

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS SERVICIOS DE TIC ¹

María Paula RENNELLA

SUMARIO: 1. Marco normativo. Evolución y debilidad ¿Inseguridad jurídica?.- 2. Tipificación y sanciones. Evolución.- 3. Graduación de sanciones. Eximentes.- 4. Multas. Proporcionalidad. Exceso de punición.- 5. Multa diaria.- 6. Falta permanente.- 7. Prescripción y plazo razonable.- 8. Procedimientos previos. Medidas cautelares administrativas.- 9. Impugnación de sanciones en sede administrativa. Nuevo requisito de admisibilidad. Efectos. Control judicial.- 10. Últimas consideraciones

1. Marco normativo. Evolución y debilidad ¿Inseguridad jurídica?

El procedimiento sancionatorio en el sector de los servicios de telecomunicaciones presenta, al igual que otros procedimientos especiales, una notable dispersión normativa. Como se expondrá a continuación, desde la privatización de ENTel (Empresa Nacional de Telecomunicaciones), se dictaron sucesivamente normas que conforman el régimen sancionador del sector, algunas elaboradas en función de los sujetos prestadores y otras centradas en los servicios regulados.

El marco jurídico se integró hasta el año 2017 con disposiciones de las siguientes normas:

- Decreto 62/90 por el que se aprueba el Pliego de Bases y Condiciones para el Concurso Público Internacional para la Privatización de la Prestación del Servicio de Telecomunicaciones;
- Decreto 1185/90 por el que se creó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, luego la ex Comisión Nacional de Comunicaciones;
- Resolución SC 490/97, por la que se aprueba el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles;

¹ La Ley 27.078 denomina Servicios de TIC, a los servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones entre los que se incluyen los tradicionalmente denominados “servicios de telecomunicaciones”.

- Decreto 764/00, aprobatorio del Reglamento de Licencias para la prestación de servicios de telecomunicaciones (Anexo I), el Reglamento Nacional de Interconexión (Anexo II) y el Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico (Anexo IV);

- Resolución SC 10.059/99, aprobatoria del Régimen Sancionatorio para los prestadores del servicio básico telefónico y el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (RGSBT);

- Ley 27.078 denominada “Ley Argentina Digital”; y

- Resolución SC 37/2014, por la que se aprueba el Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA).

En el año 2017 se introducen dos cambios significativos. Se dicta un nuevo Reglamento de Licencias para Servicios de TIC, a través de la Resolución del Ministerio de Modernización 697/2017, y un nuevo Reglamento de Clientes de los Servicios de TIC, por Resolución MM 733/2017. Estas normas derogaron el Reglamento de Licencias aprobado como Anexo I del Decreto 764/2000, la Resolución N° 490/1997 y los Anexos I y III de la Resolución N° 10.059/1999 ambas de la ex SECRETARÍA DE COMUNICACIONES. Se dejó expresamente vigente el Anexo II Resolución N° 10.059/1999 en lo referente al régimen de sanciones.

Finalmente, en el año 2021, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) dicta la Resolución 221/21 y el Régimen de Sanciones aplicable para los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, el “Régimen de Sanciones”), siendo esta la última modificación relevante para poder analizar el estado del Procedimiento sancionador en el sector.

El conjunto de previsiones de la Ley 27.078, el Decreto 1185/90, el Reglamento de Licencias y el Régimen de Sanciones conforman el régimen sancionatorio o de penalidades de carácter general aplicable a todos los licenciarios.

La referencia al Decreto 1185/90 obedece al particular origen del Régimen de Sanciones aprobado mediante Resolución ENACOM 221/21, y a la falta de claridad en cuanto al marco regulatorio que ha quedado vigente. En efecto, al momento del dictado de la Resolución ENACOM 221/21, se encontraba vigente el Decreto 1060/17 por el que el Poder Ejecutivo había delegado en el Ministro de Modernización la competencia para dictar el reglamento de sanciones previsto por el artículo 63 de la Ley 27.078, y había previsto que el

nuevo reglamento tendría carácter sustitutivo de las normas aprobadas por el Decreto 1185/90.

Encontrándose vigente el Decreto 1060/2017, el ENACOM alegó la incompetencia del Poder Ejecutivo para avocarse en una facultad que el legislador le había conferido en su carácter de ente descentralizado, y, consecuentemente, dictó el Régimen de Sanciones. El decreto estaba vigente y un ente perteneciente a la organización administrativa había resuelto ignorarlo. El nuevo reglamento fue objeto de impugnaciones.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo dicta el Decreto 510/21 por el que califica la delegación oportunamente efectuada en el artículo 10 del Decreto 1060/17, como una previsión nula de nulidad absoluta e insanable por conllevar un vicio en la competencia en razón de la materia por la especialidad del ente autárquico, y del grado, por resultar improcedente la avocación.

Más allá de cómo se resolvió el obstáculo que presentaba esta contraposición de normas y competencias asignadas y de que la revocación importó una suerte de reconocimiento de la irregularidad previa, advertimos que aún queda pendiente la cuestión sobre la vigencia del Decreto 1185/90.

El Decreto 1060/17 aspiraba al dictado de un reglamento sustitutivo, pero la Resolución ENACOM 221/21 no deroga ni reemplaza en forma expresa el Decreto 1185/90. Ha quedado expuesto allí un conflicto entre las formas y la jerarquía de las normas en cuestión. Una primera lectura invitaría a revisar si una resolución de un ente descentralizado podría dejar sin efecto un decreto del Poder Ejecutivo. Una segunda línea de análisis, más profunda, nos lleva a indagar sobre la naturaleza de la norma contenida en el Decreto 1185/90.

El Decreto 1185/90, como norma creadora de un ente descentralizado, reguló en materia de servicios públicos de telecomunicaciones, y estableció sanciones y montos, así como los procedimientos aplicables para el ejercicio del derecho de defensa de los administrados alcanzados. Esa norma dictada con invocación del artículo 86, incisos 1° y 2° de la Constitución Nacional, puede ser categorizada como el producto de una delegación legislativa. En efecto, la Ley 23.696 que se invoca al enunciar el origen de la competencia por la que se lo dicta, ha sido declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la expresión de un verdadero sistema destinado a enfrentar la emergencia a través de un proceso de transformación del Estado y su Administración Pública, donde se destaca, como ele-

mento singular, la política de privatizaciones. En el caso “Cocchia”² se perfiló a la Ley 23.696 como una norma delegante y contenedora de una política legislativa o bases contenidas en un estatuto para las privatizaciones.

En su calidad de norma dictada como consecuencia de una delegación legislativa preexistente a la reforma constitucional del año 1994, el Decreto 1185/90 ha sido objeto de aprobación por el Congreso cumpliendo con la ratificación exigida en la cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional, al momento de sancionarse la Ley 25.148. Su sustancia legislativa respecto de algunos de los temas que regula y su vocación de permanencia están confirmadas. Así lo entendió la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Camaronera Patagónica S.A.”³, cuando interpretó el alcance de la Ley 25.645, cuyo artículo 3° es de idéntico contenido que el de su predecesora, la Ley 25.148. El Tribunal sostuvo que los términos empleados por el legislador al sancionar la Ley 25.645 constituyen una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002, los que “representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y sólo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia”⁴.

Ahora bien, si el Decreto 1185/90 contiene normas de carácter legislativo dictadas como consecuencia de una delegación del Congreso, sus disposiciones no pueden ser derogadas sino por otra norma de igual naturaleza. Un acto con la jerarquía normativa de un reglamento de ejecución no puede dejar sin efecto o sustituir una disposición de sustancia legislativa. Las modificaciones introducidas al Decreto 1185/90 a través del dictado de la Ley 27.078 no son

² *Fallos*, 316:2624.

³ *Fallos*, 337: 388.

⁴ Sobre el tratamiento dado por la Corte Suprema a las delegaciones legislativas previas al año 1994, pueden consultarse valiosos y exhaustivos trabajos como *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Alfonso SANTIAGO, Enrique VERAMENDI y Santiago CASTRO VIDELA, Buenos Aires, La Ley, 2019; y *La delegación legislativa y el Estado regulatorio*, Santiago M. CASTRO VIDELA-Santiago MAQUEDA FOURCADE, Editorial Abaco, 2017.

materia de objeción, pero esa misma ley mantiene las disposiciones de aquél, y al ente regulador le indica que reglamente el régimen de sanciones de acuerdo a las disposiciones de la ley. No se encomienda una sustitución del Decreto 1185/90, sino reglamentar el régimen que luego de la sanción de la Ley 27.078 quedará conformado por las disposiciones del Decreto 1185/90 con las modificaciones operadas en virtud de la norma legislativa general. Por lo demás, tampoco podría pretenderse que el art. 63 de Ley 27.078 constituye una norma delegante en favor del ENACOM, porque no se usó el término “delégase” sino que se expresó que la Autoridad de Aplicación “reglamentará”. En tal caso, se habría tratado de una delegación carente de plazos y de bases legislativas. Por lo pronto, la fijación del monto de las multas y los máximos y mínimos aplicables no habrían sido materia de previsión en la Ley 27.078. Es evidente que en la concepción del legislador, esos aspectos estaban previstos en el marco entonces vigente, y conforme a él, la autoridad dictaría un reglamento de ejecución.

Teniendo presente estas consideraciones, la oportunidad del análisis sobre el marco normativo vigente con relación al Poder sancionador en el Sector de las Telecomunicaciones está marcada por la incertidumbre. Se desconoce cómo se resolverán las discordancias entre el marco normativo creado por la interacción de la Ley 27.078 y el Decreto 1185/90, y el Régimen de Sanciones de la Resolución ENACOM 221/21. Por lo pronto, se efectuará una descripción de las normas en juego, cómo ha sido la evolución de la temática y se dejarán planteadas algunas de las problemáticas más relevantes.

2. Tipificación y sanciones. Evolución

El Decreto 62/90, en adelante “el Pliego”, fijó un régimen de penalidades para las sociedades licenciatarias históricas que contempla como sanciones al apercibimiento, la multa, la caducidad del régimen de exclusividad y la caducidad de la licencia. Se enuncian las sanciones, pero no las infracciones que dan lugar a su aplicación. Sólo se tipificaron las causales que dan lugar a la sanción de caducidad.

La norma distinguió entre las autoridades competentes para la aplicación de cada una de ellas, destacando que la caducidad de la licencia sólo podría ser declarada por el Poder Ejecutivo.

El Decreto 1185/90 remitió al Decreto 62/90 para la determinación del régimen de penalidades aplicables a las Sociedades Licen-

ciatarias del Servicio Básico telefónico y del Servicio de Telefonía de Larga Distancia Nacional e Internacional, beneficiadas con la exclusividad, el cual dio por reproducido a su respecto. Por otra parte, fijó el régimen sancionatorio aplicable al resto de los prestadores de servicios de telecomunicaciones no comprendidos en las previsiones del Pliego, poniendo la competencia sancionadora en cabeza de la primera Comisión Nacional de Telecomunicaciones, hoy el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) ⁵.

De manera general, se enumeran las siguientes sanciones: apercibimientos, multas, caducidad total o parcial del régimen de exclusividad cuando lo hubiere, y caducidad de la licencia, autorización o permiso. La tipificación de las conductas que dan lugar a la aplicación de estas sanciones es muy amplia, puesto que se hace referencia a las infracciones a la normativa aplicable o a los términos de las licencias o permisos respectivos ⁶.

Esa generalidad fue acotada en reglamentos específicos. Así, en el “Régimen Sancionatorio para los prestadores del Servicio Básico Telefónico”, se detallaron con más precisión algunos tipos, y se clasificaron los incumplimientos en infracciones leves, graves o gravísi-

⁵ El Decreto 764/00 consolidó a la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) en su rol de autoridad de control y a la Secretaría de Comunicaciones como autoridad de aplicación o regulatoria. Con la sanción de la Ley 27.078, la CNC y la Secretaría se fusionaron en un ente descentralizado, la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC), y tras el dictado del Decreto de necesidad y urgencia 267/15, el ente de control tanto de los Servicios de TIC como de los Servicios de Comunicación Audiovisual, pasó a ser el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), fusión de la AFTIC y el AFSCA (Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual creada por la Ley 26.522).

⁶ Igual de genérica es la previsión del art. 18 del Reglamento general del servicio de comunicaciones móviles avanzadas (SCMA) [Resolución SC 37/2014], en cuanto dispone la aplicación del régimen sancionatorio en los casos de incumplimientos de las obligaciones contenidas en ese reglamento, del pliego pertinente o por las infracciones que cometa, verificadas de oficio o por denuncia de parte o de terceros. La norma es de similar tenor a la contenida en el Reglamento general de clientes de los servicios de comunicaciones móviles (Resolución SC 490/97), cuyo art. 46 dispone que cualquier violación a las disposiciones de ese reglamento imputables a un prestador del SCM, verificadas de oficio o a pedido de parte, serán susceptibles de ser sancionadas de acuerdo con lo establecido en las respectivas licencias.

mas. De tal modo, se dispuso que se sancionara con apercibimiento en los casos de infracciones leves y con multa en los casos de infracciones graves o gravísimas ⁷.

Otra normativa en la que se tipificaron conductas de los licenciatarios pasibles de la aplicación de alguna de las sanciones previstas en el art. 38 del Decreto 1185/90, es el Decreto 764/00, en sus Anexos II y IV. En el hoy sustituido Reglamento Nacional de Interconexión (RNI - Anexo II), el artículo 32 enumeraba las conductas pasibles de sanción consideradas falta grave ⁸. Por otra parte, en el Anexo IV del Decreto 764/00 referido al Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico se presenta otra sanción que es la de secuestro o comiso. El art. 36 de la Ley 19.798 también las menciona en cuanto declara que las estaciones radioeléctricas, medios y sistemas de radiocomunicación que funcionen sin la autorización formal correspondiente serán consideradas clandestinas y deberán ser desmanteladas; al tiempo que dispone para el caso contrario, que quedarán sujetas a las sanciones de secuestro y comiso.

Con la sanción de la Ley 27.078 se incorporaron nuevas sanciones, pero ello no fue acompañado de una tipificación precisa de las conductas reprochables o infracciones. A excepción de la sanción de

⁷ El artículo 5° detalla las infracciones leves, el artículo 6°, las infracciones graves, y el artículo 7°, las infracciones gravísimas.

⁸ Reglamento Nacional de Interconexión (RNI), artículo 32: "a) La falta de presentación y/o publicación de la Oferta de Interconexión de Referencia en los términos y condiciones establecidos en el artículo 24 del Reglamento Nacional de Interconexión. b) La dilación injustificada a proporcionar la conexión física y funcional de las redes, de acuerdo a lo establecido en el RNI. c) La falta de presentación de los Convenios de Interconexión ante la Autoridad de Aplicación. d) La falta de publicación de los Convenios de Interconexión en tiempo oportuno. e) La renuencia a entregar la información que requiera la Autoridad de Aplicación para arbitrar en los problemas de Interconexión. f) El incumplimiento reiterado de los términos y condiciones de los Convenios de Interconexión. g) No reportar las fallas a que se refiere el artículo 20 del RNI o la reincidencia en la no atención a fallas que afecten la Interconexión. h) Entregar en forma intencional información, servicios o facilidades que degraden la calidad de la Interconexión con otras redes. i) Desconectar una red o interrumpir la Interconexión en forma intencional sin la debida autorización previa de la Autoridad de Aplicación. j) La provisión de servicios de Interconexión a precios inferiores al costo incremental de largo plazo de proveer dichos servicios por considerarse práctica predatoria".

caducidad, en la redacción de la norma no hay una correspondencia reglada entre los incumplimientos y la sanción que resultaría aplicable. La norma dispuso que la autoridad de aplicación reglamentara el régimen sancionatorio de conformidad a los principios y disposiciones establecidos en ella y mantuvo vigente las tipificaciones y sanciones previstas en los reglamentos específicos.

En el art. 67 de la Ley 27.078 se prevé de modo genérico que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Argentina Digital, sus reglamentaciones, las licencias, autorizaciones o permisos de uso dará lugar a la aplicación de las siguientes sanciones:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa.
- c) Suspensión de la comercialización.
- d) Clausura.
- e) Inhabilitación ⁹.
- f) Comiso de equipos y materiales utilizados para la prestación de los servicios.
- g) Decomiso.
- h) Caducidad de la licencia, del registro o revocatoria de la autorización o del permiso.

Se presentan como novedosas las sanciones de suspensión de la comercialización y la clausura, pero la norma propuesta no detalla ni explica las circunstancias en que tendrían lugar cada una de estas penalidades. Asimismo, se discrimina entre la caducidad de la licencia y la del registro de servicio, previsión que aporta claridad porque no era razonable que ante la falta de prestación de uno de los servicios registrados, el licenciatario perdiera su licencia, en lugar de disponerse eventualmente, la caducidad del registro del servicio en cuestión.

Por lo demás, no se comprende la distinción entre comiso y decomiso, ya que conforme los términos del *Diccionario de la Real Academia Española*, se trata de sinónimos. El decomiso está regulado especialmente en el art. 72 de la Ley 27.078 donde se prevé que aquellos casos en los que se detecte la prestación de Servicios de TIC en infracción a las licencias, permisos, autorizaciones, homologaciones o habilitaciones dispuestas en esa ley o que por cualquier

⁹ De acuerdo con el art. 68, la inhabilitación es una accesoria de la sanción de caducidad de la licencia.

medio invadan u obstruyan las vías generales de comunicación, se perderán en beneficio del Estado nacional los bienes, instalaciones y equipos empleados en la comisión de dichas infracciones. La gravedad de esta sanción aumenta en función del tipo normativo abierto empleado: “prestación de Servicios de TIC en infracción de las licencias”. Cualquier incumplimiento del marco regulatorio podría ser calificado de esa forma.

El secuestro y decomiso sólo estaban previstos en el Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico, Decreto 764/00, Anexo III, art. 21 y en el art. 36 de la Ley 19.798, para los casos de estaciones radioeléctricas, medios y sistemas de radiocomunicación que, por funcionar sin la autorización formal correspondiente, eran consideradas clandestinas.

En el año 2021 se dicta el Régimen de Sanciones ¹⁰ en el que se tipifican con otro nivel de detalle las conductas reprochables y se contemplan las siguientes sanciones ¹¹:

1. Apercibimiento ¹².

2. Revocación de las autorizaciones, habilitaciones o permisos de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico y de las autorizaciones y habilitaciones otorgadas para instalar y operar una estación, medios o sistemas radioeléctricos.

3. Multa.

4. Secuestro y posterior decomiso de los equipos y materiales utilizados en la provisión del servicio en infracción a las licencias, permisos, autorizaciones, homologaciones o habilitaciones ¹³.

10 Resolución ENACOM 221/21.

11 Art. 36.

12 El artículo 4° del Reglamento de Sanciones tiene la particularidad de facultar la aplicación de la sanción de apercibimiento sólo ante los supuestos de infracciones que no hayan ocasionado perjuicios a los clientes, a terceros o al Estado Nacional. No basta la levedad de la falta, sino que debe mediar falta de perjuicio, cualquiera fuere su dimensión.

13 El reglamento incorpora un supuesto nuevo de habilitación del decomiso que no estaba contenido ni en la Ley 19.798, ni en el Anexo IV del Decreto 764/00, ni en la Ley 27.078: el decomiso en aquellos casos en que por cualquier medio se invadan u obstruyan las vías generales de comunicación.

5. Suspensión de la comercialización del servicio en infracción ¹⁴.
6. Clausura de o los establecimientos utilizados para la comercialización en infracción ¹⁵.
7. Caducidad de la licencia o del registro de servicio no prestado respectivo.
8. Inhabilitación ¹⁶.

3. Graduación de sanciones. Eximentes

3.1. Graduación

La regulación del sector también ha evolucionado con relación a los elementos a considerar para la evaluación y graduación de sanciones. Inicialmente, el Pliego tuvo en consideración la gravedad del incumplimiento, el cumplimiento de las metas del servicio ¹⁷ y las dificultades o perjuicios ocasionados al servicio prestado. Asimismo, estableció que la reiteración de incumplimientos sería considerada como agravante para la aplicación de las sanciones ¹⁸.

En el Decreto 1185/90, se detallaron con mayor precisión los aspectos a considerar a los fines de la graduación de las sanciones, y se enumeraron: 1) la gravedad y reiteración de la infracción; 2) las dificultades o perjuicios que la infracción ocasione al servicio prestado, a los usuarios y a terceros; 3) el grado de afectación del interés público y 4) el grado de cumplimiento de las metas obligatorias y no obligatorias y demás condiciones fijadas en la licencia o permiso

14 Esta sanción se prevé para casos de incumplimientos que ocasionen perjuicios serios e irreparables a los clientes, o tuvieran gran repercusión social.

15 Al igual que en el caso de la suspensión de comercialización, esta sanción se prevé para casos de incumplimientos que ocasionen perjuicios serios e irreparables a los clientes, o tuvieran gran repercusión social.

16 La accesoria de inhabilitación ante la caducidad de la licencia, inhabilita a la titular sancionada y a los integrantes de sus órganos directivos por el término de cinco años para ser titulares de licencias, socios o administradores de licenciatarias (art. 68, Ley 27.078).

17 Metas de servicio, numeral 10.1.8.3. del Pliego.

18 Numeral 13.10.3, Decreto 62/90.

respecto del servicio en cuestión, si las hubiere ¹⁹.

La Ley 27.078 fija de manera general que la sanción que se imponga ante la verificación de una infracción se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor y el grado de afectación al interés público ²⁰. Introduce así, una pauta que no se encontraba presente hasta ese momento. El foco ya no sólo está puesto en la afectación del interés público, de los usuarios o terceros, sino también en la capacidad económica del infractor. Una capacidad económica que no se establece cómo se mide, ni con qué regularidad. Se desconoce de qué herramientas se valdrá el órgano que aplique sanciones para ponderar esa capacidad económica a la hora de fijar una sanción.

En esa misma línea, el Reglamento de Clientes de los Servicios de TIC ²¹, dispone que para evaluar la sanción a aplicar se tendrán en consideración las siguientes circunstancias: a) la gravedad de la falta; b) los antecedentes del prestador con relación al cliente. c) sus antecedentes generales; d) las reincidencias; e) el ocultamiento deliberado del incumplimiento, mediante registraciones incorrectas, declaraciones erróneas u otros arbitrios similares; f) el reconocimiento de la infracción y su reparación. Aparece aquí, en una norma reglamentaria de rango inferior, un factor a considerar que no contemplan la Ley 27.078 ni el Decreto 1185/90, “la reparación” del daño ocasionado por la infracción. Se mezclan dos instancias, dos momentos. El hecho que importa un incumplimiento y la posibilidad de reparación con carácter previo al momento de la aplicación de la sanción. Se incorpora también la referencia a los antecedentes del prestador que no está en la Ley 27.078 pero ya habían aparecido en una reglamentación derogada por el Reglamento de Clientes (Resolución MM 733/2017), en sus dos variantes: los antecedentes generales del prestador y los “en relación” al cliente ²².

Finalmente, el Régimen de Sanciones dictado en el año 2021 estructura la graduación de sanciones sobre criterios generales y otros

19 Decreto 1185/90, art. 38 inciso b).

20 Ley 27.078, art. 70.

21 Resolución MM 733/2017.

22 Resolución SC 37/2014, Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA).

específicos respecto de las multas ²³. En primer lugar se reitera lo establecido en la Ley 27.078, en cuanto a la gravedad de la falta, la capacidad económica del infractor y el grado de afectación del interés público, pero se agregan las siguientes circunstancias: a) el carácter continuado del hecho pasible de sanción ²⁴; b) la afectación del servicio; c) la obtención de beneficios económicos por parte del infractor; d) los perjuicios que la falta ocasione a los usuarios y a terceros; e) la clandestinidad u ocultamiento deliberado de la falta mediante registraciones incorrectas, declaraciones erróneas y otros arbitrios similares; f) la falta de homologación o certificación de los aparatos o equipos utilizados; g) los antecedentes y reincidencias del infractor, en general y con relación a sus clientes; h) la proporcionalidad entre la infracción y la sanción; i) el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio.

En lo que respecta a las multas, además de las circunstancias detalladas, se añade el considerar la pérdida, en términos económicos, incurrida por todas las personas afectadas por el incumplimiento, y el ingreso económico excedente resultante de la infracción. La norma reglamentaria no se limita a facilitar la aplicación de la Ley 27.078, sino que incorpora pautas de evaluación que modifican el espíritu de aquélla. La capacidad económica del infractor no es equivalente a los ingresos económicos excedentes que se generen con una infracción, ni está dada por los beneficios económicos que aquél obtenga. Parecen varas distintas. Directamente se incorpora otro criterio. No es una aplicación de la ley, ni una norma que ayude a interpretarla. Por otra parte, llama también la atención la consideración de las pérdidas en términos económicos de “todas las personas afectadas”. Esto parece ser consecuente con la mención a los perjuicios que la falta ocasione a terceros. Se trata de una pauta de gran amplitud.

²³ Arts. 22 y 6 respectivamente.

²⁴ Este elemento para la graduación de sanciones, debe evaluarse con relación a otras disposiciones del Régimen de Sanciones como la falta permanente y la multa diaria. Se advierte que son figuras que pueden resultar aplicadas simultáneamente a una misma conducta o incumplimiento. “El carácter continuado del hecho pasible de sanción”, puede constituir un agravante al momento de aplicar la sanción y también puede resultar en una falta permanente o motivar que, si se ordenó el cese bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria, ésta también termine siendo aplicada por el mismo hecho y su continuidad.

Pérdidas en términos económicos o generación de perjuicios deben ser objeto de prueba en las actuaciones. Por ello, la sola mención como criterio de graduación de una multa sin referencia a con qué procedimientos o medios contará la autoridad para aplicarlo, lleva a cuestionar también la conveniencia y razonabilidad de su inclusión en este reglamento.

3.2. Eximición de sanciones

En el Decreto 1185/90 se describen como eximentes o supuestos de exclusión de sanción, los incumplimientos derivados de fuerza mayor u otras causas no imputables al prestador en tanto se encuentren debidamente acreditados; y los casos en que el prestador corrija o cese el incumplimiento ante la intimación que bajo apercibimiento de sanción le curse la autoridad. Esto último no rige cuando el incumplimiento produzca perjuicios serios e irreparables o gran repercusión social o haya motivado una intimación anterior ²⁵.

En el “Régimen Sancionatorio para los prestadores del servicio básico telefónico”, se preveía la no aplicación de sanciones ante casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditados y comunicados a la autoridad dentro de los 3 días hábiles de acaecidos. Se contemplaba también que los prestadores tuvieran un plazo prudencial para efectuar las correcciones o reparaciones necesarias o los medios para subsanar las causas que habían dado origen a las infracciones, y durante ese tiempo tampoco se aplicaran sanciones ²⁶.

En el Régimen de Sanciones, se establece en forma expresa la existencia de conductas no sancionables ²⁷, pero se las acota sólo al supuesto de los incumplimientos derivados de caso fortuito o fuerza mayor y se regula para todos los servicios, ya no sólo respecto del Servicio Básico Telefónico, la exigencia de que el caso fortuito o fuerza mayor se encuentren debidamente acreditados y comunicados a

²⁵ Esta previsión se reproduce casi textual en el Régimen Sancionatorio para los prestadores del servicio básico telefónico, art. 15 (Resolución SC 10.059/99).

²⁶ Resolución SC 10.059/99, art. 4.

²⁷ Artículo 19, Resolución ENACOM 221/21.

la autoridad de aplicación dentro de los 3 días hábiles de acaecidos. Se incorpora también que la autoridad fije un plazo prudencial a fin de que se efectúen las correcciones o reparaciones correspondientes.

En este punto, se advierte una distinción importante entre lo normado por el Decreto 1185/90 y el Régimen de Sanciones, ya que la segunda causal de eximición de sanción, prevista en el primero, era la corrección o cese en el incumplimiento ante la intimación bajo apercibimiento de aplicación de sanciones. La norma del Decreto 1185/90 es clara: “No serán pasibles de sanción”. La autoridad tiene allí una facultad reglada. Verificadas las causales de eximición, no puede aplicar una sanción. Sin embargo, en el texto del Régimen de Sanciones se desliza un tratamiento distinto y trascendente. En su artículo 20 se dispone que cuando el infractor corrija el incumplimiento ante la intimación que, bajo apercibimiento de sanción, le curse la Autoridad de Aplicación, otorgándole un plazo razonable al efecto, ésta “podrá” no sancionar al infractor o aplicarle un apercibimiento. La diferencia es sutil pero relevante. Lo que en la norma del Decreto 1185/90 era una obligación para la autoridad, el no sancionar, ahora se transforma en una facultad discrecional. A la luz de la jerarquía normativa de este reglamento, se trata de una discrecionalidad ilegítima, por ser contraria a la norma de sustancia legislativa que se reglamenta ²⁸.

4. Multas. Proporcionalidad. Exceso de punición

La sanción de multa ha estado prevista en todos los regímenes sancionatorios o de penalidades del sector sea en normas generales o reglamentos específicos de algún servicio.

En lo que respecta a su monto, cabe señalar que en el Decreto 1185/90 se encuentra estipulado en el art. 38 que la sanción de multa será aplicada en moneda de curso legal equivalente a determinada cantidad de pulsos telefónicos (UT-PTFO), tomándose el valor unitario vigente al momento del cumplimiento de la sanción ²⁹.

La norma fija también un límite a la aplicación de multas y determina que éstas no excederán de 3.000.000 de pulsos por infrac-

²⁸ *Fallos*, 341:1763 (2008).

²⁹ A septiembre 2022, el valor del pulso telefónico o PTFO es de \$ 0.0469.

ción. Asimismo, si mediare persistencia en la conducta infractora pese a la intimación que curse la autoridad de control, o la infracción tuviere grave repercusión social, dicho máximo se elevará a 12.500.000 de pulsos ³⁰.

Los límites comentados encontraron oportunamente excepciones en los casos de hechos colectivos. Ante eventos o incidentes que comprometieron la prestación de servicios a un número considerable de usuarios, las autoridades del sector consideraron la multiplicidad de usuarios afectados y, previa invocación de la situación de grave repercusión social, aplicaron sanciones por arriba de ese límite ³¹. Lo expuesto podría ser objetable porque pareciera que la existencia del agravante de la repercusión social es lo que habilita justamente a llevar la sanción al máximo de 12.500.000 de unidades de tasación, y no a vulnerar el límite establecido en la normativa. Al respecto, cabría considerar que la grave repercusión social impacte en la reparación de daños o el reconocimiento de los días sin servicio.

Ante la aplicación de sanciones de multa por montos que excedían los máximos permitidos en la normativa, prosperó en ocasiones el control judicial que hizo lugar a planteos por exceso de punición

30 En el caso del “Régimen Sancionatorio para prestadores de servicio básico telefónico” (Resolución SC 10.059/99), se disponían otros límites: “ARTICULO 8°.- Las infracciones no contempladas en los artículos anteriores serán evaluadas de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del presente Régimen Sancionatorio y la multa a aplicar, de corresponder, no será inferior a MIL (1000) unidades de tasación ni superior a UN MILLON (1.000.000) de unidades de tasación, salvo en caso de reincidencia con relación al mismo cliente y por la misma falta dentro del transcurso de UN (1) año aniversario. En tal situación los límites se incrementarán en un CINCUENTA POR CIENTO (50%) por cada reincidencia. ARTICULO 9°.- Las multas no serán inferiores a MIL (1000) unidades de tasación ni superiores a CIEN MIL (100.000) unidades de tasación para las calificadas como graves; ni inferiores a DIEZ MIL (10.000) unidades de tasación ni superiores a UN MILLON (1.000.000) de unidades de tasación para las calificadas como gravísimas. En caso de reincidencia, con relación al mismo cliente y por la misma falta dentro del transcurso de UN (1) año aniversario, los límites se incrementarán en un CINCUENTA POR CIENTO (50%) por cada reincidencia”.

31 Confrontar a modo de ejemplo: Resoluciones CNC 1271/13 y CNC 1272/2013, en las que se sancionó a dos licenciatarias con 41.250.000 y 125.000.000 UT respectivamente, por la interrupción de servicios constatada con motivo de la inundación en la ciudad de La Plata el día 2 de abril de 2013.

y falta de sustento normativo de la multa fijada. Cabe citar como ejemplo el caso de la aplicación de una multa de 12.500.000 UT por el incumplimiento de la instalación de servicios telefónicos públicos ante la situación de emergencia generada por la interrupción de servicios producida por el robo sistemático de cableados, cuando por faltas gravísimas como la imputada, el art. 9 del Régimen sancionatorio para los prestadores del servicio básico telefónico, prevé como máximo 1.000.000 UT ³².

El nuevo Régimen de Sanciones establece una unidad de medida distinta para la fijación de los montos de las multas. Se utiliza la PBU-SBT, correspondiente a la Prestación Básica Universal y obligatoria para el Servicio Básico Telefónico ³³ aprobada mediante artículo 1° de la Resolución 1467/2020 del ENACOM.

En cuanto a los límites, se establece en hasta 50.000 (cincuenta mil) veces el valor mensual de la PBU-SBT, a menos que se dé un caso de reiteración. Para el caso de reiteración en la comisión de faltas o infracciones sancionables con multa, el régimen establece que los montos de la multa se duplicarán respecto de los aplicados por la falta anterior, pudiendo ser establecida en hasta una suma máxima equivalente a 200.000 (doscientas mil) veces el valor mensual vigente de PBU-SBT.

El cambio en la unidad de medida representa una modificación muy significativa respecto del régimen anterior. El máximo de multa posible ante casos de reiteración, pasó de \$586.250 a \$76.000.000 por el solo efecto del cambio de unidad de medida propuesta. El Régimen de Sanciones aprobado mediante resolución del ENACOM, se fundamentó en que los montos de multas “habían devenido obsoletos e inconsistentes con la dinamización comercial del sector”, pero no contiene mención o derogación expresa del Decreto 1185/90 en el que se establece otra unidad de medida y límites.

Otra novedad es que se dispone para las multas un “monto mínimo” establecido con un doble criterio. El primero es que se fija un monto no inferior a 50 PBU-SBT. El segundo, es de dificultosa apli-

32 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Telefónica de Argentina S.A. c/CNC y otros s/ proceso de conocimiento” (2011).

33 Valor PBU-SBT al mes de agosto de 2022 es de \$380 (trescientos ochenta pesos argentinos).

cación, ya que se establece que la multa nunca podrá ser inferior al beneficio obtenido por la persona sancionada ni a la pérdida sufrida por el afectado de la infracción.

5. Multa diaria

Un último aspecto de particular interés vinculado a los límites del poder sancionatorio es el de las multas diarias.

La multa diaria está prevista expresamente en el art. 9 y en el art. 48 inciso c) del Régimen de Sanciones y ya estaba regulada en el Decreto 1185/90 (art. 38 inc. j, párrafo 2º). Estas normas habilitan al ENACOM a aplicar multas diarias hasta el efectivo cumplimiento de una obligación establecida en el mismo acto sancionatorio.

Las multas diarias actúan como sanción conminatoria, ya que es el medio tendiente a obligar al prestador a que haga efectivo un deber que se le ha impuesto.

La naturaleza conminatoria de la multa diaria es un aspecto que la hace comparable a las astreintes, que son sanciones procesales impuestas a título condicional y como medida de coacción psicológica destinadas a vencer la resistencia del obligado y llevarlo al cumplimiento de la manda judicial.

Lo que caracteriza a toda decisión en materia de astreintes es que no causa estado, es provisional y no se ve afectada por el principio de preclusión procesal ya que aquéllas pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas (conf. artículo 666 bis del ex C. Civil, hoy art. 803 del CCyCN y 37 CPCCN). Por ser una obligación accesoria que se impone al deudor, las astreintes cesan con la extinción de la obligación principal. En el caso de la multa diaria, la jurisprudencia estableció que su cómputo debe correr hasta la fecha del efectivo cumplimiento de la obligación dispuesta más allá de la fecha en que las licenciatarias lo acrediten en los actuados ³⁴.

Lo interesante de asimilar uno y otro instituto por compartir la naturaleza conminatoria, es que se podría solicitar que se aplique el mismo carácter provisional a las multas diarias y que el organismo de control pueda dejarlas sin efecto, como se ha plasmado en la jurisprudencia respecto de las astreintes, con una valoración de la

³⁴ “CNC- Resolución 2051 y otras c/CTI PCS S.A. s/proceso de ejecución” Expediente N 22714/05.CNACAF, Sala I.

evolución de las circunstancias o las justificaciones del administrador incumplidor.

Que el sentido de la multa diaria sea más que sancionatorio, conminatorio, tiene claras consecuencias en otros temas como la razonabilidad de su monto, y la posibilidad de que se la deje sin efecto o no se la ejecute ante el cumplimiento -aun tardío- de la obligación.

Con relación al monto de la multa diaria y su razonabilidad, tomando una asimilación por vía analógica a la figura de las astreintes, se podría invocar el precedente “Rizzi”³⁵, en cuanto allí se dispuso que no cabe tolerar que “un originario propósito represivo se traduzca en una fuente injustificada de enriquecimiento, ni que se quiebre toda norma de razonabilidad”, ya que de lo contrario se violentarían los principios establecidos en los arts. 953 y 1071 del (ex) C. Civil (hoy arts. 279 y 10 del CCyCN) y se desnaturalizaría la finalidad de la pretensión.

La obligación de hacer o no hacer que se intima a cumplir mediante una multa diaria, debe ser materialmente posible. En este punto también se puede hacer una asimilación con el régimen de las astreintes. Las astreintes presuponen la existencia de una obligación “de cumplimiento factible” que el obligado no satisface deliberadamente³⁶. La jurisprudencia exige respecto de ellas su razonabilidad y ajuste a los arts. 279 y 10 del CCyCN (953 y 1071 del ex Código Civil). De igual modo, la obligación cuyo cumplimiento se exige con la multa diaria debe ser física y jurídicamente posible, es decir, de cumplimiento factible.

Por otra parte, debe quedar claro que el incumplimiento se motiva en una conducta renuente, con ánimo doloso o al menos “gravemente negligente” del incumplidor. Si el licenciatario acredita la imposibilidad real de cumplimiento, no se verificarían los supuestos del ánimo doloso o gravemente negligente, exigidos en la jurisprudencia³⁷.

³⁵ *Fallos*, 323:2562 (2000), y otros antecedentes en *Fallos*, 316:1972.

³⁶ ARAZI, Roland-ROJAS, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado*, T I, pág. 208, nro.1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

³⁷ “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Serv. de Acc.Com. y Otro c/Telefónica de Arg. S.A. y otros s/amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 3º C.P.C.C.N.)” Causa: 22.047/97, del 13/09/99, CNACAF, Sala V.

Se observa que la resolución que decreta una sanción conminatoria como las astreintes puede ser dejada sin efecto o modificada, en tanto haya “desaparecido el motivo de su imposición” o “variado las circunstancias fácticas que la determinaron”, es decir cuando no subsistiesen las razones que en su momento justificaron su imposición ³⁸. Esta doctrina también puede ser utilizada para respaldar un pedido de no liquidación de multa diaria en supuestos en los que se ha tornado de cumplimiento imposible la obligación establecida al prestador, o por cambios de circunstancias fácticas o por haber desaparecido el motivo de su imposición ³⁹.

El art. 38 del Decreto 1185/90 prevé la aplicación de multas diarias en los casos en que persista el incumplimiento de la obligación y dentro del máximo establecido ⁴⁰. Lo significativo es que en ese régimen, la multa recurrida quedaba en suspenso hasta adquirir firmeza en sede administrativa. No obstante, la multa diaria corría desde el momento en que era exigible la obligación de hacer o no hacer impuesta por la autoridad en forma simultánea a la aplicación de la multa principal. Esto generó un mecanismo complicado, porque la dilación de los procedimientos que concluyeran con el rechazo de la impugnación del administrado, operaba en forma gravosa con relación al cómputo del monto de la multa diaria.

La multa diaria ha resultado particularmente cuestionada en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones. La autoridad fija una multa diaria por debajo de los valores máximos establecidos, sin embargo, por la mera aplicación del paso del tiempo se puede llegar a valores muy superiores y hasta al máximo fijado por el regulador. Ante planteos de exceso de punición derivados del cómputo de una multa diaria, el ente de control ha sostenido que la desproporción entre la sanción y la conducta reprimida sólo se verifica ante la conducta de la licenciataria que deja pasar un tiempo excesivo sin cumplir con lo requerido bajo apercibimiento de la

38 “Toscanini Yesica Ruth c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares”. Fuero Contencioso Adm. Federal, Juzgado N°: 1 Secretaría N°: 1, -2012- con cita de FENOCHIETTO, Carlos, *Código Procesal comentado*, Astrea, 1999, t. 1, pág. 167.

39 Ej. cuando el usuario respecto del cual se solicita reactivar un servicio, ha dejado de ser cliente de la compañía.

40 Artículo 38 inciso j), Decreto 1185/90.

aplicación de aquélla ⁴¹.

Se ha debatido hasta cuándo deben computarse las multas diarias ¿Hasta que el sujeto obligado cumpla con la conducta exigida bajo apercibimiento de la aplicación de la multa diaria, o hasta que se acredite tal cumplimiento? La cuestión fue zanjada por la jurisprudencia en tanto consideró que el cómputo de la multa diaria debe correr hasta el efectivo cumplimiento de la obligación dispuesta, más allá de la fecha en que las licenciatarias lo acrediten en los actuados ⁴².

Otro problema que presentan las multas diarias tiene que ver con cuál es el criterio para la fijación de obligaciones (de hacer o no hacer) y los plazos para cumplir con ellas; así como el seguimiento administrativo de los mandatos impuestos bajo apercibimiento de aplicación de la multa diaria.

Las intimaciones al cese de una conducta o a una reparación tienen que atender a las circunstancias de cada caso y fijar un plazo razonable de cumplimiento.

Los precedentes jurisprudenciales analizados dan cuenta de situaciones que generan un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica, por el tiempo que puede transcurrir entre el curso de las multas diarias y su liquidación, o entre la liquidación y la posterior ejecución judicial de aquéllas.

Se aplica una sanción por un incumplimiento y además se intima a cesar en ese incumplimiento bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria. La sanción se recurre. Todo el procedimiento se encauza en función de las impugnaciones presentadas y en paralelo, permanece el universo de la multa diaria y su curso. ¿Cuánto tiempo se puede permanecer en esa ventana de potencial aplicación de una sanción? El Estado no puede tener *sine die* la potestad de efectuar las liquidaciones de multa diaria o, habiendo realizado una liquidación, dilatar el proceso de ejecución judicial.

41 Resolución ENACOM 5439/16: “la mera aplicación de una multa diaria en caso de incumplimiento no ocasiona perjuicio o merma en el patrimonio del obligado. El perjuicio económico se deriva de la efectivización del apercibimiento cursado, es decir de la conducta asumida por la empresa al dejar transcurrir el tiempo sin cumplir con lo ordenado por la Autoridad”.

42 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso, en autos “CNC – Resolución N° 2051 y otras c/CTI PCS S.A. s/Proceso de Ejecución”, Expediente N° 22.714/05, citado en la Res. ENACOM 5439/16.

La reglamentación comentada no tiene un plazo expresamente previsto, pero de acuerdo con la Ley 27.078 (art. 64) y con el Régimen de Sanciones (art. 53), será de aplicación supletoria la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549. Con ello se incorpora el principio de celeridad y fijación del plazo residual de su artículo 1º, incisos b) y e) apartado 4º, los cuales dejan en claro que el legislador procura evitar dilaciones inaceptables que afecten la seguridad jurídica.

El análisis de casos jurisprudenciales vinculados con aplicación de multas diarias conduce a una valoración del concepto de plazo razonable del procedimiento administrativo y la figura de la prescripción de la acción sancionatoria o de la pena.

En cuanto a la aplicación del instituto de la prescripción se han suscitado algunas discusiones puntuales con relación a las multas diarias, relativas a la determinación del momento en que se dispara el cómputo de los plazos y sobre la presencia de causales de suspensión o interrupción. Se observa una gran dispersión de criterios y una casuística que impide exponer una doctrina jurisprudencial uniforme.

En lo que respecta a la impugnación de las liquidaciones, se ha reconocido el carácter suspensivo de esas actuaciones con aplicación del artículo 1º inciso e), apartado 7 de la Ley 19.549.

También se ha discutido si las liquidaciones y notas de rechazo de las impugnaciones contra ellas, constituyen actos administrativos a los fines de determinar cuándo se está en condiciones de emitir el certificado de deuda e iniciar la ejecución judicial. Se ha fallado en el sentido de reconocer la necesidad de que las liquidaciones se encuentren firmes para proceder a una ejecución judicial. La multa es impuesta en un acto administrativo que antecede a la liquidación, pero en ejecuciones de multas diarias sujetas a aquélla, la suma en ejecución no surge del acto antecedente, sino que requiere de su determinación a los fines de la emisión del certificado de deuda correspondiente. Razón por la cual, en estos casos, a los fines de la prescripción se ha destacado que cuando se trata de la ejecución de multas diarias, su pago se halla sujeto a la liquidación de los importes correspondientes ⁴³.

43 "ENACOM c/Telefónica de Argentina SA s/proceso de ejecución" (Causa No 67.752/2015) del 4/5/17; "ENACOM c/Telefónica de Argentina SA

El otro punto de discusión ha sido sobre el impacto del certificado de deuda en el cómputo de los plazos de prescripción. Se observa que en tanto algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal le reconocen un efecto interruptivo, por entender que su emisión da un inequívoco impulso de las actuaciones y pone de manifiesto la voluntad de cobro compulsivo ⁴⁴, otras han considerado que el certificado nada agrega, ni se lo pone en conocimiento del deudor, razón por la cual carece de aptitud para interrumpir el plazo legal de prescripción de la acción judicial para el cobro de la multa ⁴⁵.

Todos los supuestos de aplicación de sanciones deben ser analizados con el criterio de que la acción punitiva estatal no puede ser ejercida fuera del plazo que la ley establece como límite al *ius puniendi*, y que la institución de la prescripción es una garantía del administrado en el procedimiento sancionador.

6. Falta permanente

En el Régimen de Sanciones, art. 25, aparece una nueva figura: la “falta permanente”. Se define como tal a una conducta infractora que no cesa y que habilitaría a la autoridad a formular un nuevo cargo una vez que el prestador se encuentre notificado de la sanción impuesta. Este supuesto se puede considerar como una tipificación de conductas en principio no prevista ni en la Ley 27.078, ni en el Decreto 1185/90, y como tal, sería cuestionable su inclusión a través de un supuesto reglamento de ejecución. Desde otra óptica, si de lo

s/proceso de ejecución” (Causa No 75.115/2016) del 6/2/18; “AFTIC c/Telecom Argentina SA s/PROCESO DE EJECUCION” del 18/02/2020, CNACAF Sala III.

44 “ENACOM c/CTI PCS SA s/PROCESO DE EJECUCION” del 10/12/21; “ENACOM c/AMX” del 21/4/2022; “CNC-Resol 1182/06 (expte. 1392/06) c/Telefónica de Argentina SA s/proceso de ejecución” del 11/6/13, CNACAF Sala IV.

45 “CNC-Resol 1182/06 (expte.1392/06) c/Telefónica de Argentina SA s/proceso de ejecución” del 11/6/13, “AFTIC c/Telefónica de Argentina SA s/proceso de ejecución”; “ENACOM c/Telefónica Móviles Argentina SA s/Proceso de Ejecución” del 28/09/17, CNACAF, Sala IV.

que se trata es de castigar la misma conducta objeto de la sanción inicial, nos encontraríamos ante la afectación del principio de *non bis in idem*.

La norma comentada no aporta claridad sobre cómo juega el concepto de falta permanente con el de multa diaria. Conforme se prevé en su art. 48 inciso c), ante cada sanción se pueden establecer obligaciones de hacer y aplicarse una multa diaria por cada día de incumplimiento. No hay una línea de distinción clara entre la persistencia de este incumplimiento y la persistencia de conductas infractoras. ¿Podría haber aplicación de multas diarias sucedidas de una sanción por falta permanente?

Más allá de la aplicación que se haga del reglamento en examen, si luego de aplicar una sanción, se efectúa un “nuevo cargo” por el hecho de que la conducta reprochada no haya cesado, se estará promoviendo sancionar dos veces al mismo sujeto por el mismo incumplimiento. El principio de *non bis in idem* como principio del Derecho Procesal Penal, es pasible de ser invocado en el Derecho Administrativo sancionador⁴⁶. Protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar al respecto⁴⁷, y la inclusión de la figura de la falta permanente se vislumbra como violatoria de este principio propio del Derecho punitivo.

7. Prescripción y plazo razonable

La extinción de la acción y de la sanción tiene diversos fundamentos en las distintas previsiones normativas. No obstante, GARCÍA PULLÉS señala que en todos los casos debe entenderse subyacente la idea de poner término al conflicto provocado por la infracción al orden jurídico y restablecer, de algún modo, la paz social⁴⁸.

46 PTN. Dictámenes 205:56; 115:530; 143:362; 200:1, entre otros.

47 DEL RÍO, María Morena, “El Procedimiento Administrativo Sancionador”, en *Procedimiento Administrativo*. Guido Santiago TAWIL (Director)-Cátedra de Derecho Administrativo (UBA)/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

48 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Thompson Reuters, 2020, Capítulo VIII-Extinción de las acciones y de las sanciones en la potestad sancionadora de las administraciones públicas. E-book, <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titl>

Fundamentos adicionales se observan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto ha establecido: [que] “el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito” ⁴⁹. Este criterio debe trasladarse al ámbito de la potestad sancionadora de las administraciones públicas ⁵⁰.

En doctrina, se concluye con bastante consenso que en el Derecho Administrativo sancionador se aplican a los administrados los preceptos y garantías generales del Código Penal, entre otros, los principios de tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como también la garantía contra el doble juzgamiento y los límites temporales para el ejercicio de la acción ⁵¹.

En el Derecho Comparado también se destaca que al igual que ocurre en el Derecho Penal, la institución de la prescripción es aplicable al Derecho Administrativo sancionador. Se sostiene que el plazo de prescripción para las infracciones administrativas ha de ser el establecido en el Código Penal para las faltas penales, pues ante el silencio de la norma administrativa propia de la materia concreta de que se trate, no se puede excluir el efecto extintivo de la prescripción en el campo del ilícito administrativo dado que la inactividad administrativa por causas no imputables al “expe-

eKey=laley%2F2020%2F42818922%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=8dcf69ee874f4f2598e9974b6452ec36#.

49 Fallos, 342:2344, entre muchos otros.

50 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Thompson Reuters, 2020, Capítulo V. Las causas de extinción de la sanción.

51 CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, p. 217.

dientado” enerva la facultad de la Administración de ejercitar la potestad punitiva ⁵².

En materia de prescripción de la acción sancionatoria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha entendido que cuando el criterio que se debe observar no resulta de la letra y del espíritu del ordenamiento jurídico que le es propio, corresponde la aplicación de las normas generales del Código Penal ⁵³. Ha aplicado los principios y fundamentos que gobiernan el instituto de la prescripción en el Derecho Penal, siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico ⁵⁴ y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales ⁵⁵.

Entran a jugar las previsiones de los artículos 62 y 65 del Código Penal, respecto de la extinción de la acción o de la pena, así como los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con relación al “plazo razonable”.

Ni las leyes 19.798 y 27.078, ni los decretos 1185/90 y 764/00 contienen disposiciones con relación a la prescripción de la potestad sancionatoria y de las sanciones aplicadas en el Sector de las Telecomunicaciones.

Esta falta de previsión en el ordenamiento especial ha sido reconocida por los tribunales ⁵⁶. En cuanto al régimen general aplicable,

⁵² GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, p. 146. Comparte esta postura GARCÍA PULLÉS, en tanto sostiene: “...la falta de regulación legal de los institutos de extinción de la acción y la sanción en modo alguno pueden significar la creación de acciones o sanciones inextinguibles, pues dicha laguna normativa podrá ser integrada con las previsiones del Cód. Penal” (GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, cit.).

⁵³ *Fallos*, 274:425, 290:202, 295:869, 296:531, 303:1548, 323:1620, 335:1089.

⁵⁴ *Fallos*, 274: 425, 296:531, 323:1620, 325:1702.

⁵⁵ *Fallos*, 317:1541.

⁵⁶ CNACAF, “CNC c/CTI PCS SA s/proceso de ejecución” del 11/02/16; CNACAF, Sala I, “AFTIC c/Telefónica de Argentina SA s/proceso de ejecución” del 09/08/16, entre muchas otras.

las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se dividieron entre utilizar las normas del Código Penal y las del Código Civil. La discrepancia fue relevante antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial por la disparidad en los plazos de prescripción previstos.

El instituto de la prescripción es el instrumento jurídico adecuado para consagrar efectivamente la garantía del plazo razonable en los sumarios administrativos, tal como lo ha destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Losicer” y “Bonder” ⁵⁷.

En “Losicer” la Corte ponderó que los prolongados lapsos de inactividad procesal, atribuibles inequívocamente a la propia autoridad administrativa, eran el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución sólo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura. En esa oportunidad se consideró que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resultaba incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁵⁸.

También es relevante lo afirmado por la Corte en “Fizman” ⁵⁹ en tanto consideró que no era siquiera admisible evaluar la procedencia o no de la suspensión del curso de la prescripción, cuando la duración del proceso penal -en el caso casi dos décadas-, violaba ostensiblemente las garantías del plazo razonable del proceso y del derecho de defensa ⁶⁰.

La jurisprudencia ha extendido la aplicación de la garantía del plazo razonable únicamente a los procedimientos sancionatorios, aun cuando desde la doctrina se propicia su aplicación a toda ca-

⁵⁷ “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA” (2012-Fallos, 335:1126) y en “Bonder, Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/BCRA” (2013-Fallos, 336:2184).

⁵⁸ En igual sentido: “Martínez, Julio Jorge y otro c/BCRA”, CSJN (2012).

⁵⁹ Fallos, 332:1492 (2009).

⁶⁰ Fallos, 327:4185 (2004).

tegoría de procedimiento administrativo mediante reformas a las leyes de procedimientos administrativos.

En defensa de la aplicación del “plazo razonable” se argumenta que “las regulaciones estatales no establecen los plazos solamente como una medida de mero orden programático o con el fin de estimular la eficacia administrativa, sino que al hacerlo reconocen que no sería ajustado a derecho que el administrado pueda ser sostenido en vilo durante tiempo indeterminado e injustificadamente” ⁶¹.

Desde esta óptica se considera que el debido proceso adjetivo, reconocido en el artículo 1º, inciso f), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, obligan a la Administración a desempeñarse en tiempos razonables, estableciéndole límites temporales para el ejercicio de sus competencias.

Se concluye pues que la demora en el obrar administrativo, constituye una situación que el legislador quiere evitar para impedir así que los sumarios sean utilizados por la Administración, para sujetar al administrado a una presión por tiempo indeterminado, y recién después de largos períodos de tiempo, resolver respecto de una presunta infracción, sin que haya habido empleo útil del tiempo consumido. Se esgrime la posibilidad de un vicio de desviación de poder consistente en mantener latente la posibilidad de instruir un sumario y, luego, la de aplicar una pena, sosteniendo la inactividad de la Administración en tales actuaciones ⁶².

Incluso se ha llegado a plantear que toda vez que la Administración desconoce palmariamente los plazos de sustanciación y prescripción, lo que está realizando es una suerte de derogación singular y para el caso, de las previsiones aplicables en la materia de plazos previstos en la legislación o reglamentación. Esa derogación singular y tácita es claramente violatoria del principio de legalidad y de la garantía de igualdad ante la ley.

Otra garantía afectada por la dilación de los procedimientos y la falta de plazos razonables es el derecho a la tutela administrativa efectiva. Sobre este tema se ha señalado que la derivación de este

61 Santiago L. AVERSA, “Plazo razonable y prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva estatal en sede administrativa. Una perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional* - Número 2 - Mayo 2013.

62 Santiago L. AVERSA, “Plazo razonable...”, cit.

derecho evolucionó de una aplicación jurisprudencial a supuestos de irrazonable extensión de plazos en procesos judiciales, al control judicial de la razonabilidad de los plazos en los procedimientos administrativos y en particular los sancionatorios ⁶³.

8. Procedimientos previos. Medidas cautelares administrativas

8.1. Derecho de defensa

En el numeral 13.10.8 del Pliego se dispuso que en forma previa a aplicar las sanciones, se imputara el incumplimiento a la licenciataria y se otorgará un plazo de diez días hábiles administrativos, para la producción del descargo pertinente. Producido el descargo o vencido el término para hacerlo, la autoridad competente resolvería sin otra sustanciación y notificaría fehacientemente la sanción aplicada.

El art. 38 inciso h) del Decreto 1185/90, anticipaba que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la aplicación de las sanciones seguiría el procedimiento que estableciera al respecto. Sin embargo, no se dictó un procedimiento sancionatorio marco y de aplicación para todo tipo de sanciones y de servicios. El referido decreto delineó como parámetros básicos el respeto al derecho de defensa del imputado, la exigencia de notificación de la imputación y el otorgamiento de un plazo no inferior a 10 días hábiles administrativos para la producción del descargo pertinente.

El art. 64 de la Ley 27.078 contiene una previsión similar a la comentada, en tanto dispone que la autoridad dictará el procedimiento administrativo para la instrucción del sumario y la imposición de sanciones y supletoriamente será de aplicación la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549.

El Régimen de Sanciones aprobado por Resolución ENACOM 221/21, incorpora en su Título III, Capítulo 2, la regulación del Procedimiento sumarial en el que se introducen las siguientes variantes a destacar. Se exige expresamente la formulación de los cargos con

⁶³ Martín R. ESPINOZA MOLLA, “La garantía del plazo razonable frente a la suspensión de procedimientos y plazos administrativos derivada de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de coronavirus COVID-19”. RDA 2020-130, 04/08/2020, 112.

mención expresa de las normas infringidas y el traslado al presunto responsable para la realización de su descargo. Lo que llama la atención es que la norma cambia el carácter del plazo para la formulación de las defensas del presunto infractor. Las reglamentaciones previas se refieren a un plazo de 10 días hábiles administrativos. Se entiende que ese plazo es una garantía para el ejercicio del derecho de defensa del administrado. Sin embargo, la redacción del Régimen de Sanciones evidencia otro tenor. El descargo se deberá hacer en un plazo que no podrá exceder los 10 días hábiles. No se entiende por qué limitar a la Administración para fijar un plazo mayor. ¿Y si la complejidad del tema o las circunstancias del caso requiriesen de un plazo mayor?

Otro gran cambio incluido en el procedimiento sumarial es que se añade en el art. 48 inciso c), como una parte inherente al acto sancionatorio por dictarse, el que se establezcan las obligaciones de hacer que se meriten, con las correspondientes multas diarias hasta que se acredite el cumplimiento de lo ordenado. Los actos sancionatorios ya no implican un reproche y sanción de una conducta determinada, sino que se incorporan obligaciones de hacer o no hacer con plazos fijados por el ente de control para su cumplimiento y con una multa diaria ya prevista. Lo llamativo es que la discusión previa en todo sumario, se refiere a la existencia o no de la conducta reprochable, a la existencia en su caso, de atenuantes, eximentes o agravantes, pero en ningún momento hay una instancia para debatir esa obligación que se fijará, ni el plazo que establecerá para su cumplimiento la autoridad, al momento del dictado del acto sancionatorio.

Una última particularidad del nuevo procedimiento sumarial es que se establece que el acto administrativo que aplica la sanción dispondrá la forma y la oportunidad en la que el sancionado deberá comunicarla al público cuando la repercusión social lo haga conveniente. En ese supuesto, a la sanción se añade una exacción adicional porque las opciones a elección de la autoridad pueden incluir publicaciones en diarios de amplia circulación nacional y/o local y en facturas de los clientes.

8.2. Medidas previas

La Ley Argentina Digital introdujo en el marco regulatorio del sector de los servicios de TIC el dictado de medidas previas al inicio del proceso sancionatorio. Se dispone así que, mediante el dictado de

un acto administrativo, y sin una intervención anterior, la autoridad puede disponer el cese de la presunta actividad infractora cuando existan razones de imperiosa urgencia basadas en los siguientes supuestos: a) afectación del funcionamiento de los servicios de Seguridad Nacional, Defensa Civil y de Emergencias; b) exposición a peligro de la vida humana; c) interferencia a otras redes o Servicios de TIC y a las que se produzcan sobre las frecuencias utilizadas por el Servicio de Radionavegación Aeronáutica y el Servicio Móvil Aeronáutico ⁶⁴.

Por otra parte, durante el proceso sancionatorio también se prevé el dictado de medidas cautelares por parte de la autoridad, las que podrán consistir en: a) el cese inmediato de emisiones radioeléctricas no autorizadas; b) el cese inmediato de cualquier otra actividad presuntamente infractora que pudiese ocasionar un daño irreparable a los usuarios finales del servicio; c) el precintado de equipos o instalaciones afectados a la prestación de Servicios de TIC ⁶⁵.

La atribución de ordenar el cese de la conducta presuntamente infractora de algún modo estaba prevista en el Decreto 1185/90, dado que en su art. 38 inciso c) apartado 2 se hace mención a los casos en que el prestador corrija o cese el incumplimiento ante la intimación que bajo apercibimiento de sanción le curse la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La atribución de ordenar el cese inmediato de una actividad presuntamente infractora también se ha justificado en el art. 6 inciso a) del Decreto 1185/90, en cuanto facultó a la autoridad de control a hacer cumplir las leyes, decretos y demás normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones.

A las cautelares previas al inicio de un procedimiento sancionatorio se suman éstas que tienen la particularidad de no exigir una situación extraordinaria habilitante. No se requiere la afectación del funcionamiento de los servicios de Seguridad Nacional, Defensa Civil y de Emergencias, la exposición a peligro de la vida humana, o la interferencia a otras redes o Servicios de TIC y a las que se

⁶⁴ Ley 27.078, art. 65. En el Régimen de Sanciones (Resolución ENACOM 221/21), art. 46, se aclara que si existieran facultades concurrentes con otra autoridad competente, se dará traslado a ésta luego de materializada la medida precautoria.

⁶⁵ Ley 27.078, art. 66.

produzcan sobre las frecuencias utilizadas por el Servicio de Radionavegación Aeronáutica y el Servicio Móvil Aeronáutico. Llama la atención que el recinto de equipos o instalaciones no esté condicionado a la existencia de una estación clandestina o de emisiones no autorizadas, características que se omiten en el inciso transcrito.

Afortunadamente, en el Régimen de Sanciones se incorporó al menos un previo traslado por 2 días hábiles administrativos ⁶⁶ al presunto infractor, lo cual es coherente con considerar que se trata de la prestación de servicios de TIC, calificados luego del dictado del DNU 690/2020 como servicios públicos, y que los usuarios tienen derecho a recibir en condiciones de continuidad, regularidad, igualdad y calidad ⁶⁷.

En regímenes específicos encontramos otro tipo de medidas previas, como la facultad que acuerda el art. 38 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (RGCSBT) para que a los efectos de la investigación de un reclamo la autoridad pueda disponer que el prestador se inhíba de suspender o dar de baja, el servicio telefónico; o rehabilite un servicio telefónico que hubiera sido suspendido o dado de baja. Es interesante advertir que estas medidas precautorias tienen un plazo máximo de duración fijado en la normativa, el cual no puede exceder los 90 días corridos, con una prórroga excepcional de 30 días corridos.

9. Impugnación de sanciones en sede administrativa. Nuevo requisito de admisibilidad. Efectos. Control judicial

El ejercicio de las facultades sancionatorias en el sector de las telecomunicaciones no tiene medios de impugnación específicos. Se aplica el régimen de recursos previsto en el reglamento de la Ley 19.549. Tanto el Decreto 1185/90 como la Ley 27.078 y el Régimen de sanciones prevén que el acto de la máxima autoridad del ente descentralizado de control (hoy el ENACOM) agota la vía administrativa a los efectos del artículo 23 de la Ley de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de la procedencia del recurso de alzada.

⁶⁶ Interpretación hecha en función de la aplicación supletoria de la Ley 19.549 y su artículo 1º, inciso e) apartado 2.

⁶⁷ Ley 27.078, art. 59, inciso a).

Con respecto al alcance del control judicial del ejercicio de facultades sancionatorias, se ha advertido que el control de legitimidad del obrar administrativo y la consecuente fiscalización de los presupuestos fácticos en los que se sustenta la decisión impugnada, no debe restringirse a un mero control de arbitrariedad sin adentrarse en la revisión de los hechos o de la apreciación que de éstos efectúa la Administración ⁶⁸.

En lo que atañe a los efectos de la interposición de recursos administrativos, se observa que el Decreto 1185/90 y el Pliego disponen que toda multa deberá ser pagada dentro de los 30 días hábiles administrativos de haber quedado firme, bajo apercibimiento de ejecución. Al amparo de esta previsión se consolidó el carácter suspensivo de los recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos de aplicación de multas. En la Ley 27.078 se aclaró que la impugnación judicial de las sanciones, con excepción de la de caducidad de la licencia, carecía de efectos suspensivos. El sistema integrado por el Decreto 1185/90 y la Ley 27.078, deja en suspenso la ejecución de las multas hasta pasados los 30 días corridos de quedar firmes en sede administrativa.

Se advierte que el Régimen de Sanciones contradice la Ley 27.078 y el Decreto 1185/90 ya que no sólo se exige el pago de la multa en el plazo de 20 días hábiles de notificado el acto sancionatorio, sino que se acota el efecto suspensivo de la interposición de recursos en sede administrativa. El reglamento copia inicialmente en su art. 49, lo dispuesto por el legislador en el art. 76 de la Ley 27.078 y deja en claro que la sanción impuesta por el ente descentralizado agota la vía administrativa (se entiende que ello es así en la medida en que sea aplicada por su máxima autoridad) y que ello no obsta la procedencia del recurso de alzada a opción del recurrente. A continuación, replica la Ley en cuanto se afirma que agotada la vía administrativa, procederá el recurso en sede judicial y que su interposición no tendrá efecto suspensivo, a excepción del caso de la sanción de caducidad de la licencia.

Lo novedoso y generador de controversias es que, al momento del dictado del nuevo Régimen de Sanciones, el ENACOM hizo una valoración de cuál había sido la efectividad de los recursos de alzada

68 TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, t. II, Depalma, 1993, p. 431.

y su impacto en la duración de los procedimientos administrativos. Llegó a la conclusión de que se trataba de un instrumento utilizado -a su criterio- como maniobra dilatoria por parte de los administrados, y decidió que, por su carácter optativo, se exigiría en adelante el previo pago de la multa como requisito de admisibilidad de los recursos de alzada.

Los artículos 49 a 51 del Régimen de Sanciones no reglamentan la Ley Argentina Digital, sino que la contradicen y alteran su espíritu. La Ley mantiene el concepto de que la impugnación en sede judicial carece de efectos suspensivos. Se pretende quitar ese efecto a recursos en sede administrativa como el recurso de alzada. El reglamento introduce una distinción entre recursos administrativos que las leyes 19.549 y 27.078 no hacen. Por otra parte, se observa que las normas del reglamento se contradicen entre sí. El artículo 49, primera parte, reitera el efecto suspensivo hasta el recurso en sede judicial, en tanto que el art. 51 da a entender que ninguna impugnación tendría efecto suspensivo. Por último, el art. 50 al avanzar sobre la ejecución de las sanciones “vencidos los plazos para la interposición de los recursos”, está reconociendo que hay recursos administrativos que tienen por efecto suspender los efectos del acto sancionatorio.

La Resolución ENACOM 221/21 no sólo presenta contradicciones como las señaladas entre sus artículos, sino también entre sus considerandos y la parte dispositiva.

Todas las consideraciones para avalar la nueva exigencia del pago previo de la multa están referidas al recurso de alzada como su requisito de admisibilidad. Por ello, la única interpretación posible para guardar la coherencia de toda la norma con la previsión del último párrafo del artículo 49, es que éste se interprete como referido al supuesto de un recurso de reconsideración en el que expresamente se invoque la intención de dejar presentado el recurso de alzada en subsidio.

Antes de profundizar sobre la ilegitimidad del Régimen de sanciones con relación a la exigencia del pago previo de la multa para la admisibilidad del recurso de alzada, cobra interés repasar algunos de los argumentos que se utilizaron para motivar este cambio normativo: 1) se sostuvo que prácticamente la totalidad de las multas impuestas son recurridas pero que al cabo del control de tutela tales actos no han sido revocados; 2) que una vez firme el acto administrativo que impone una multa, los prestadores de Servicios de TIC,

en un gran número de casos, no avanzan con la impugnación en instancia judicial; y 3) que las dos circunstancias previas ponen en evidencia que se utiliza la vía recursiva con un efecto meramente dilatorio y no como herramienta de defensa de derechos.

Estas consideraciones parecen no ponderar el carácter gratuito del procedimiento administrativo, la legítima expectativa del administrado de lograr revertir el criterio de órgano sancionador y el respeto por el derecho a la tutela administrativa efectiva. Por otra parte, la responsabilidad sobre la dilación de los procedimientos se pone en cabeza de los administrados cuando en realidad la llave sobre la celeridad en la resolución de los recursos administrativos está en cabeza de la propia Administración.

Por último, la Resolución 221/21 presenta en sus fundamentos dos expresiones de gravedad: *“Que el derecho a recurrir una sanción bajo ningún aspecto puede significar un beneficio para quien ha incurrido en una conducta reprochable”* y *“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”*. Las dos consideraciones plasman un prejuicio que marca la concepción de la norma. El derecho a recurrir se apoya en el principio de inocencia y en el derecho de defensa. Por supuesto que significa un beneficio y una garantía en favor de los particulares administrados. No se trata de beneficiar con el derecho a recurrir a quien ha cometido una conducta reprochable, sino de dar la posibilidad de defenderse a quien está a tiempo de argumentar y probar que su obrar no merece reproche. Igual sesgo evidencia el segundo argumento respecto de que no habría afectación patrimonial, por obligar a pagar la multa en forma previa a recurrir, si el administrado no hubiera incumplido sus obligaciones. Una vez más, se debe resaltar que en la instancia recursiva, la existencia de incumplimiento reprochable es lo que aún no se ha confirmado.

La exigencia del depósito previo como presupuesto de admisibilidad del recurso de alzada importa una modificación al régimen general de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549 y su reglamento, Decreto 1759/72. No se trata de un procedimiento especial para un determinado ente descentralizado, o un recurso propio previsto para este sector, sino de una alteración de los requisitos de procedencia de un recurso administrativo contemplado en otro régimen sobre el cual el ENACOM no tiene competencias modificatorias.

La modificación introducida en el procedimiento recursivo puede ser observada en su constitucionalidad por lesionar el principio a la tutela administrativa efectiva, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2º, apartado 3, norma incorporada con jerarquía constitucional a nuestro Derecho, mediante el art. 75 inciso 22) CN. Allí nuestro Estado se compromete a garantizar que: “b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”. En esta norma y en el art. 3º de la Convención Interamericana contra la Corrupción se funda en doctrina el derecho a la tutela administrativa efectiva ⁶⁹.

La garantía de tutela administrativa efectiva ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Astorga Bracht” ⁷⁰. Allí se expidió sobre la constitucionalidad de una disposición que condicionaba el derecho de los particulares a recurrir actos administrativos emanados del COMFER y la CNC en la medida en que aquéllos estuvieran interesados en participar en un llamado a concurso público para la adjudicación de licencias. La Corte entendió que una disposición de este tipo restringía en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares pudieran impugnar cualquier resolución administrativa en contradicción con la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, y que resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva ⁷¹.

La Corte enfatizó que la garantía en cuestión “*supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar,*

69 MASSIMINO, Leonardo F., “La presunción de legitimidad y el efecto no suspensivo de los recursos administrativos”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, 2009, p. 297.

70 Fallos, 327:4185 (2004).

71 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XVIII y XXIV; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8º y 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8º y 25, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2º inc. 3º aps. “a” y “b”, y 14 inc. 1º.

ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos una sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos, 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada”. El análisis de la nueva normativa al amparo de esta jurisprudencia es inevitable. La modificación comentada desnaturaliza por completo el ejercicio de la acción recursiva en miras a concretar el derecho de defensa y la búsqueda de control tutelar.

El pago previo del monto de la multa como requisito de admisibilidad del recurso de alzada establece una distinción entre prestadores con mayor y menor capacidad de pago, favoreciendo a los primeros. Los administrados con presupuestos más ajustados se verán desalentados en la persecución de sus derechos o la defensa de lo que consideren justo, ya que no contarán con el recurso gratuito y opcional por excelencia para el control de los actos definitivos de la máxima autoridad de un ente descentralizado ⁷². Se verán disuadidos de incoar el control de tutela. Los fundamentos de la Resolución ENACOM 221/21 parecen concebir el principio general de gratuidad del procedimiento administrativo como un premio para particulares que no incumplan con la normativa o tengan que probar su inocencia en un determinado trámite. Vale destacar que este principio asegura el derecho de participación de los particulares mediante la eximición de los costos que les irroga la intervención en el procedimiento administrativo; y la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país le atribuyen carácter fundamental junto con los principios recogidos normativamente ⁷³.

72 “Edenor S.A. c/Municipalidad de General San Martín s/medida cautelar autónoma o anticipada”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín - Provincia de Buenos Aires, sentencia de fecha 11 de mayo de 2017: “Considero, asimismo, que el esquema procedimental descripto genera una desigualdad entre aquel que tiene la posibilidad de afrontar inmediata y totalmente la multa y quien no cuenta con medios suficientes para satisfacerla -art. 11 Const. Prov.- (SCBA I 3361 S 19/12/2012 ‘Herrera’)”.

73 CAPALBO, Sofía, “El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*. Guido Santiago TAWIL (Director), cit..

Resulta importante advertir que el principio de pago previo en materia tributaria tiene alcances distintos que el *solve et repete* en materia sancionatoria, por cuanto en este segundo caso no estamos en presencia del cobro de un tributo previsto en el presupuesto y que hace al sostenimiento y a la continuación del Estado. En consecuencia, no aplica en este caso el concepto de salvaguarda del patrimonio nacional, dado que las multas en materia sancionatoria en un sector de servicios públicos, no pueden ser entendidas como fuentes de recursos fiscales, aunque lo sean accesoriamamente ⁷⁴.

No puede asimilarse la exigencia del pago previo de un tributo a la exigencia del pago previo de las multas previstas en el Régimen de Sanciones, ya que éstas no se aplican por una cuestión de naturaleza tributaria, sino que se encuadran en el ámbito del ejercicio de las facultades sancionatorias de la Administración. No rige en este supuesto el criterio del pago previo de las obligaciones tributarias de dar sumas de dinero, como consecuencia de la búsqueda de la preservación del normal desenvolvimiento de las finanzas públicas.

Los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes, y han declarado la inconstitucionalidad de normas en las que se exigía el pago previo de la multa impuesta por la autoridad administrativa por considerar que la norma vulneraba las garantías constitucionales que aseguran un juicio de carácter previo a la condena y la tutela judicial efectiva. En autos “Edenor S.A. c/ Municipalidad de General San Martín s/medida cautelar autónoma o anticipada” ⁷⁵, se concluyó que condicionar el ejercicio del derecho de defensa del afectado al pago previo de la multa, importa habilitar el acceso a sede judicial sólo una vez cumplida la pena impuesta, lo cual vulnera las garantías constitucionales que aseguran un juicio con carácter previo a la condena y garantizan la tutela judicial continua y efectiva, así como el acceso irrestricto a la Justicia. En el caso del Régimen de Sanciones analizado, se entiende que se está condicionando el ejercicio del derecho de defensa del afectado a la imposición de un requisito previo como el exigido, al habilitarse el

⁷⁴ Fallos, 287:76.

⁷⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín - Provincia de Buenos Aires, sentencia de fecha 11 de mayo de 2017.

acceso a su revisión administrativa sólo una vez cumplida la sanción impuesta.

La exigencia del pago de la multa como requisito de admisibilidad del recurso administrativo de alzada que el administrado tiene derecho a interponer contra la decisión administrativa que impone una sanción, genera al particular un serio perjuicio a su derecho a la tutela judicial efectiva y al control judicial suficiente ⁷⁶.

Más allá de lo dicho, aún en materia tributaria se encuentra controvertida la aplicación del *solve et repete* dado que se lo entiende incompatible con el régimen constitucional vigente a partir del año 1994. Se garantiza una instancia de control judicial previa al pago del reclamo fiscal judicialmente controvertido, al igual que el pago previo de multas aplicado por una autoridad administrativa como requisito para una intervención judicial, con fundamento en disposiciones de diversos Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, art. 10; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. XXVI; Pacto de Derechos Humanos Civiles y Políticos, art 14 inc. 1° y la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8 inc. 1°) ⁷⁷.

10. Últimas consideraciones

El régimen sancionatorio en el Sector de las Telecomunicaciones o de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se presenta disperso en una pluralidad de normas. Sin perjuicio del alcance de detalle con que se han regulado los procedimientos comentados, siempre es de aplicación supletoria la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549 y su decreto reglamentario (Decreto 1759/72). Esta nota también ha señalado respecto de los procedimientos sancionatorios en general, al advertirse que pese a los avances registrados en protección de los derechos de los admi-

76 FANELLI EVANS, Agustina, columna de opinión: “La exigencia del *solve et repete* de multas administrativas”, 12 de septiembre de 2018. (abogados.com.ar/la-exigencia-del-solve-et-repete-de-multas-administrativas/22130)

77 CORTI, Arístides Horacio María, “Acerca de la incidencia de los Tratados Internacionales en materia fiscal y penal fiscal a partir de la reforma constitucional”, Errepar – Doctrina Tributaria, T. XV, pp. 371/379.

nistrados en el marco de los procedimientos administrativos, no se logra aún articular un régimen unívoco que garantice un umbral mínimo de protección de derechos aplicables a todos los ámbitos de la Administración ⁷⁸.

Rigen respecto del procedimiento administrativo sancionador los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y prescripción. Así lo ha reconocido la Procuración del Tesoro de la Nación en diversos precedentes en que ha remitido a los principios fundamentales del Derecho Penal ⁷⁹. En función de ello, debe hacerse el análisis del marco sancionatorio en el sector sometido a estudio.

El principio de legalidad impone la exigencia de una predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, de allí que la tipificación de las infracciones, la graduación y escala de éstas deban estar pautadas, de modo tal que se pueda prever con suficiente nivel de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta ⁸⁰. Respecto de este principio cabe destacar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha entendido que la garantía de *nullum crimen nulla poena sine lege* exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje al Poder administrador el dictado de la reglamentación de circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo ⁸¹.

Por otra parte, desde el principio de tipicidad se requiere la descripción legal de una conducta específica a la que se vinculará una sanción administrativa. El principio general de libertad exige que la conducta sancionable esté bien especificada por constituir una

78 DEL RÍO, María Morena, "El Procedimiento Administrativo Sancionador", en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, cit., p. 527.

79 A modo de ejemplo: Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 223:255; 240:148, entre muchos otros.

80 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 29-03-90, citada en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, en *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 1995, p. 176.

81 "Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c/Secretaría de Energía", *Fallos*, 328:940 (2005).

excepción a la libertad. Lo sancionable debe ser descripto de manera tal que permita a los prestadores tener un grado de certeza sobre las consecuencias de su proceder ⁸².

Como se ha observado, el Régimen de Sanciones presenta un vicio de origen. Sus disposiciones en la medida que contradigan lo normado en el Decreto 1185/90, exceden su naturaleza reglamentaria, vulnerándose el principio de legalidad. Lo expuesto se apoya en que la ley de reforma del Estado -Ley 23.696- en tanto declaró la emergencia de los servicios públicos y facultó al Poder Ejecutivo a intervenir los entes de control, entre otras atribuciones, previó una serie de delegaciones legislativas que justificaron el dictado de normas delegadas como el Decreto 1185/90 y el Decreto 764/2000, resultando ambas aprobadas por el Congreso mediante la Ley 25.148 (1999) y Ley 25.645 (2002), respectivamente ⁸³.

Finalmente, un tema que no aparece regulado expresamente en la normativa del sector, lo cual ha llevado a la aplicación analógica de normas del Derecho Penal, es la referida a la prescripción del poder sancionatorio y de las sanciones. Razones de seguridad jurídica imponen la vigencia de este principio en el procedimiento sancionador. Se trata de la prescripción del poder sancionatorio que no puede dejar expuesto al licenciatario a la revisión o reproche por años si no se hubiere iniciado un procedimiento sancionatorio, o abierto éste, a que se lo deje paralizado sin impulso de las autoridades; o a que una vez dictadas, las sanciones no sean ejecutadas por negligencia de la autoridad.

Si hay consenso doctrinario y jurisprudencial en aceptar que ante la ausencia de regulación específica, son de aplicación a todo procedimiento administrativo sancionador los principios generales del proceso penal, lo debe haber también en lo que respecta a la fijación de límites temporales para el ejercicio de la acción. De acuerdo con lo expuesto, con relación a la aplicación de la sanción de multa,

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, en *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 176

83 Se trata de normas dictadas como consecuencia de la Cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional, a través de las cuales el Congreso prorrogó las normas delegantes dictadas antes de la reforma constitucional y aprobó los actos dictados como consecuencia de esas delegaciones.

se observa que el art. 62 inciso 5° del Código Penal prevé un plazo de prescripción de la acción de dos años, y el art. 65 inciso 4°, un plazo de prescripción de pena de dos años.

Existen precedentes de la ex Comisión Nacional de Comunicaciones que confirman este criterio ⁸⁴ con fundamento en que si la ley de policía no dice nada acerca de la prescripción de la acción o de la pena, la sanción pertinente es prescriptible, y que el plazo de prescripción es el señalado en las normas de policía o en su defecto se aplican las establecidas en el Código Penal.

Una mención aparte merece el tema de la caducidad de las actuaciones administrativas en el marco de un procedimiento sancionador. Al respecto cabría sostener que la consideración del derecho de los particulares a tener un proceso sin dilaciones indebidas, debería conducir a una regulación sobre la caducidad de los procedimientos en los casos en que la demora sea imputable a la Administración. En el sector de las telecomunicaciones no hay previsiones al respecto. Cabría promover su inclusión a la luz de lo expresado por GONZÁLEZ PÉREZ: *“en los procedimientos incoados de oficio no estaría demás aplicar la institución de la caducidad para evitar los supuestos, nada infrecuentes, de procedimientos incoados por la Administración (por ejemplo sancionadores) que quedan paralizados cuanto quiera el órgano competente, con los perjuicios que ello ocasiona al presunto culpable. Si la caducidad tiene su fundamento en razones de seguridad jurídica, en evitar la incertidumbre que supone un procedimiento en marcha, no existe razón alguna para no aplicar la caducidad a los procedimientos incoados de oficio”* ⁸⁵.

84 DICTAMEN 91054-GJNR/06, EXPTECNC N° 8000/01.

85 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 539, citado por Federico CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 477.