIA MENDONCA.
S / D