

Comisión Nacional de Comunicaciones

Resolución 242/2004 (Boletín Oficial N° 30.326, 27/1/04)

Bs. As., 26/1/2004

VISTO el expediente N° 910/2000 del Registro de esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES y la Resolución CNC N° 1337 del 6 de diciembre de 2002, y

CONSIDERANDO:

Que por Resolución CNC N° 1337 del 6 de diciembre de 2002, se intimó en su artículo 2° a THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A., en el marco de lo dispuesto por el Artículo 23 del numeral 23.1 del Contrato suscripto en fecha 11 de junio de 1997, a dar cumplimiento a las obligaciones previstas en los Artículos 1° numeral 1.1 y concordantes del mismo; al Artículo 2°, numerales 2.1 a 2.1.12 de aquél; al Anexo J de dicho Contrato; a las condiciones de la Oferta de Mejoramiento Técnico Operativo y a la reprogramación de plazos dispuesta por Resolución CNC N° 83/99 respecto al Sistema Informático AFMS, para lo cual debía remediar las faltas en el perentorio plazo de CUATRO (4) meses contados desde la notificación del acto, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la Concesión.

Que por Artículo 3° de la citada resolución, se estableció que sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2°, y para el caso que la Contratista decidiera proponer el calendario de acción previsto en el numeral 23.1 del Contrato, sujeto a aceptación por parte de esta Autoridad de Control, debía efectuar su presentación dentro de los primeros 30 días hábiles administrativos del término acordado en dicha prescripción. En caso contrario o de no mediar acuerdo, regirá lo dispuesto en el Artículo 2° sin que la presentación del calendario de acción suspenda el plazo de cumplimiento establecido en el Artículo 2°, ni obste al apercibimiento formulado.

Que con fecha 30 de diciembre de 2002 y previo a la presentación de un calendario de acción, la Concesionaria interpuso en subsidio recurso de reconsideración en base a "los argumentos expuestos" que resultan vagos y ambiguos y que no permiten individualizar con precisión el acto materia del recurso.

Que el recurso de reconsideración en subsidio interpuesto por la Concesionaria carece de entidad jurídica en la legislación administrativa argentina, circunstancia que impide su substanciación y necesariamente lo califica como no admisible.

Que en el supuesto que la pretensión de la Concesionaria consistiera en cuestionar la Resolución CNC N° 1337/02, ello carecería de admisibilidad habida cuenta que el referido acto está desprovisto de un efecto directo e inmediato sobre el patrimonio jurídico de THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A., según autorizada doctrina sería irrecurrible (GORDILLO AGUSTIN – Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 "El Acto Administrativo" – II.3; VI.45).

Que con fecha 7 de enero de 2003 THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. presentó ante esta Comisión Nacional una propuesta de Sistema Informático tendiente a dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 3° de la Resolución CNC N° 1337/02.

Que habiéndose expedido las Gerencias de Control, Ingeniería, Administración de Recursos, Jurídicos y Normas Regulatorias, el Area de Sistemas y la Unidad de Auditoría Interna, han surgido numerosas y significativas observaciones de tipo técnicas, legales y administrativas, las que fueron puestas en conocimiento del Concesionario.

Que en respuesta a las observaciones formuladas, el Concesionario presentó con fecha 10 de marzo de 2003 una posterior propuesta denominada "Proyecto Ejecutivo"; ya que la primera no se ajustaba a los términos del contrato, así como tampoco evidenciaba un adecuado grado de factibilidad.

Que la COMISION DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO remitió esta última a las áreas mencionadas en el considerando anterior, a los fines de que efectúen un análisis y evaluación del Proyecto Ejecutivo.

Que en ese objetivo, cada una de las áreas y gerencias involucradas cursó a la COMISION DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO el informe pertinente, efectuando nuevas observaciones que a su criterio era preciso subsanar.

Que comunicadas que fueron a la empresa las observaciones efectuadas por las áreas citadas precedentemente, el Concesionario con fecha 16 de abril de 2003 respondió a las mismas brindando explicaciones que no alcanzaron a satisfacer en su totalidad las observaciones formuladas, y efectuando modificaciones y adaptaciones a algunos puntos del proyecto evaluado.

Que con motivo de la nueva presentación aludida, tomaron nueva intervención las áreas involucradas, manifestando éstas que existen aún observaciones sin subsanar, algunas de las cuales son de gravedad manifiesta.

Que no obstante ello, la COMISION DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO emitió un informe donde expuso lo actuado hasta el 12 de mayo de 2003, entendiendo como regularizadas observaciones que aún se mantenían pendientes, elevando un proyecto de resolución que acepta el último Proyecto Ejecutivo presentado por la empresa.

Que asimismo en el mencionado informe, sin perjuicio de dar por subsanadas las distintas observaciones se advierte que aún persiste el desequilibrio económico contractual a que hace referencia la Resolución CNC Nº 1337/02 en sus considerandos.

Que por último, la COMISION DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO también supedita a un posterior dictamen de la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias la legalidad de la modificación de los plazos contractuales de aceptarse la propuesta; siendo sustancial a los efectos de su evaluación.

Que por otro lado, la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias emitió dictamen sobre el proyecto de resolución propuesto por la COMISION DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO, dejando también constancia del desequilibrio económico existente y recomendando la consulta a la Procuración del Tesoro de la Nación sobre la legalidad de la extensión de los plazos previstos en el Contrato, sin perjuicio de entender que el procedimiento de caducidad no justifica el otorgamiento de plazos superiores a los establecidos en el contrato.

Que los plazos de instalación e implementación de la solución informática propuesta por la empresa insumirían 25 meses, término que superaría ampliamente el previsto originalmente en el contrato, el cual resultaba relevante en oportunidad de la presentación y evaluación de las ofertas para la adjudicación de la concesión

Que por todo ello, la actual gestión solicito, atento las inconsistencias evidenciadas y las observaciones y/o cuestiones pendientes, un nuevo informe que analizara integralmente las propuestas y los distintos informes efectuados al respecto.

Que se han emitido los informes técnicos, administrativos y legales mediante los cuales se resalta que el documento presentado por la Concesionaria constituye un conjunto de generalidades y promesas de cumplimiento de los requerimientos oportunamente formulados que no posee el grado de detalle suficiente como para verificar que el sistema informático propuesto satisfaga las necesidades en lo referente a procesos técnicos y administrativos asociados a la administración del espectro radioeléctrico.

Que uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento dispuesto en el numeral 23.1 del contrato es la interrupción parcial de la prestación de las tareas y obligaciones establecidas en el contrato por causas imputables al concesionario que afecte mas del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de la capacidad del SISTEMA INFORMATICO y del SISTEMA NACIONAL DE COMPROBACION TECNICA DE EMISIONES (SNCTE), conforme lo dispuesto en el numeral 22.1.3. Cabe señalar que, habiéndose verificado la configuración de este incumplimiento, el mismo ha sido uno de los fundamentos que dio origen a la intimación cursada mediante la Resolución CNC N° 1337/02.

Que deberá considerarse que la falta de automaticidad derivada del incumplimiento del SISTEMA INFORMATICO incide directamente en la falta de sincronidad operativa de los centros del SISTEMA NACIONAL DE COMPROBACION TECNICA DE EMISIONES que ha influido en la inejecución e incumplimiento de las tareas programadas, las cuales revisten carácter relevante conforme las obligaciones estipuladas en el contrato y que han merecido la aplicación de sanciones por parte de esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES.

Que asimismo, esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES ha sancionado al concesionario por otro incumplimiento significativo, como es la ejecución del relevamiento inicial del espectro radioeléctrico.

Que conforme las observaciones efectuadas por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION mediante Nota SIGEN N° 3187/01-GC y su informe adjunto se ordenó una información sumaria en el marco de lo establecido en el Reglamento de Investigaciones administrativas aprobado por el Decreto N° 467/99 a los fines de comprobar si se han configurado irregularidades en las actividades realizadas por las anteriores autoridades de esta Comisión Nacional en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control del espectro.

Que con fecha 9 de enero de 2004 el instructor a cargo emitió el informe final de instrucción entendiendo que cabría instruir los sumarios pertinentes en virtud de los incumplimientos, irregularidades y demoras mencionadas por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION a los fines de determinar con precisión los agentes involucrados y el grado de responsabilidad de los mismos, como así también, el

perjuicio fiscal que se le ha ocasionado al Estado Nacional producto del desequilibrio económico contractual generado por los significativos incumplimientos en que ha incurrido el Concesionario del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico sin mengua de su contraprestación económica contractual la que ha sido abonada de conformidad con lo establecido en el Contrato respectivo.

Que del análisis de la ejecución integral de las obligaciones a cargo del concesionario surge que aproximadamente la empresa ha incumplido un SETENTA POR CIENTO (70%) de las mismas.

Que conforme la situación descripta se observa una significativa disminución de las prestaciones que THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. debía realizar en el marco del contrato oportunamente suscripto, no obstante lo cual el Concesionario percibió la totalidad de la contraprestación fijada en el contrato. De lo expuesto, se desprende que existe actualmente un desequilibrio económico de gran magnitud en perjuicio del Estado. En este punto cabe considerar el porcentaje de incumplimiento mencionado precedentemente, y que desde el inicio del contrato hasta el mes de diciembre de 2003 el Concesionario facturó a la COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES la suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y SIETE CON TREINTA CENTAVOS (\$ 451.744.167,30).

Que efectivamente la no realización por parte del Concesionario de la totalidad de las actividades pautadas tiene particulares consecuencias económicas en el marco de la relación contractual, considerando que aquella situación —como se ha demostrado— se ha originado en su propio incumplimiento.

Que el pago implica la contraprestación por la realización de las actividades realizadas por el Concesionario, mientras que la omisión de éstas últimas trae aparejada la modificación de la ecuación económica financiera del Contrato a favor de la cocontratante, en tanto se genera un desequilibrio entre las ventajas que aquella obtiene y las cargas que le fueron impuestas; situación que altera la vigencia del Principio constitucional emergente del Artículo 17 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Que con motivo de lo expuesto en los párrafos precedentes, esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES dispuso la elaboración de informes mediante los cuales se procedió a analizar cualitativa y cuantitativamente el desequilibrio económico generado.

Que de los análisis realizados por las distintas áreas técnicas y conforme los informes elaborados por los diversos profesionales intervinientes se ha arribado a una suma de valores nominales aproximados de TRESCIENTOS DOS MILLONES (\$ 302.000.000) por el período comprendido entre el 1º de julio de 1997 al 31 de diciembre de 2003, con más las actualizaciones legales correspondientes.

Que la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION señaló que atento el tiempo transcurrido desde el inicio del Contrato resulta imperioso adoptar acciones conducentes a regularizar la prestación contractual a efectos que esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES dé acabado cumplimiento a sus funciones de fiscalización, control y verificación del espectro radioeléctrico con el fin de no acrecentar los perjuicios que recaen en el Estado.

Que en ese sentido la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION mediante informes remitidos a esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES a través de las Notas SIGEN 3187/01 y 2871/03 respectivamente ha formulado observaciones relativas a los incumplimientos contractuales del Concesionario recomendando la evaluación de la conveniencia de mantener la relación en el marco contractual vigente y la generación de acciones que correspondan con miras a resarcir el erario público en virtud del presunto enriquecimiento sin causa de la contratista, configurado por el mantenimiento intangible del procedimiento de pago y la remuneración convenida a su favor, sin que la concesionaria hubiera cumplido íntegra y satisfactoriamente con su deber contractual.

Que por otra parte la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION y la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION han observado respecto de gestiones anteriores la no aplicación en tiempo y forma del regimen sancionatorio previsto en el contrato, evidenciando negligencia y falta de integridad en el ejercicio de la función pública contribuyendo a que el Estado Nacional se vea enajenado de los productos e impactos esperados desde la oportunidad de emitir el Pliego.

Que asimismo la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION destacó la elevada tasa de rentabilidad promedio anual del concesionario producto del sistema de recaudación extrapresupuestaria establecida en el contrato, lo cual manifiesta el órgano de control excede la tasa promedio anual de rentabilidad que obtuvieron los sectores productivos e individualmente el sector de servicios públicos para el período 1997/2001.

Que el mecanismo de pago estipulado en el contrato como “Régimen de Recaudación Unificada” incumple las normas vigentes en materia presupuestaria conforme lo observado por la Unidad de Auditoría Interna en el TRICNCUAI N° 17/03 y por la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION en su informe aprobado por Resolución AGN N° 168/03.

Que asimismo la SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION opinó que los recursos percibidos no podían considerarse como fondos de terceros, que los ingresos y los gastos no debían ser compensados entre sí y que esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES debía incorporarlos íntegramente a su presupuesto, coincidiendo con el criterio sustentado por los órganos de control antes citados.

Que en el sentido indicado en el considerando precedente, en la Ley de Presupuesto N° 25.827 para el Ejercicio 2004 se incluyeron las partidas presupuestarias correspondientes informando esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES al Banco Recaudador y al Concesionario de este procedimiento.

Que por Resolución CNC N° 83/99 se aprobó la reprogramación de los plazos, para el cumplimiento de diversas obligaciones, establecidos en el contrato.

Que la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION observó que la norma en cuestión carece de uno de los requisitos esenciales del acto administrativo de acuerdo con la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su Decreto reglamentario, el cual es la “motivación”. Tal acto justificó la reprogramación aludida aplicando el procedimiento dispuesto en el numeral 27.1 (Solución de Divergencias), el cual no resulta aplicable atento que una de las condiciones necesarias para ello es que no se configure o pueda configurar penalidad.

Que el numeral 23.3 del contrato establece que a partir de la notificación de la declaración de caducidad, aunque no estuviere firme dicho acto esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES podrá designar un operador interino u operar por si las instalaciones y los bienes objeto del contrato, hasta tanto designe un concesionario, o en su caso, hasta que se deje sin efecto la declaración de caducidad en sede judicial. Los honorarios del operador interino o los gastos que demande la operación por parte del personal afectado por esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES estarán a cargo del Concesionario, el cual no tendrá derecho a indemnización alguna por el uso de las instalaciones y activos ni por lucro cesante.

Que en virtud de todo lo expuesto corresponde rechazar las propuestas que incluían el cronograma precitado declarando en consecuencia la caducidad del Contrato en los términos del Artículo N° 23, ello teniendo en cuenta los argumentos expuestos en los considerandos precedentes, así como en los informes técnicos, administrativos y legales emitidos recientemente.

Que esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES en la solicitud de dictamen requerido a la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias argumenta los fundamentos a que hace mención la cláusula 23.2 del Contrato.

Que la posibilidad de la COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES de declarar la caducidad del contrato surge de sus propias cláusulas, por lo que no caben dudas respecto a esta prerrogativa estatal.

Que la caducidad procede cuando el cocontratante incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, véase 813 e) pág. 562, Dr. Miguel S. MARIENHOFF).

Que si la causal de caducidad está prevista o pactada en el contrato, su declaración le corresponde a la autoridad administrativa contratante. Rige el principio del “paralelismo de las competencias”, según el cual el retiro del acto del campo jurídico debe efectuarlo la misma autoridad que intervino en su emanación (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, véase 738 pág. 406, Dr. Miguel S. MARIENHOFF).

Que en este orden de ideas y al estar prevista la declaración de caducidad en el contrato, esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES resulta plenamente capaz de dictar el acto por el cual se declare la caducidad del contrato.

Que los contratos administrativos, no obstante sus mitigaciones derivadas de su pertenencia al derecho público conforman la ley de las partes contratantes (artículo 1197 del C.C.).

Que el numeral 23.2 establece que la declaración de caducidad será efectuada por esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES previo informe fundado por ella, y consecuentemente a la aplicación del artículo 23.1.

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL por Decreto N° 127/98 invistió de dicha potestad a esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES, organismo que tiene el deber jurídico de ejercitar su competencia.

Que esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES se encuentra en condiciones de hacerse cargo de la ejecución de las actividades concesionadas.

Que corresponde instruir a la Gerencia de Administración de Recursos para que a partir de la notificación de la presente, proceda a hacerse cargo de la facturación, recaudación y administración de los recursos que en concepto de recaudación unificada ingresen a la cuenta recaudadora única del BANCO DE LA NACION ARGENTINA.

Que asimismo corresponde instruir a las Gerencias de Ingeniería y de Control respectivamente para que a partir de la notificación de la presente tomen posesión de las instalaciones que funcionan como centros de monitoreo fijos y móviles a efectos de hacerse cargo de la gestión, monitoreo y control del espectro radioeléctrico en toda la República Argentina.

Que asimismo una vez finalizado el contrato será aplicable el régimen de bienes establecido en el Artículo 13 del Contrato.

Que esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES determinará a través de la Gerencia de Administración de Recursos el monto que deberá reintegrar el Concesionario en concepto de ingresos percibidos por prestaciones no efectuadas más la actualización que corresponda.

Que una vez finalizado el contrato se procederá a la inmediata ejecución de la garantía de conformidad con lo previsto en el numeral 22.1 del Contrato de Concesión remitiendo las actuaciones a la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION a los fines de que proceda a la ejecución mencionada.

Que ha tomado debida intervención la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias de esta Comisión Nacional a través del Dictamen N° 25.313/04.

Que la presente se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el Decreto N° 1185/90 y sus modificatorios y lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto N° 521/02 y el Decreto N° 167/03 y su modificatorio y Decreto N° 1223 del 10 de diciembre de 2003.

Por ello,
EL INVERVENTOR
DE LA COMISION NACIONAL
DE COMUNICACIONES
RESUELVE:

ARTICULO 1º — RECHAZAR las propuestas presentadas por THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. en fechas 7 de enero, 10 de marzo y 16 de abril de 2003 en el marco de lo dispuesto por el Artículo 3º de la Resolución CNC N° 1337 del 6 de diciembre de 2002 atento que las mismas resultan contrarias a los intereses del Estado.

ARTICULO 2º — DESESTIMAR por carecer de admisibilidad jurídica el recurso de reconsideración en subsidio interpuesto por la Concesionaria.

ARTICULO 3º — DECLARAR la caducidad del Contrato de Concesión del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico conforme el procedimiento establecido en el artículo 23 del Contrato.

ARTICULO 4º — La COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES operará las instalaciones y bienes objeto del contrato conforme lo establece el numeral 23.3. del Contrato.

ARTICULO 5º — INSTRUIR a la GERENCIA DE ADMINISTRACION DE RECURSOS para que a partir de la notificación de la presente, proceda a hacerse cargo de la facturación, recaudación y administración de los recursos que en concepto de recaudación unificada ingresen a la cuenta recaudadora única del BANCO DE LA NACION ARGENTINA.

ARTICULO 6º — INSTRUIR a las Gerencias de INGENIERIA y de CONTROL respectivamente para que a partir de la notificación de la presente tomen posesión de las instalaciones, que funcionan como centros de monitoreo fijos y móviles a efectos de hacerse cargo de la gestión, monitoreo y control del espectro radioeléctrico en toda la REPUBLICA ARGENTINA.

ARTICULO 7º — DISPONER que las Gerencias de ADMINISTRACION DE RECURSOS, de INGENIERIA y de CONTROL tomen posesión de los bienes y documentación de THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. debiéndose suscribir las actas correspondientes, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Contrato.

ARTICULO 8º — La COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES deberá determinar a través de la GERENCIA DE ADMINISTRACION DE RECURSOS el monto que deberá reintegrar el Concesionario en concepto de ingresos percibidos por prestaciones no efectuadas con más la actualización que corresponda.

ARTICULO 9º — Dar intervención a la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION a los fines de que proceda a la ejecución de la garantía de conformidad con lo dispuesto en el numeral 22.1.

ARTICULO 10. — Regístrese, comuníquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial para su publicación, notifíquese a la empresa THALES SPECTRUM DE ARGENTINA S.A., a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, a la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION, a la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION y a la OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS , cumplido archívese. — Cr. FULVIO MARIO MADARO, Interventor, Comisión Nacional de Comunicaciones.

Texto digitalizado y revisado de acuerdo al original del Boletín Oficial, por el personal del Centro de Información Técnica de la Comisión Nacional de Comunicaciones.