



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Resolución

Número:

Referencia: EX-2018-7530009- -APN-AAIP- Resolución Telefónica Móviles Argentina S.A.

VISTO el Expediente EX-2018-07530009-APN-AAIP, las Leyes Nros 25.326, 26.951 y 27.275, los Decretos Nros 1558 del 29 de noviembre de 2001, 2501 del 17 de diciembre de 2014, 746 del 25 de septiembre de 2017 y 899 del 3 de noviembre de 2017; y

CONSIDERANDO:

Que la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (AGENCIA) recibió denuncias contra la firma “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” por contactar a los denunciantes en infracción a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 7° de Ley N° 26.951.

Que mediante la Nota N° NO-2018-09028689-APN-AAIP de fecha 01 de marzo de 2018, se intimó a la firma “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.”, a fin de que acreditara el cumplimiento de la Ley N° 26.951, de conformidad con los términos del artículo 11° del Decreto N° 2501 del 17 de Diciembre de 2014, en relación a DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS (252) contactos telefónicos denunciados, e informara si realiza la actividad regulada por la Ley N° 26.951 mediante recursos propios -en cuyo caso debía informar los números telefónicos que utiliza para realizar el contacto telefónico-, o bien, mediante empresas tercerizadas o subcontratadas, debiendo indicar 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), acreditara 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 la firma se presentó el 14 de marzo de 2018 y solicitó una prórroga a fin de dar respuesta a la intimación cursada.

Que la misma fue concedida mediante Nota N° NO-2018-11355414-APN-AAIP del 15 de marzo de 2018, por un plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Que en tiempo y forma, la denunciada presentó su descargo manifestando haber contactado a las líneas telefónicas Nros. 1136602120; 2974375142; 1167878791 y 2645633099, bajo el amparo de la excepción prevista en el art. 8°

inc. d) de la Ley N° 26.951, acreditando el vínculo contractual mediante copia de las facturas que documentan el servicio contratado.

Que conforme la excepción invocada, el contacto telefónico queda excluido del alcance de la Ley N° 26.951, cuando existe un vínculo comercial entre el usuario de la línea y el obligado, y siempre que el objeto del contacto se refiera al producto o servicio estrictamente contratado.

Que particularmente sobre la denuncia referida al contacto telefónico efectuado a la línea 1167878791, “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” declara que el titular del servicio activó voluntariamente el beneficio “TEST DRIVE” el cual habilita ciertos beneficios al servicio telefónico contratado, por una duración de NOVENTA (90) días. Transcurrido el plazo, el sistema envía un mensaje de texto comunicando que el “test” ha finalizado.

Que en razón de lo anterior, esta Autoridad constató, de acuerdo a lo detallado en la planilla de denuncias de orden N° 3, que el denunciante de la línea 1167878791 efectivamente reviste la calidad de cliente de la firma y que, a su vez, fue contactado en el marco de un servicio contratado con la empresa. Por lo tanto dicho contacto se encuentra alcanzado por la excepción del art. 8°, inc. d) de la Ley N° 26.951.

Que respecto de los contactos efectuados a las líneas 1136602120 y 2974375142, la empresa manifiesta que éstos fueron realizados en el mes de enero del 2018, mismo mes en el que estas líneas se inscribieron en el REGISTRO NACIONAL “NO LLAME”. En consecuencia, no habiendo transcurrido 30 días desde la fecha inscripción, éstas podían ser contactadas por la telefónica con fines publicitarios, conforme lo dispone el segundo párrafo del art. 7° de la Ley N° 26.951.

Que conforme surge de las constancias obrantes en el REGISTRO NACIONAL “NO LLAME”, la línea 1136602120 se encuentra dada de ALTA en el registro desde el 27 de diciembre de 2017, por lo que dicha inscripción entra en plena vigencia a partir del 26 de enero de 2018.

Que por su parte, el contacto telefónico denunciado y, además, reconocido por la telefónica, data del día 27 de enero de 2018, es decir, TREINTA Y UN (31) días después de su inscripción.

Que similar situación se presenta respecto de la línea 2974375142, la que se encuentra dada de alta en el registro desde el 26 de diciembre de 2017. Dicha inscripción ha entrado en vigencia a partir del día 25 de enero de 2018 y la telefónica realizó el contacto telefónico en fecha 26 de enero del 2018

Que sin perjuicio de ello, los denunciantes manifestaron en sus respectivas denuncias, haber sido contactados por TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA en razón del servicio contratado con la firma.

Que en consecuencia, atento lo manifestado por los denunciantes y la documental aportada por la telefónica, se constató que los CUATRO (4) contactos mencionados precedentemente fueron realizados en el marco de la excepción prevista en el artículo 8°, inc. d) de la Ley N° 26.951. Por tal motivo, correspondió desestimar las denuncias relacionadas a dichos contactos telefónicos.

Que finalmente, la denunciada no se expidió respecto de las DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) denuncias restantes. Tampoco aporta el registro de llamadas salientes correspondiente a los períodos indicados por los denunciantes, tal como fuera indicado en la intimación cursada por este organismo.

Que el artículo 11 del Anexo al Decreto 2501/14 indica que en caso de presuntas infracciones a la Ley 26.951, los

sujetos obligados por su artículo 7° deberán brindar el registro de sus llamadas salientes, a los fines probatorios. Dicha prueba resulta vital para dilucidar las cuestiones debatidas en autos y ésta se encuentra en poder de las empresas denunciadas.

Que por tales motivos se tuvo por realizados un total de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (248) contactos telefónicos en infracción al artículo 7° de la Ley N° 26.951, configurándose así la comisión de DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) infracciones graves de conformidad al punto 2, inc. n) del Anexo I a la Disposición 7/05 y modificatorias.

Que además, la denunciada no informó 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 tuvo por configurada la infracción 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”, conforme Punto 1, inc. a) del Anexo I a la Disposición 7/05 y modificatorias.

Que en virtud de ello, la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES de esta AGENCIA labró el Acta de Constatación de fecha 16 de abril de 2018, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 del Anexo I del Decreto N° 1558/01 y modificatorios, que establecen el procedimiento a seguir en el caso de presuntas infracciones.

Que “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” presentó su descargo el 8 de mayo de 2018, planteando la nulidad del Acta, 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 derecho aplicables al caso. 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 formuló el correspondiente descargo informando las líneas que habían sido contactadas.

Que su planteo no resulta pertinente toda vez que, como ya se señaló *ut supra*, en base a la documental aportada por la telefónica, la Autoridad de Aplicación consideró desestimar CUATRO (4) denuncias por tratarse de supuestos contemplados en el artículo 8°, inc. d) de la Ley 26.951.

Que además, no existen constancias en las actuaciones de que la empresa haya dado respuesta a la totalidad de los requerimientos formulados mediante Nota NO-2018-09028689-APN-AAIP.

Que al respecto, la firma alude que resulta irrelevante informar los datos identificatorios de las empresas tercerizadas y/o subcontratadas para llevar a cabo la actividad y acreditar que cumplen con la Ley N° 26.951, a los fines de determinar la responsabilidad, debido a que de todos modos las empresas tercerizadas actúan en nombre de la firma y no en nombre propio.

Que sobre este planteo, cabe señalar que es esta Agencia, a través de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, la que determina la relevancia de la información solicitada a la denunciada y quien tiene entre sus atribuciones la facultad de solicitar información acerca de los antecedentes y circunstancias que hicieren al objeto de las denuncias, así como cualquier otro elemento de juicio que permita dilucidar la cuestión sujeta a investigación o control. Ello de conformidad con el artículo 11 del Anexo I del Decreto 2501/14 que hace expresa remisión al artículo 31 apartado 3 del Decreto 1558/01 y modificatorio.

Que por otro lado y respecto de las DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) infracciones constatadas, la

denunciada manifiesta que éstas no resultan admisibles por cuanto se le impone acreditar el hecho negativo de “no haber contactado” a las líneas denunciadas, lo cual sería de imposible cumplimiento.

Que por el contrario, ninguno de los puntos en lo que versa la intimación cursada, constituyen la exigencia de una prueba negativa que la empresa no pueda aportar. Más aún, tratándose de una empresa proveedora de servicios de telecomunicaciones, la denunciada puede obtener directamente de su base de datos los registros de sus llamadas salientes, con la inmediatez y posibilidades técnicas necesarias para aportarlos al procedimiento sancionatorio, siendo que dicha prueba permite acreditar que los contactos telefónicos que le son atribuidos, no obran en sus registros, pudiendo así, deslindarse de toda responsabilidad.

Que la denunciada solo se limitó a manifestar no haber contactado a las restantes líneas sin aportar el registro de sus llamados salientes, conforme lo dispone el art. 11 del Decreto N° 2501/14. Ello no constituye un incumplimiento en sí mismo, sino que coloca a la infractora en estado de indefensión que ella misma se provoca y que no es atribuible a la Autoridad de Aplicación.

Que conforme lo anterior, corresponde desestimar el planteo de nulidad por vicios en la causa del Acta de Constatación planteado por la empresa.

Que en lo referido al vicio en el objeto, la denunciada manifiesta que esta Autoridad de Aplicación imputó a la telefónica hechos que se encuentran efectivamente cumplidos sin considerar sus manifestaciones vertidas en las actuaciones, debido a la imposibilidad física y jurídica de no contar con los registros que acrediten no haber contactado con las líneas denunciadas. A su vez, esta Agencia no tuvo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, incumpliendo uno de los principios rectores de todo procedimiento administrativo, que es la búsqueda de la verdad objetiva.

Que sobre este punto, se indica que en lo relativo a la valoración de la prueba, la Autoridad de Aplicación debe ponderar los elementos de hecho e indicios de carácter objetivo aportados por el denunciante, quedando a cargo del denunciado acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley N° 26.951. Dicha ponderación debe considerar la disponibilidad y la factibilidad probatoria de cada una de las partes, atendiendo a la imposibilidad material del denunciante para acreditar la existencia del contacto, siendo el denunciado quien se encuentra en mejores condiciones para aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva.

Que las presentes actuaciones tienen como principal objetivo lograr la verdad sustancial de los hechos. En razón de ello, y teniendo en consideración la imposibilidad material del denunciante para acreditar la existencia del contacto, es imperioso que la denunciada aporte la prueba que se encuentra en su poder, por encontrarse en mejores condiciones de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva.

Que asimismo, con respecto a lo anterior, la denunciada omite señalar que en su respuesta a la primera intimación, no brindó una respuesta acabada a la requisitoria cursada por esta Autoridad de Aplicación, toda vez que se limitó a desconocer los contactos telefónicos atribuidos sin acompañar el registro de sus llamadas salientes conforme lo dispone el art. 11 del Decreto N° 2501/14.

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 por último, TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. plantea vicios en la motivación del Acta, conforme lo dispuesto en el artículo 7°, inciso e) de la Ley N° 19.549, por considerar que esta autoridad de control resolvió arbitrariamente constatar infracciones a la ley 26.951 por parte de la empresa. En ese sentido, la denunciada plantea

que este organismo ha afectado, en base a la exigibilidad de una circunstancia inexistente, el debido proceso.

Que el planteo anterior debe ser desestimado, toda vez que en el acto administrativo cuestionado se indicaron expresamente las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a este órgano de control al dictado del acto, preservando de esta manera el derecho de defensa de la denunciada. Es por ello que, no se encuentra afectado el debido proceso, desestimando de este modo el planteo de nulidad por vicios en la motivación del Acta de Constatación.

Que lo expresado por “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A.” en su descargo en nada conmueve los elementos de juicio tenidos en cuenta al momento de labrar el Acta de Constatación y ante la falta de elementos de prueba suficientes para demostrar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la Ley 26.951 y su reglamentación, se comprueba que “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” contactó a DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (248) números telefónicos, en infracción al artículo 7° de la referida Ley.

Que por ello, corresponde el dictado de un acto administrativo sancionatorio con encuadre en el artículo 11 de la Ley N° 26.951 que 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 en virtud de lo anterior, se mantienen los cargos formulados en el acto cuestionado, consistentes en la comisión de UNA (1) infracción leve por no proporcionar en tiempo y forma la información solicitada por la Autoridad de Aplicación en el marco de sus competencias atribuidas, -esto es no informar si realiza la actividad regulada por la Ley N° 26.951 mediante recursos propios indicando la totalidad de números telefónicos utilizados a tal efecto, o si por el contrario, terceriza y/o subcontrata dicha actividad mediante empresas tercerizadas y/o subcontratadas, indicando sus datos identificatorios y el cumplimiento por parte de éstas, de las obligaciones establecidas en la Ley N° 26.951-.

Que sin perjuicio de que la empresa manifiesta en su descargo, de fecha 05 de abril de 2018, haber realizado contactos por intermedio de la empresa “Alto Peru”, quien le presta servicios en calidad de Call Center; no se desprende de la información brindada, si además de la firma referida la denunciada utiliza otras empresas tercerizadas que actúen por su cuenta y orden o si además, realiza la actividad mediante recursos propios.

Que el Anexo II a la Disposición N° 7/05 y modificatorias establece que “Ante la comisión de INFRACCIONES LEVES se podrán aplicar hasta DOS (2) APERCIBIMIENTOS y/o una MULTA de PESOS UN MIL (\$ 1.000,00) a PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000,00)”

Que asimismo, se mantienen los cargos formulados con respecto a DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (248) contactos telefónicos realizados con el objeto de publicidad, oferta, venta o regalo de bienes o servicios utilizando los servicios de telefonía en cualquiera de sus modalidades, a líneas debidamente inscriptas en el REGISTRO NACIONAL “NO LLAME”, en infracción al segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 26.951 y conforme lo dispuesto en los puntos 1 inciso a) y 2 inciso n) del Anexo I a la Disposición N° 7 del 8 de noviembre de 2015 y sus modificatorias.

Que en el caso de las INFRACCIONES GRAVES la sanción a aplicar será de hasta CUATRO (4) APERCIBIMIENTOS, SUSPENSION DE UNO (1) a TREINTA (30) DIAS y/o MULTA de PESOS VEINTICINCO MIL UNO (\$ 25.001,00) a PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000,00).”

Que el punto 7 del Anexo II a la citada Disposición DNPDP N° 7/05 y sus modificatorias, establece que “Cada

infracción deberá ser sancionada en forma independiente, debiendo acumularse cuando varias conductas sancionables se den en las mismas actuaciones”.

Que el cúmulo de infracciones puede dar lugar a montos muy elevados que resulten contrarios al logro de la finalidad preventiva o disuasoria de la sanción, pudiendo colocar al sancionado en un estado de imposibilidad de pago.

Que ante esa situación, la Disposición DI-2016-71-E-APN-DNPDP#MJ, del 13 de diciembre de 2016, prevé topes sancionatorios para cada uno de los niveles de “Graduación de Sanciones” previsto por la Disposición DNPDP N° 7/05 y sus modificatorias.

Que aplicando el monto mínimo de PESOS VEINTICINCO MIL UNO (\$25.001,00), establecido para una infracción grave, a cada una de las DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) infracciones constatadas, resulta en una sanción pecuniaria de PESOS SEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (\$6.200.248,00)

Que en razón de ello, corresponde aplicar el tope de PESOS TRES MILLONES (\$3.000.000,00), previsto para la infracción de mayor cuantía.

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

Que consecuentemente, deberá tenerse en cuenta que “TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A.” posee antecedentes en el REGISTRO DE INFRACTORES - LEY 26.951, lo que será ponderado a los efectos de adecuar la sanción.

Que aplicando el monto mínimo de PESOS VEINTICINCO MIL UNO (\$25.001,00), establecido para una infracción grave, a cada una de las DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) infracciones constatadas, resulta en una sanción pecuniaria de PESOS SEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (\$6.200.248,00) suma a la que debe adicionarse aún el correspondiente a la infracción leve antes referida.

Que en razón de ello, corresponde aplicar el tope de PESOS TRES MULLONES (\$3.000.000), previsto para la infracción de mayor cuantía.

Que en orden a la competencia de la autoridad que dicta el presente acto administrativo, resulta que por el artículo 19 de la Ley 27.275 se creó la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA como ente autárquico con autonomía funcional en la órbita de JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS.

Que por Ley 27.275, modificada por los Decretos 746 del 25 de septiembre de 2017 y 899 del 6 de noviembre 2017 se atribuyó al citado ente, la facultad de actuar como Autoridad de Aplicación de las Leyes 25.326 y 26.951. Así las cosas, la presente medida se dicta en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 29, inciso 1 apartado f) de la Ley N° 25.326.

Que ha tomado la intervención que le compete la COORDINACIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS de la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Por ello,

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Rechazar el planteo de nulidad interpuesto por “TELEFONICA MÓVILES ARGENTINA S.A.”, por las consideraciones vertidas en la presente resolución.

ARTÍCULO 2º: Aplicar a la empresa “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” CUIT N° 30-67881435-7, con domicilio en Avda. Independencia 169 PB – CABA, la sanción pecuniaria de PESOS TRES MILLONES (\$ 3.000.000,00), por la comisión de UNA (1) infracción leve y DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO (248) infracciones graves, de conformidad con lo previsto en los puntos 1 inciso a) y 2 inciso n) del Anexo I de la Disposición DNPDP N° 7/05 y modificatorias, puntos 1 y 2 del Anexo II a la Disposición mencionada y de conformidad con el tope sancionatorio previsto en la Disposición DNPDP N° 71-E/2016.

ARTICULO 3º: Notificar la presente resolución a la firma “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.” en los términos del artículo 40 y subsiguientes del Decreto 1759/72 (T.O 2017), tómesese nota en el Registro de Infractores Ley N° 26.951; cumplido, archívese.