



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Resolución

Número: RESOL-2019-67-APN-AAIP

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Viernes 26 de Abril de 2019

Referencia: EX-2018-00769334- -APN-AAIP - TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. -
RESOLUCIÓN

VISTO el expediente EX-2018-00769334- -APN-AAIP, la Ley N° 26.951 y los Decretos N° 746 de fecha 25 de septiembre de 2017 y N° 899 de fecha 3 de noviembre de 2017; y

CONSIDERANDO:

Que por las actuaciones mencionadas en el Visto tramitó el procedimiento regulado por la Ley N° 26.951, a la firma “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A.”

Que la Agencia de Acceso a la Información Pública en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley 26.951, recibió denuncias contra la firma “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.”, por contactar a los denunciados en infracción a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 7° de Ley 26.951.

Que mediante Nota N° NO-2018-2306954-APN-AAIP, se intimó a la firma “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.”, a fin de que acredite el cumplimiento de la Ley N° 26.951, de conformidad con los términos del artículo 11 in fine del decreto N° 2501/2014 en relación a MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (1.255) contactos telefónicos denunciados, e informe si realiza la actividad regulada por la Ley 26.951 mediante recursos propios, debiendo en cuyo caso, informar los números telefónicos que utiliza para realizar el contacto telefónico, o si por el contrario, realiza la actividad mediante empresas tercerizadas o subcontratadas, debiendo informar sus datos identificatorios y el cumplimiento, por parte de éstas, de las obligaciones establecidas por la Ley N° 26.951. Finalmente, de considerar aplicable la excepción del artículo 8°, inc. d), acredite la calidad de clientes de los denunciados y el vínculo contractual, objeto y contenido del contacto telefónico con transcripción del mensaje comunicado; todo ello, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en la Disposición DNPDP N° 7/05 y modificatorias.

Que en fecha 14 de marzo de 2018, la denunciada solicita prórroga a fin de dar respuesta a la requisitoria cursada, la que es concedida mediante NO-2018-11355300-APN-AAIP.

Que en fecha 6 de abril de 2018 mediante Nota N° RE-2018-14721189-APN-AAIP la firma presenta su responde, y manifiesta respecto de los contactos denunciados, haber efectuado CINCUENTA Y SIETE (57) contactos telefónicos con fines publicitarios a líneas inscriptas en el Registro Nacional No Llame, con motivo del vínculo contractual existente entre los titulares y/o usuarios de esas líneas y la telefónica (art. 8°, inc. d) de la Ley N° 26.951).

Que en ese orden, refiere respecto de las líneas [REDACTED], que sus titulares y/o usuarios han recibido la recomendación sobre la prueba "TEST DRIVE", sistema que habilita ciertos beneficios al servicio telefónico contratado, por una duración de NOVENTA (90) días. En consecuencia, la telefónica alega que dichos contactos se realizaron en virtud de la relación contractual existente y por el objeto estrictamente contratado.

Que agrega además, que también fueron contactadas a través de la empresa "Atento Perú", la cual presta servicios por cuenta y orden de TMA, en el marco de la campaña "4G Ready", por tratarse de clientes que cuentan con tecnología 4G sin configurar y con el propósito de brindarles ayuda para que pudieran hacer uso de ese beneficio.

Que de las constancias obrantes en el Registro Nacional No Llame y conforme la información aportada por la telefónica, la línea [REDACTED] ha sido contactada en razón de un vínculo comercial existente entre la firma y el denunciante, y en razón del objeto estrictamente contratado. Respecto a la línea telefónica [REDACTED] (denuncia N° [REDACTED] de acuerdo al orden de la planilla adjunta), cuyo titular, [REDACTED], manifiesta haber sido contactado para ofrecerle la venta de un equipo móvil; sin embargo, la denunciada no acredita que ello se encuentre relacionado con el objeto del vínculo contractual entre ambos.

Que la denunciada también manifiesta que de los CINCUENTA Y SIETE (57) contactos reconocidos, CUARENTA Y TRES (43) han sido realizados por la empresa "Alto Perú" a fin de ofrecer beneficios alternativos que mejorarían el servicio contratado. En consecuencia, alega que estos contactos han sido realizados en virtud del vínculo comercial entre los titulares y la telefónica, y en razón del servicio contratado.

Que sin embargo, del listado acompañado por la denunciada en su descargo, surge que la telefónica ha realizado DOCE (12) contactos a la línea [REDACTED] y UN (1) contacto a la línea [REDACTED], cuyos titulares no forman parte de la nómina de clientes de la firma, según surge de la documentación respaldatoria aportada por la encartada. Asimismo, de los mensajes transcritos por los denunciantes, surge el ofrecimiento de realizar una portabilidad numérica hacia "TMA", lo que inexorablemente conduce a la configuración de la infracción del artículo 7° de la citada norma legal.

Que a modo de ejemplo, se transcriben dos SMS recepcionados por los denunciantes: "Tu compañía te deja sin cobertura? Unite a MOVISTAR y disfruta la mayor velocidad 4G..Envia INFO y un horario para podernos comunicar". "SOLO MOVISTAR. te brinda PLANES A TU MEDIDA y COBERTURA 4G..No tratamos de venderte nada!! SOLO PRETENDEMOS MEJORAR TU SERVICIO. Envía Nombre y Compañía".

Que finalmente, en relación a las líneas telefónicas [REDACTED], la denunciada manifiesta haberlas contactado con el propósito de ofrecer a sus clientes una línea adicional, por lo que entiende que se encontrarían alcanzadas por la excepción dispuesta en el art. 8°, inc. d) de la Ley 26.951.

Que sin embargo, la denunciada no acredita, que el ofrecimiento se encuentre relacionado con el vínculo contractual. En consecuencia, los contactos reconocidos no se encontrarían alcanzados por la excepción invocada.

Que en conclusión, y atento los motivos expuestos ut supra, quedan excluidos del alcance de la excepción invocada los siguientes contactos reconocidos por TMA: Contacto realizado a la línea [REDACTED] para ofrecer a su titular la venta de un equipo móvil; DOCE (12) contactos realizados a la línea [REDACTED] UN (1) contacto realizado a la línea [REDACTED] cuyos titulares no son clientes de la telefónica; contactos realizados a las líneas [REDACTED] con ofrecimientos de líneas adicionales, no solicitadas ni referidas al servicio contratado por los denunciantes.

Que atento ello, de los CINCUENTA Y SIETE (57) contactos telefónicos reconocidos por "TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.", corresponde considerar alcanzados por la excepción del art. 8°, inc. d) de

la Ley 26.951 a TREINTA Y OCHO (38) de ellos.

Que respecto de los MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO (1198) contactos restantes, la denunciada no se expide ni acompaña documental respaldatoria para acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7° de la Ley 26.951.

Que debe tenerse en consideración que, por el propio objeto social de la denunciada, ésta cuenta con todas las posibilidades técnicas para obtener la información solicitada, conforme artículo 11 del Decreto Reglamentario N° 2501/2014.

Que por lo tanto, habiendo contactado a MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO (1198) contactos con objeto de publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados que originaron las denuncias, y además habiendo reconocido DIECINUEVE (19) contactos telefónicos no alcanzados por la excepción prevista en el art. 8, inc. d) de la Ley N° 26.951, se tienen por configuradas UN MIL DOSCIENTAS DIECISIETE (1.217) infracciones graves, consistentes en contactar a UN MIL DOSCIENTAS DIECISIETE (1.217) líneas debidamente inscriptas en el Registro Nacional “NO LLAME”. Asimismo, la denunciada no informa si realiza la actividad regulada por la Ley N° 26.951 mediante recursos propios o a través de empresas tercerizadas o subcontratadas, por lo que se tiene configurada UNA (1) infracción LEVE consistente en “No proporcionar en tiempo y forma la información que solicite la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas”.

Que en este contexto, se labra el Acta de Constatación conforme lo dispuesto por el artículo 31 del Anexo I, del Decreto Reglamentario N° 1558/01 y sus modificatorios que establecen el procedimiento a seguir en el caso de presuntas infracciones.

Que así las cosas, se labra el acta de constatación conforme lo dispuesto en el capítulo VI, artículo 31, inciso 3, ap. 3, del Decreto Reglamentario N° 1558/01 y modificatorios.

Que en fecha 9 de mayo de 2018, mediante Nota N° RE-2018-21772515-APN-AAIP, “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA” presenta su descargo en el que solicita se declare la nulidad del Acta de Constatación por vicios en la causa, objeto y motivación del acto.

Que en primer lugar, la denunciada manifiesta que el Acta de Constatación se encuentra viciada en su causa por considerar omitidos los antecedentes de hecho y derecho aplicables al caso.

Que particularmente señala que, mal puede reprocharse la conducta consistente en no proporcionar en tiempo y forma la información solicitada, siendo que en su anterior presentación ha formulado el correspondiente descargo informando la única línea que había sido contactada, sin embargo de lo argumentado, la firma podría haber acreditado los extremos invocados mediante el aporte de sus llamadas salientes a los fines de acreditar que no obran en sus registros los contactos a las líneas denunciadas, ello conforme el artículo 11 *in fine* del Decreto Reglamentario N° 2501/14.

Que seguidamente, la firma alega que el pedido de informar si la actividad en cuestión es realizada por empresas de call center o similares, resulta manifiestamente irrelevante a los fines de determinar la responsabilidad de “Movistar”, por tratarse de empresas que actuarían por su cuenta y orden.

Que del argumento expuesto por la firma, si bien es cierto lo señalado en cuanto a que se trata de empresas que actúan por cuenta y orden de la prestadora, la denunciada resulta beneficiaria directa de las campañas publicitarias llevadas a cabo por dichas empresas, lo que la hace responsable a todos los efectos ante esta Autoridad por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 26.951.

Que respecto de las infracciones graves constatadas, la denunciada manifiesta que éstas no resultan admisibles por cuanto se le ha impuesto acreditar no haber contactado a las líneas telefónicas atribuidas, resultando ello un hecho negativo de imposible cumplimiento.

Que este organismo no ha solicitado la acreditación de un hecho negativo. Por el contrario, se ha solicitado acreditar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley N° 26.951 y el modo idóneo y eficiente de producir dicha prueba, es mediante el aporte del registro de llamadas salientes a los fines de demostrar que no obran en los registros de la firma los contactos a las líneas denunciadas. Además, dicha información se solicita sólo respecto de las líneas telefónicas utilizadas para realizar campañas con fines publicitarios y dentro de los períodos indicados por los denunciados.

Que al respecto, el servicio de asesoramiento jurídico permanente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conforme el Dictamen N° 4221 del 14 de agosto de 2015, sostuvo que la omisión del denunciado de aportar las pruebas que sustenten la situación fáctica debatida, dará por acreditada la situación infraccional y de ello sólo resulta un estado de indefensión que la misma denunciada se provoca.

Que atento lo manifestado, el planteo de nulidad por vicios en la causa debe ser desestimado. En lo referido al vicio en el objeto, la denunciada manifiesta que esta Autoridad de Aplicación ha imputado a la telefónica sin considerar las manifestaciones vertidas en las actuaciones, intentando atribuir a la empresa hechos que se encuentran cumplidos.

Que sobre este punto, la denunciada omite señalar que en su respuesta a la requisitoria cursada, no ha brindado una respuesta acabada a la intimación cursada por esta Autoridad, toda vez que se limita a desconocer los restantes contactos telefónicos atribuidos sin acompañar el registro de llamadas salientes conforme lo dispone el art. 11 del Decreto Reglamentario 2501/14. Tampoco ha informado las líneas utilizadas para realizar las campañas publicitarias, ni ha aportado información respecto de si la actividad regulada por la Ley 26.951 es realizada mediante el empleo de recursos propio o a través de la tercerización o subcontratación del servicio a través de terceras empresas, por considerar dicha información irrelevante a los fines del presente sumario.

Que en razón de todo lo expuesto, se concluye que el objeto del Acta de Constatación cuestionada no se encuentra viciado, por lo que corresponde desestimar el planteo interpuesto por la denunciada.

Que el planteo de nulidad por vicio en la motivación también corresponde sea desestimado ya que el acto administrativo cuestionado posee indicaciones precisas respecto de las conductas infraccionadas, las sanciones que acarrearán las infracciones, la indicación de la normativa violada, como así también una descripción de los hechos que están plasmados en el expediente.

Que expresamente se indicaron las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a este órgano de control al dictado del acto. Véase que todos los considerandos del Acta de Constatación, explicitan la causa del inicio del procedimiento sancionatorio, la conducta infraccionada y la intimación cursada a los fines de preservar el derecho de defensa del denunciado.

Que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sostenido que “La legalidad de la decisión implica la validez de sus elementos constitutivos entre los que figura el de los antecedentes fácticos o causa (Sala V del Fuero, in re "Matsuo Muneo y Otro c/PNA -Res. DPSJ1 JS1 N° 173 A/94", del 23/8/95). (Consid. 4)” (Id Infojus: SUK0023504); “La causa de los actos administrativos constituye uno de sus requisitos esenciales, tal como lo dispone el art. 7 de la ley nacional de procedimientos administrativos en forma expresa en cuanto impone que ellos se sustenten en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable” (Sala II del Fuero, in re "Laurencena José Miguel c/E.N. s/empleo público", del 5/11/96). (Consid. 4)” (Id Infojus: SUK0023503).

Que “La motivación del acto administrativo sancionatorio debe indicar el razonamiento mediante el cual la Administración Pública, teniendo presente los presupuestos de hecho y de derecho, y aplicando las reglas de buena administración, se ha determinado para dictar el acto y darle un contenido. En una palabra, la autoridad administrativa debe necesariamente justificar el acto mediante la exposición de los presupuestos de hecho y de derecho que le sirven de base o fundamento” (27 de Diciembre de 1990, Id Infojus: SUJ0009816).

Que atento todo lo expuesto, y en razón de la ausencia de prueba presentada, se estima mantener las infracciones constatadas, procediendo al dictado de un acto administrativo sancionatorio con encuadre en el artículo 11 de la Ley N° 26.951.

Que no habiendo informado si realiza la actividad regulada por la Ley N° 26.951 mediante recursos propios o a través de empresas tercerizadas y/o subcontratadas, se tiene configurada UNA (1) infracción LEVE consistente en “No proporcionar en tiempo y forma la información que solicite la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas”; y habiendo contactado a MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO (1198) contactos con objeto de publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados que originaron las denuncias, y además habiendo reconocido DIECINUEVE (19) contactos telefónicos no alcanzados por la excepción prevista en el art. 8, inc. d) de la Ley N° 26.951, se tienen por configuradas UN MIL DOSCIENTAS DIECISIETE (1.217) infracciones graves, consistentes en contactar a UN MIL DOSCIENTAS DIECISIETE (1.217) líneas debidamente inscriptas en el Registro Nacional “NO LLAME”, todo ello de acuerdo al régimen sancionatorio dispuesto por la Disposición DNPDP N° 7/05 y modificatorias.

Que la citada Disposición establece en el Anexo II que en el caso de INFRACCIONES LEVES la sanción a aplicar será de hasta DOS (2) apercibimientos y/o multa de PESOS UN MIL (\$ 1.000,00) a PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000,00) y en el caso de las INFRACCIONES GRAVES de hasta CUATRO (4) apercibimientos; suspensión de UNO (1) a TREINTA (30) días y/o multa de PESOS VEINTICINCO MIL UNO (\$ 25.001,00) a PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000,00.-).

Que las infracciones constatadas encuentran su causa en el artículo 7° de la Ley N° 26.951 que dispone “Quienes publiciten, oferten, vendan o regalen bienes o servicios utilizando como medio de contacto los servicios de telefonía en cualquiera de sus modalidades no podrán dirigirse a ninguno de los inscriptos en el REGISTRO NACIONAL “NO LLAME” y deberán consultar las inscripciones y bajas producidas en el citado registro con una periodicidad de TREINTA (30) días corridos a partir de su implementación, en la forma que disponga la autoridad de aplicación”.

Que el artículo 11 de la Ley N° 26.951 dispone “La autoridad de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las sanciones previstas en la ley 25.326”.

Que la sanción a aplicar se graduará por la autoridad administrativa, considerando proporcionalidad respecto de la entidad de la falta, la naturaleza de la infracción cometida y los antecedentes de la empresa.

Que por ello, deberá tenerse en cuenta que la empresa no posee antecedentes en el REGISTRO DE INFRACTORES – LEY N° 26.951 y que obtiene directamente de su base de datos, los registros con las llamadas salientes, con inmediatez y con todas posibilidades técnicas para obtenerlas y posteriormente aportarlas al procedimiento sancionatorio.

Que resulta menester señalar que el monto resultante de las infracciones graves constatadas en las actuaciones de referencia, supera el tope previsto en la Disposición N° DI-2016-71-E-APN-DNPDP#MJ del 13 de diciembre de 2016. En consecuencia, la sanción impuesta, no deberá superar los PESOS TRES MILLONES (\$3.000.000,00).

Que ha tomado la intervención que le compete la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARIA DE COORDINACION ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETES DE MINISTROS.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por los artículos 9 y 11 de la Ley 26.951.

Que todo ello conforme lo dispuesto en el Decreto N° 746/17 que establece como Autoridad de Aplicación

de la Ley 26.951 a la Agencia de Acceso a la Información Pública y las competencias asignadas por la Decisión Administrativa 1002/17 a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

Por ello,

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aplíquese a la empresa “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A.”, la sanción de PESOS TRES MILLONES (\$3.000.000,00) en razón a UN MIL DOSCIENTAS DIECISIETE (1.217) infracciones graves conforme lo previsto en el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N° 26.591, y los puntos 1, inciso a), y 2, incisos n) del Anexo I a la Disposición N° 7/05 y modificatorias, y el tope previsto en la Disposición DI-2016-71-E-APN-DNPDP#MJ.

ARTÍCULO 2º.- Notifíquese a la empresa denunciada, oportunamente tómesese nota en el REGISTRO DE INFRACTORES LEY 26.951; cumplido, archívese.

Digitally signed by Eduardo Andrés Bertoni
Date: 2019.04.26 10:13:25 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Eduardo Andrés Bertoni
Director
Agencia de Acceso a la Información Pública