



ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES

Resolución 221/2021

RESOL-2021-221-APN-ENACOM#JGM

Ciudad de Buenos Aires, 27/02/2021

Visto el expediente EX-2021-17115383- -APN-SDYME#ENACOM, la Ley N° 27.078; los Decretos N° 62 del 5 de enero de 1990; N° 1185 del 22 de junio de 1990; los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 267 del 29 de diciembre de 2015, N° 690 de fecha 21 de agosto de 2020 y,

CONSIDERANDO

Que por el DNU N° 267 de fecha 29 de diciembre de 2015, se creó el ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM), ente autárquico y descentralizado, como Autoridad de Aplicación de las Leyes N° 27.078 y N° 26.522, sus normas modificatorias y reglamentarias, asumiendo las funciones y competencias de la ex AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y de la ex AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

Que la Ley "Argentina Digital" N° 27.078, mediante el Título IX prevé el Régimen de Sanciones aplicable a los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios de TIC).

Que específicamente por el artículo 63 pone en cabeza de este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES la reglamentación del Régimen Sancionatorio de conformidad con los principios y disposiciones en ella previstos.

Que mediante Decreto N° 1060 de fecha 21 de diciembre de 2017 se delegó en el entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN la facultad de dictar el Reglamento de Sanciones previsto en el referido artículo 63 de la Ley N° 27.078, en carácter sustitutivo de las normas aprobadas por Decreto N° 1185/1990 citado en el visto, sus modificatorios y complementarios.

Que hasta la fecha dicha reglamentación no ha sido aprobada, por lo que en materia de régimen sancionatorio se siguen utilizando institutos regulados por las disposiciones contenidas en los Pliegos de Bases y Condiciones aprobados por los Decretos N° 62/1990 citado en el visto (Capítulo XIII) y sus modificatorios; N° 1461 del 8 de julio de 1993 (que ratifica la Resolución MEyOSP 575/93 dispuesto en su artículo 14), , el Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) aprobado por Resolución de la ex SECRETARÍA DE COMUNICACIONES N° 60/1996 (artículo 16) en su texto ordenado dado por Decreto N° 266 del 10 de marzo de 1998; el Reglamento de Comunicaciones Móviles de Avanzada (SCMA) aprobado por Resolución de la ex SECRETARÍA DE COMUNICACIONES N° 37 del 4 de julio de 2014 (artículo 18); estos últimos con referencia al Régimen genérico establecido en el Decreto N° 1185/1990 (Capítulo IX); todos con sus respectivas normas modificatorias y concordantes, entre otros Reglamentos, que remiten al régimen sancionatorio vigente.



Que el artículo 35 del Decreto N° 1185/1990 establece que "...El régimen de penalidades aplicable a las Sociedades Licenciatarias, a las Sociedades Prestadoras de Servicios Internacionales (S.P.S.I.) y a las Sociedades de Servicios en Competencia (S.S.E.C.) es el establecido en el Anexo I del Decreto N° 62/90 y sus modificatorios".

Que el artículo 38 del Decreto 1185/1990 fija las infracciones a la normativa aplicable en los términos de las licencias o permisos respectivos cometidas por los sujetos no comprendidos en el artículo 35, estando sometidos, el resto de los prestadores, a las sanciones que se indican en el mismo artículo 38.

Que el artículo 67 de la Ley 27.078 establece que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esa norma, sus reglamentaciones, las licencias, autorizaciones o permisos de uso, dará lugar a la aplicación, entre otras, de la sanción de multa.

Que el Régimen sancionatorio vigente dispone topes al monto de las infracciones, advirtiendo, en particular, que el inciso j) del artículo 38 del Decreto N° 1185/1990 establece que "...Las multas no excederán de TRES MILLONES (3.000.000) de pulsos por infracción y que, cuando se hubiese persistido en la conducta infractora pese a la intimación que cursara la ex COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, o la infracción tuviere grave repercusión social, dicho máximo se elevará a DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL (12.500.000) pulsos".

Que, en particular, respecto de los Servicios TIC, los parámetros establecidos en el Régimen sancionatorio vigente en el Decreto N° 1185/1990 ya citado y sus modificatorios, fijaban el monto de las multas utilizando el Pulso Telefónico o la Unidad de Tasación como dispositivo de medida.

Que dicho régimen sancionatorio mantiene un esquema punitivo con valores de sanciones en torno a las obligaciones establecidas en el marco normativo dispuesto para la privatización de la ex ENTEL.

Que el valor del Pulso Telefónico se ha mantenido invariable desde el año 1999 en su equivalente en PESOS CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE DIEZMILÉSIMOS (\$0,0469), de acuerdo con la actualización tarifaria dispuesta por Resolución SC N° 2925 del 3 de noviembre de 1999.

Que dicha unidad de tasación ha quedado desactualizada, pues ya no importa un parámetro obligatorio para la tasación y facturación de las comunicaciones de voz por parte de las empresas prestadoras de telefonía fija.

Que en ese escenario, y atendiendo la aplicación literal del Régimen de Procedimiento Administrativo con sus vías recursivas y posteriores eventuales controversias judiciales; la imposición de penas pecuniarias por incumplimientos a la normativa vigente, aun cuando las conductas sancionadas tuvieran consecuencias de grave perjuicio social, al momento de su ejecución se torna insignificante para los actores sancionados.

Que en este entendimiento resulta oportuno modificar los parámetros establecidos y vigentes hasta el momento, para la fijación de los montos de las multas dispuestas, ante el incumplimiento a la normativa vigente por parte de los prestadores de Servicios TIC, toda vez que los mismos han devenido obsoletos e inconsistentes con la dinamización comercial del sector en los años transcurridos desde la última actualización de la Unidad de Tasación utilizada para la graduación de las sanciones de multa en el Régimen del Decreto N° 1185/1990.



Que con el dictado del referido Decreto N° 1060/2017, por vía de Decreto, el Poder Ejecutivo Nacional se avocó las competencias dadas por Ley N° 27.078 a este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES y las delegó al entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN de la Nación; competencias que a la fecha no han sido ejercidas.

Que existen precedentes doctrinarios y jurisprudenciales que rechaza esta avocación, razón por la cual, podría ser tachado de inconstitucional.

Que, en primer término, cabe mencionar la postura de Gordillo, quien considera que la avocación no procede respecto de los actos de los entes descentralizados, porque violenta su misma razón de ser.

Que este mismo autor entiende asimismo que la avocación presupone una relación de jerarquía que no existe entre los órganos de la administración central y los entes descentralizados.

Que por su parte, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN sostuvo que “El fundamento jurídico de la avocación se encuentra en la potestad jerárquica, por lo que descarta la admisión del instituto en las relaciones entre las entidades descentralizadas y el jefe de la Administración, por cuanto allí no hay técnicamente una completa jerarquía sino tan sólo control administrativo de tutela (conf. Dict. 86:105; 166:397; 222:144)” (Dictamen 244:510).

Que también ha sostenido que “Los entes autárquicos tienen una personalidad absolutamente distinta y diferente de la Nación, de lo que se deriva que no se configura una relación jerárquica entre la Administración Central y las entidades autárquicas, pues la jerarquía consiste en una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo. Si bien los organismos autárquicos resultan supervisados por el Estado a través del control administrativo, dicha supervisión no se ejerce en virtud de una relación jerárquica. (Dictamen PTN 245:38)”.

Que tal postura ha sido confirmada al expresarse que “El instituto de la avocación precisa de la existencia de una relación administrativa jerárquica, la que no se da entre la Administración central y los entes autárquicos. La avocación no sólo es improcedente cuando una norma lo prohíbe sino también cuando la competencia resulta atribuida al órgano en virtud de una idoneidad específica.” (Dictamen PTN 283:211).

Que a la luz de lo ut supra expuesto, y sin perderse de vista que el Decreto citado no resulta modificadorio de la Ley N° 27078, en atención a la manda prevista en la Ley N° 27.078, habiendo sido la voluntad expresa del legislador, le compete a este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES, en su carácter de Autoridad de Aplicación, aprobar la reglamentación del Régimen de Sancionatorio que por el artículo 63 de la citada Ley se delega.

Que el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones constituye en la actualidad uno de los de mayor dinamismo e innovación, demandando su actividad un nuevo análisis en la aplicación del régimen de graduación de penalidades vigente.

Que en atención a la situación en la que se encuentra la evolución del sector, y la concepción que persigue la presencia de un Estado inteligente en materia regulatoria, resulta oportuno realizar un cambio de valoración de la normativa vigente, revisando e introduciendo modificaciones que resulten razonables, readecuando el mencionado marco de proporcionalidad que debe existir entre las faltas cometidas y la sanción que corresponda aplicar.



Que el ejercicio de la potestad sancionatoria es otorgado a organismos concretos creados especialmente y dotados de una competencia técnica específica y exclusiva indispensable para el ejercicio de sus funciones, que se sustenta en la idoneidad técnica del propio organismo, de su estructura, de sus medios, de sus funcionarios y de su personal.

Que este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES como Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27.078, es competente para determinar la graduación de las sanciones que deban aplicarse por violaciones o infracciones a la misma, su reglamentación y normas complementarias.

Que en la graduación de los montos de las sanciones de multa, el Régimen vigente establece una relación que eleva su cuantía en los casos en los cuales se verifique la persistencia en la conducta infractora pese a la intimación que cursara la Autoridad de Aplicación o la infracción tuviere grave repercusión social; y que dentro del máximo establecido, podrían aplicarse multas por cada día en que persista el incumplimiento de la obligación.

Que la misma Ley N° 27.078 determinó las causas a considerar a los fines de evaluar la graduación de las sanciones de las cuales son pasibles los prestadores de Servicios TIC, disponiendo en su artículo 70 las situaciones ponderadas como agravantes del obrar indebido, mas no estableció un parámetro a seguir.

Que siguiendo ese temperamento, el nuevo Régimen de Sanciones para los Servicios de TIC que se aprueba en la presente, merita la graduación de los montos de las multas teniendo en cuenta esos mismos parámetros legales, como así también, la pertinencia de aplicar multas por cada día en que los prestadores sancionados persistan en su conducta infractora.

Que la organización adoptada por los entes autárquicos supone la constitución de una entidad separada, con autoridades, poderes y responsabilidad propias, pero unida sin embargo a la Administración Central, no por una relación de jerarquía sino por una relación de control administrativo.

Que a este respecto la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, ha sostenido que “Los entes reguladores de los servicios públicos son entidades autárquicas que forman parte de los cuadros de la Administración Pública, que no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional; el control que éste ejerce sobre ellos es administrativo o de tutela –por oposición al control jerárquico-, el que no alcanza a las cuestiones de naturaleza técnica encomendadas exclusivamente a los entes reguladores en función de su idoneidad técnica, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad. (Dictamen PTN 239:115).

Que corresponde tener presente que en materia de Servicios de TIC, las tareas de control y fiscalización se encuentran en cabeza de este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES.

Que la razonable amplitud que ostentan las autoridades de control para apreciar los complejos factores y datos técnicos que entran en juego en la materia de que se trate, y la necesidad de que tal autoridad disponga de los medios indispensables para salvaguardar los fines que le son propios y el bien común específico ínsito en ella, ha sido reconocida asimismo por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Fallos 296:183).



Que la instancia de alzada en los términos de los Artículos 96 y 100 del Decreto N° 1.759 de fecha 3 de abril de 1972 (texto ordenado 2017) procede a opción del interesado, pudiendo el prestador, en caso de considerar vulnerado algún derecho, iniciar la acción judicial pertinente sin necesidad de permanecer en la instancia administrativa, circunstancia que rara vez se verifica en la práctica.

Que en tal sentido, la práctica administrativa ha demostrado que la persistencia en sede administrativa en función de las sanciones impuestas es al solo efecto dilatorio, tornando ilusorio el efecto ejemplificador de la sanción y deviniendo eventualmente ineficaz.

Que la experiencia indica que prácticamente la totalidad de las multas impuestas por la Autoridad de Aplicación son recurridas por los licenciarios de Servicios de TIC y que, efectuado el control de tutela pertinente, tales actos no han sido revocados.

Que en la práctica administrativa se verifica, asimismo, que una vez firme el acto administrativo que impone una multa, los prestadores de Servicios de TIC, en un gran número de casos, no sólo se someten voluntariamente al pago sino, y sobre todo, sin cuestionar la legitimidad del acto en instancia judicial posterior.

Que en ese contexto, la utilización por parte de los prestadores de las disposiciones aludidas tiene un efecto meramente dilatorio y no como herramienta de defensa de sus intereses en el legítimo ejercicio de sus derechos.

Que el derecho a recurrir una sanción bajo ningún aspecto puede significar un beneficio para quien ha incurrido en una conducta reprochable desde el punto de vista de la ley y en virtud de la tutela en su cumplimiento que se lleva a cabo desde los Organismos de control.

Que así, el pago previo de la multa impuesta por la Autoridad de Aplicación como requisito para acceder al recurso de alzada, resulta necesario a los fines de desalentar prácticas dilatorias, acortar los tiempos de sustanciación de los recursos y agilizar el trámite de los reclamos efectuados por los usuarios y usuarias; además de lograr eficiencia en los mecanismos de control y fiscalización.

Que situación análoga se suscitó en la regulación del servicio público del gas, en el cual, habiéndose verificado en los hechos dilaciones en el cumplimiento de las sanciones, y en el entendimiento de que ello desnaturalizaba el efecto ejemplificador y preventivo de nuevas conductas disvaliosas, se consideró que resultaba indispensable garantizar el oportuno ejercicio del derecho de defensa, pero desalentando presentaciones meramente dilatorias y asegurando el cumplimiento efectivo de la función sancionatoria; lo que ameritó la modificación de la reglamentación del marco regulatorio del servicio (Decreto N° 692 de fecha 18 de mayo de 1995, modificatorio de la reglamentación de la ley 24.076, aprobada por el Decreto N° 1738 de fecha 18 de septiembre de 1992).

Que la medida que se propicia no implica por sí misma afectación patrimonial alguna ni cuestionable por parte de los prestadores, pues se articula sólo en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Que han tomado intervención las Direcciones Nacionales de este Organismo con competencia en la materia.



Que el Servicio Jurídico permanente de este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES ha tomado la intervención de su competencia.

Que han tomado la intervención pertinente el Coordinador General de Asuntos Ejecutivos y el Coordinador General de Asuntos Técnicos, conforme lo establecido en el Acta N° 56 del Directorio del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES, de fecha 30 de enero de 2020.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley N° 27.078, el DNU N° 267/15; el DNU N° 690/2020; las Actas N° 1 de fecha 5 de enero de 2016 y N° 56 de fecha 30 de enero de 2020 del Directorio del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES

Que las circunstancias ut-supra detalladas dan mérito suficiente para que la presente medida se adopte con carácter urgente "ad referéndum" de aprobación del Directorio de este ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES de conformidad con la facultad delegada en el punto 2.2.12 del Acta de Directorio 56 del 30 de enero de 2020.

Por ello,

EL PRESIDENTE DEL ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Aprobar el RÉGIMEN DE SANCIONES APLICABLE PARA LOS SERVICIOS DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES identificado como IF-2021-17215522- APN-DGAJR#ENACOM, Anexo a la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- La presente medida se dicta "ad referéndum" del DIRECTORIO del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES.

ARTÍCULO 3°.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO OFICIAL y, cumplido, archívese.

Claudio Julio Ambrosini

NOTA: El/los Anexo/s que integra/n este(a) Resolución se publican en la edición web del BORA
-www.boletinoficial.gob.ar-

e. 03/03/2021 N° 11117/21 v. 03/03/2021

Fecha de publicación 03/03/2021

