

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL ART. 11 DEL PROYECTO DE LEY DE
FOMENTO DE DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA Y LA COMPETENCIA DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (TICS.)**

El art. 11 del proyecto de ley denominado "FOMENTO DE DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA Y LA COMPETENCIA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (TICS.)" incursiona en materia de contenidos al procurar establecer una regla de competencia en su comercialización.

Pareciera que se pretende tanto como evitar que actores del mercado de televisión por suscripción, que conforme el proyecto involucrará tanto a la televisión por vínculo físico y/o radioeléctrica (televisión por cable), como a la televisión satelital, conforme la definición que se establece a partir de la modificación que se propone de los arts. 6° inc. c), y 10 de la Ley 27.078, que debería completarse con la de los llamados OTT, de creciente preferencia como vector de difusión de contenidos (p.e. Netflix), pudieran distorsionar el mercado de los contenidos, sobre todo cuando se pudieran verificar vinculaciones verticales entre productores de contenidos y prestadores de servicios de radiodifusión por suscripción. Sin embargo, de ser esa la perspectiva, se está obviando el importante rol que como netos proveedores de contenido nacional y local son los canales de televisión abierta.

Antes de ingresar al análisis puntual de la norma, cabe referir los antecedentes en nuestro país.

La Ley 22.285 – de Radiodifusión – contempló como “servicio complementario de radiodifusión” el servicio de antena comunitaria, que se autorizaba a prestar – y generalmente así se hizo – en forma simultánea con el servicio de circuito cerrado comunitario. Esto es, las licencias otorgadas comprendían ambos servicios y de tal modo se imponía a la televisión por cable “subir” las señales de los canales de aire en su área de cobertura primaria. Así, se constituía una obligación de *must carry*¹, que era de interés para los “cableeros” pues era el contenido que requerían las audiencias, y a la vez funcionaba como una norma de protección para la televisión de aire.

La ley 26.522 estableció en forma más explícita la obligación de *must carry* al establecer en el art. 65 inc. d), que *“Los servicios de televisión por suscripción no satelital deberán incluir, sin codificar, las emisiones de los servicios de televisión abierta de origen cuya área de cobertura coincida con su área de prestación de servicio”*. En cambio no estableció semejante obligación respecto de la televisión satelital. Esta norma se completaba con la previsión contenida en el art. 3° de la Resolución AFSCA 296/10, al disponer sobre la conformación y ordenación obligatoria de las grillas de programación de los servicios de comunicación por suscripción fija y satelital, que disponía que *“De no existir acuerdo de retransmisión por cuestiones económicas entre el titular de **cualquiera de las señales precitadas** y el titular de cualquier servicio de televisión por suscripción, este último no podrá excusarse de transmitir la señal en cuestión si la misma le es entregada por su titular sin*

¹ El término *must carry* (deber de llevar) se entiende como la obligación de los prestadores del servicio de televisión por suscripción por vínculo físico o satelital, de incluir en su grilla de programación a ciertos canales de televisión abierta.

Esa obligación se correspondería con el *must offer* (deber de ofrecer), que es la obligación de las emisoras de televisión abierta de poner a disposición de los licenciarios prestadores de televisión por suscripción.

cargo alguno." (el destacado me pertenece). Vale decir que instalaba la presunción de onerosidad de las señales de los canales de aire, aún de los que emitían en su zona de cobertura. De tal manera el titular de la señal, a falta de un acuerdo económico, tenía la facultad unilateral de ofrecerla gratuitamente, en cuyo caso el prestador del servicio por suscripción tenía la obligación de subir esa señal. Además está decir que ello daba lugar a diversas especulaciones por parte de los servicios de cable a la hora de negociar la retribución, pues la ecuación le era favorable desde que los servicios de televisión abierta, siendo los productores de los contenidos más apreciados por la audiencia, sólo contaban con la emisión de publicidad para sostener los costos, aportando el 40% del visionado, no accederían al público suscripto al cable.

La reforma introducida a las leyes 26.522 y 27.078 por el Decreto 267/15, excluyó a la radiodifusión por suscripción por vínculo físico o radioeléctrico del régimen de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, y pasó a regularla como un servicio de tecnología de las comunicaciones y la información (TIC).

De tal forma se generó un vacío regulatorio en puntos a las obligaciones de must carry/must offer, que fue contemplado por el REGLAMENTO GENERAL DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN MEDIANTE VINCULO FÍSICO Y/O RADIOELÉCTRICO (aprobado por la Resolución ENACOM 1394/16), que en su art. 12 dispuso *que Los titulares de Licencia Única Argentina Digital con registros de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico y/o radioeléctrico deberán garantizar conforme el principio de*

neutralidad de la red en cada Área de Cobertura autorizada: (...) c.- La inclusión, sin codificar, de las emisiones de los servicios licenciatarios de televisión abierta de origen cuya área de cobertura coincida con el Área de Cobertura del servicio.

La obligación de “garantizar”, en tanto equivalente a “asegurar”, presupone la de realizar lo necesario para incorporar las señales de televisión abierta, asumiendo su onerosidad, máxime por el carácter comercial de la radiodifusora televisiva.

Este concepto fue receptado y especificado por la Resolución ENCOM 5160/17, aclarando la situación al disponer que. *La inclusión de las señales correspondientes a los servicios licenciatarios de televisión abierta, previstos en el Artículo 12, inciso c) del reglamento aprobado por Resolución N° 1.394-ENACOM/16, quedará sujeta a las condiciones convenidas entre las partes. Su puesta a disposición en forma gratuita por parte del titular de la licencia del servicio de televisión abierta generará la obligación de su inclusión. (art. 1°)*

Este panorama normativo se debe completar con algunos datos de la realidad de la industria de la televisión en general.

- (i) Por un lado la penetración de la televisión por suscripción llegó a porcentajes superiores al 90% de los hogares.
- (ii) Las señales nacionales de televisión de aire y las de noticias se convirtieron en protagonistas absolutos de esa nueva televisión. Sólo las señales de aire de Capital Federal impactan hoy, en el visionado total del cable en valores superiores al 40%.

Es que los canales de televisión abierta se han convertido en los principales, por no decir únicos, productores nacionales de los contenidos de la televisión por suscripción.

El artículo que se analiza, no obstante ser correcto en su expresión, resulta insuficiente a los efectos de promover la otra infraestructura implicada, que es la infraestructura de los contenidos nacionales, de la producción local, y más trascendente aún la de pluralidad de expresiones, base del sistema característico de un república democrática.

En este escenario se impone reafirmar el derecho de los canales de aire a percibir una contraprestación equitativa y no discriminatoria por los contenidos que integran sus señales, asegurando el acceso a las audiencias, cualquiera fuera el vector que adopten. En este sentido debe tenerse en cuenta que la televisión abierta se encuentra estrechamente comprometida con un haz de derechos y valores compartidos, tales como el derecho a recibir información, la libertad de expresión, la pluralidad que hace al desarrollo del estado de derecho, el federalismo comunicacional, para lo cual se propende al desarrollo de una industria nacional de contenidos.

Ciertamente que ese derecho de los canales de aire debe modularse en función de las características de cada uno de ellos.

En este sentido, en el caso de los canales En el caso de los canales que tienen como área de cobertura la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, las empresas prestadoras de televisión por suscripción – satelitales o por cable - que sirven el 90 % de la población a nivel nacional, y que proveen el 40% del visionado de la industria de la televisión por suscripción, resultaban

discriminadas en su retribución por cuanto se alegaba a su favor el *must carry* y la consecuente obligación de subir esas señales, y por tanto los habitantes de esas zonas no computaban a la hora de contabilizar los abonados en base a los cuales se fija normalmente la provisión de señales. Ello implica una clara discriminación de los canales locales respecto de otras señales, en especial las extranjeras, que paradójicamente aunque tienen un visionado infinitamente menor, se les pagaba un precio muy superior considerando la totalidad de los abonados en el país. Debe tenerse en cuenta que si bien la recepción de las señales de televisión abierta es gratuita, la generación de los contenidos de esas señales tiene un costo. Por lo demás, se trata de la disposición e derechos de propiedad intelectual, y lo que ello implica en cuanto a los derechos patrimoniales derivados de su explotación.

Ciertamente que los avances en la concepción regulatoria respecto del *must carry*, reconociendo el derecho a una retribución por la incorporación en las grillas de los prestadores de televisión por suscripción, como surge de las Resoluciones ENACOM 1394/16 y 5160/17, requiere que la satisfacción del interés público implicado en la recepción sin limitaciones de las señales abiertas, imponga no sólo el deber de incluirlas en las grillas de los servicios por suscripción, sino la de hacerlo mediante una contraprestación acordada entre las partes, y que a falta de acuerdo deba ser la autoridad de aplicación la que laude fijando un precio a valor de mercado.

Esta situación que afecta a los canales con cobertura en Capital Federal y Gran Buenos Aires, también se refleja en los canales del interior, quizás con otras particularidades y donde la transmisión de las teleradiodifusoras locales

proveen contenidos propios de su zona de cobertura, pero que por la penetración que ha adquirido la televisión por suscripción, especialmente la satelital, ven cercenadas sus posibilidades de acceder a la audiencia de la comunidad a la que sirven. Estos también realizan esfuerzos de producción proporcionados, claro está, a su dimensión. Hoy se ven ante la inminencia del ingreso de las incumbentes telefónicas, al habilitar las para prestar servicios de televisión satelital, corren el riesgo cierto de ser borradas de las grillas, como hoy lo están respecto de DirecTV, ante lo cual se invoca una inexistente imposibilidad técnica de cumplir con el *must carry*².

En conclusión, se hace necesario afianzar claramente este principio protector de la televisión abierta como proveedor por excelencia de señales con contenido nacional, periodístico y de realidad nacional cumpliendo con exigentes parámetros de contenidos, que la gran mayoría de las señales que integran la grilla de la televisión por suscripción no tienen.

Este cambio de paradigma en la obligación de *must carry* impone preservar este principio de onerosidad con garantía unilateral de presencia y que en caso de no acordarse condiciones comerciales, corresponde al regulador la resolución del conflicto.

Como ocurre en cierta legislación comparada (EE.UU, España; por ejemplo), caben las distinciones. Las modulaciones respecto de ciertas emisoras abiertas, como las comunitarias de baja potencia, que carecen de acceso al

² Respecto de la incorporación de los canales de televisión abierta a la grilla de televisión por suscripción satelital, no puede verse limitado a la ubicación del up link (enlace ascendente) de la prestadora satelital, tal como lo preveía el art. 1°, inc, c) 5 de la Resolución AFSCA 296/10. En efecto, en la legislación comparada se impone la obligación de instalar dispositivos que permitan conmutar en forma simple la recepción de señales satelitales y de televisión abierta.

must carry, o bien ciertas señales públicas, en las que el *must carry/must offer* gratuito rige plenamente.

En tal sentido, y en relación al proyecto que nos ocupa, en general, estamos de acuerdo con el primer párrafo del art. 11. Obviamente ante reciente sanción de una nueva Ley de Defensa de la Competencia, Ley 27.442, cabría ajustar la referencia normativa.

Nos parece que el segundo párrafo resulta ambiguo y deja un muy amplio margen de discrecionalidad a la reglamentación. Por lo demás, resulta extraña la expresión relativa al favorecimiento de los "nuevos operadores", clara referencia a las incumbentes telefónicas, en tanto beneficiarias de la equiparación en materia de televisión por suscripción a la que se orienta el proyecto, siendo que incuestionablemente verán acrecentado su estatus de actores con poder dominante de mercado. No resulta, entonces comprensible esa equiparación con las Pequeñas y Medianas Empresas y Cooperativas.

En definitiva, se estima que la ley debe contemplar con precisión que el *must carry*, como obligación de los prestadores de los servicios de TIC de televisión por suscripción respecto de las señales de televisión abierta, es por principio onerosa, esto es que dicha obligación subsiste aun cuando no exista acuerdo sobre la contraprestación por la provisión de la señal, y que en caso de conflicto, toca a la ENACOM u organismo que lo reemplace, establecer una justa y equitativa retribución a valor de mercado, considerando parámetros tales por ejemplo como visionado (rating), valores de señales extranjeras entre otros estándares. Quedará a juicio de cada radiodifusor adoptar la

solución que mejor cuadre a sus intereses, pero en cualquier caso debe regir la garantía de emisión que ya se prevé en la regulación.

Debe tenerse en cuenta que la modulación que se propone ha sido contemplada en la legislación extranjera, y que proporcionan soluciones que obviamente se debe adaptar a nuestra realidad nacional.