



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 9701/2008

ASOCIACION POR LA DEFENSA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/
CTI PCS SA s/SUMARISIMO

Buenos Aires, 31 de marzo de 2014.- vh

Y VISTOS: los recursos de apelación deducidos por la parte actora a fs. 1020 –fundado a fs. 1038/1053– y por la demandada a fs. 1026 –fundado a fs. 1055/1063–, contra la sentencia obrante a fs. 1013/1017, contestados a fs. 1074/1076 y 1065/1072, respectivamente; y

CONSIDERANDO:

1. La asociación actora promovió demanda contra CTI PCS SA –actualmente AMX Argentina SA–, con el objeto de que se le ordene: a) cesar en la omisión de brindar la debida información en relación al servicio de contestador automático y de facturar y cobrar las llamadas que realizan los usuarios a la casilla de mensaje, por no constituir comunicación; b) cesar en la práctica de cobrar a los clientes que suscribieron la “solicitud de servicio” antes de agosto de 2003 las llamadas a partir del momento en que se presiona la tecla SEND, en función de la ausencia de comunicación efectiva; y c) reintegrar las sumas ilegítimamente percibidas por tales conceptos en el período comprendido entre el 29-5-04 y la fecha en que se concrete el cese (confr. fs. 329/350).

2. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente al reclamo y condenó a la demandada a cesar en la omisión de dar la debida información en relación al servicio de contestador automático, a la vez que rechazó la pretensión de que no se facturara su consulta por no configurar comunicación (aspecto este último que quedó firme); luego declaró abstracto el reclamo atinente al cobro de llamadas a partir del momento en que se presiona la tecla SEND, habida cuenta el dictado de la resolución 45/2012 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, en particular lo previsto en el art. 1. Finalmente, en cuanto al reintegro de sumas, apreció que en la hipótesis de lo abonado por llamadas al contestador, se trataba de un reclamo meramente conjetural o, en todo caso, imposible de determinar; y en cuanto a lo cobrado bajo la modalidad SEND to END, que involucraba un derecho subjetivo, individual y disponible de los usuarios, por lo que también rechazó este aspecto de la demanda (ver fs. 1013/1017).

3. El fallo fue apelado por ambas partes. La actora cuestiona la desestimación de su pretensión de reintegro de las sumas de dinero abonadas por llamadas al contestador automático y el rechazo de su legitimación para reclamar la devolución de lo cobrado bajo la modalidad SEND to END (confr. memorial de fs. 1038/1053), en tanto que la accionada se queja de la condena vinculada al incumplimiento del deber de información reglado en la ley 24.240 (confr. fs. 1055/1063).

4. El agravio de la demandada ha sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del Fiscal General (ver fs. 1081/1083, punto 3). Allí se hace hincapié en las normas en las que el magistrado *a quo* sustentó su fallo, atinentes al derecho a la información de los consumidores (arts. 4, 19 y 35 de la ley 24.240) y a la jurisprudencia emanada del fuero contencioso administrativo federal, especialmente versado en esa materia. Se trata de un derecho que abarca aspectos muy diversos, todos relacionados con las asimetrías informativas existentes en el mercado. En efecto, el consumidor tiene una información inferior a la del proveedor y un alto costo para obtenerla, lo que afecta su capacidad de discernimiento en condiciones igualitarias. Ello justifica que se imponga un deber de informar a quien ya posee la información o la puede obtener a un menor costo (confr. Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2003, pág. 128).

La Constitución Nacional dice que los consumidores y usuarios tienen, en la relación de consumo, derecho a una información adecuada y veraz (art. 42). Por su parte, el citado art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. Así, se ha sostenido que el deber jurídico de informar implica poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o la inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si éstos no son suministrados. La ley obliga a ser “claros y sinceros”, deber que es violado cuando hay un ocultamiento de información, aunque el propósito no sea el engaño, ni haya intención (confr. Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit., págs. 172, 174 y 178; arg. arts. 36 y 37).



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 9701/2008

Se trata, en definitiva, de informar adecuadamente y no inducir a error, de ahí que –como acertadamente lo destacó el Fiscal General– los argumentos de la demandada fundados en el conocimiento esperable del cliente promedio (según la tesis de AMX, el cliente promedio –aun cuando el servicio de casilla de mensajes es ofrecido como gratuito– sabe que, como principio general, las llamadas se tasan, por lo que no es esperable que piense que la llamada al contestador automático es gratuita; confr. fs. 1058 y 1060 vlta.), comportan un desenfoque de la cuestión tal como se encuentra reglada en el esquema normativo vigente. Recuérdese además que la ley específicamente prescribe que la información debe ser proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión (art. 4 *in fine*), por lo que la falta de precisión acerca del cobro de la comunicación a la casilla de mensajes ofrecida como un servicio gratuito no satisface, en términos de razonabilidad, aquella exigencia derivada de la necesidad de igualar a las partes que no se hallan a la par. Lo expuesto en el párrafo precedente revela asimismo la ineficacia del fundamento basado en la alegada inexistencia de intención de engañar o finalidad lucrativa (confr. fs. 1062 vlta./1063).

Por lo demás, la posición de la recurrente, quien invoca no haber infringido el deber de información sobre la facturación de las llamadas al contestador en la medida en que era innecesaria porque los clientes saben que la única gratuita es la dirigida a los centros de atención (confr. fs. 1061 vlta./1062), soslaya que la ley 24.240 contiene una regulación expresa respecto de la finalidad de los institutos creados y de los criterios de interpretación que deben primar en el momento de concretar la aplicación de la norma.

En efecto, el art. 1 instauro el "principio de defensa del consumidor", que opera como marco para la interpretación de todo el texto, y el art. 3 expresamente dispone que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor". En este sentido se ha dicho que la preferencia dada en la ley al consumidor, lo que tiene en cuenta es, por lo general, al cocontratante que establece las pautas del contrato y es el responsable de las eventuales oscuridades de su texto (confr. Fernández, Raimundo L., "Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial", Abeledo Perrot, 2009, Abeledo Perrot on line, ref. 9212/002048 y sus citas de

jurisprudencia). En consecuencia, no es compatible con el principio protectorio del consumidor argumentar frente a un servicio que se ofrece como gratuito (el de almacenamiento de mensajes), el conocimiento supuesto de los clientes acerca del cargo por levantar esos mensajes de la casilla o la imposibilidad de prever que éstos puedan interpretar que la llamada para interactuar con el sistema es gratuita por no tener una numeración ordinaria (ver fs. 1062 vltta).

Las consideraciones formuladas en el aludido dictamen y las aquí añadidas son pues suficientes para desechar las críticas de la accionada.

5. La queja relacionada con el rechazo del reclamo de reintegro de lo pagado por llamadas al contestador automático, también encuentra respuesta en el pronunciamiento del Fiscal Uriarte (confr. punto 4, fs. 1082).

Es que, habiéndose concluido que la conducta de la accionada – consistente en facturar la llamada telefónica necesaria para interactuar con el sistema operativo automático de almacenamiento de mensajes promocionado como un servicio gratuito–, implicó la vulneración del derecho a la información de los consumidores (art. 42 de la Constitución Nacional, 4 de la Ley de Defensa del Consumidor y 41 del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución 490/97 de la Secretaría de Comunicaciones), así como de lo normado en el art. 1198 del Código Civil y art. 19 de la Ley de Defensa del Consumidor, de orden público (art. 65 de la ley 24.240 y art. 21 del Código Civil), el reintegro de lo cobrado por la prestadora en base a esa práctica que afectó sus intereses económicos al hacer más oneroso el servicio a través de la facturación de cargos no anunciados al contratar, es razonablemente procedente y tiene sostén en lo establecido en las disposiciones citadas y arts. 52 y 54, último párrafo, de la ley 24.240.

En cuanto al fundamento contemplado por el juez para negar la devolución de lo pagado por este ítem (carácter conjetural del reclamo o imposibilidad de determinación) es claro que prescinde de las consecuencias perjudiciales para los usuarios derivadas del incumplimiento del deber de información, cuyo impacto patrimonial refleja la prueba pericial rendida en la causa.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 9701/2008

Así, ponderando el monto informado por la perito contadora como percibido por la accionada por este concepto en el período al que se acotó su trabajo por disposición de las partes (2004-2009; ver fs. 809, 820, 822/825 y 986/988; arts. 34, inc. 4, y 163, inc. 6, del Código Procesal), la pretensión de reintegro debe ser admitida por la suma de \$ 14.870.402,78.

Y como la determinación del importe exacto correspondiente a cada cliente por el rubro bajo análisis resultaría harto dificultosa dadas las características del sistema de almacenamiento de la información de la demandada y la magnitud de datos involucrados (ver explicación brindada por la experta a fs. 809, 811, punto e, y 986 vlt.), parece adecuado a estas especiales circunstancias disponer la devolución de los cargos cobrados en infracción al deber de información y en perjuicio de los intereses económicos de los consumidores comprendidos en el universo auditado (ver fs. 814 vlt., puntos j, k y l), de acuerdo al valor promedio informado por la perito contadora, esto es, \$ 92,57 (valor promedio a reintegrar a cada cliente por el lapso 2004/2009). La prestadora deberá cumplir con la restitución por la misma vía por la que tales sumas fueron percibidas de los usuarios afectados (confr. punto II, fs. 815 y dictamen rectificatorio de fs. 986/988).

Esta solución –impuesta por las particularidades del caso– responde a criterios de equidad y configura un mecanismo acorde a la naturaleza colectiva del reclamo (arg. art. 54, tercer párrafo, ley 24.240). Es importante remarcar que el dictamen de fs. 986/988 no ha sido objeto de cuestionamientos por las partes (confr. cédula de fs. 994 y presentación de la accionada de fs. 996), por lo que no se advierten motivos para apartarse de sus conclusiones (arts. 386 y 477 del Código Procesal).

6. En cuanto al reintegro de lo percibido bajo la modalidad SEND to END, de manera preliminar cabe señalar que la circunstancia de que a partir del dictado de la Resolución 45/12 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación la cuestión relacionada con el cese del cobro de las llamadas desde el momento en que se presiona la tecla SEND halla devenido abstracta, no impide un pronunciamiento sobre la legitimidad de esa conducta desplegada en el período (objeto del reclamo pecuniario de autos) previo a la entrada en vigencia de aquella normativa, presupuesto ineludible en orden a la devolución de sumas

impetrada por ese concepto: tasación del tiempo de aire desde la activación de la tecla SEND no informada a los clientes que suscribieron la solicitud de servicio antes de agosto de 2003 (confr. demanda, fs. 329 vlt., punto c y responde, fs. 457, 459 y 463).

En este sentido, a las consideraciones desarrolladas en el dictamen del Fiscal ante esta Cámara en materia de infracción al derecho a una información adecuada y veraz consagrado en la Constitución a favor de los consumidores (art. 42), argumentación y disposiciones normativas ya explicitadas, es dable agregar lo siguiente:

En los considerandos de la Resolución 45/12 se resolvió que las comunicaciones originadas desde teléfonos móviles deben ser facturadas desde que el abonado llamado contesta directamente o por medio de una casilla de mensaje y hasta el momento en que finaliza la comunicación (ver art. 1).

Entre las consideraciones realizadas por la Secretaría de Comunicaciones para reglamentar esta materia, se ponderó un informe elevado por la Comisión Nacional de Comunicaciones, en el cual luego de analizar exhaustivamente los elementos técnicos involucrados en las distintas redes de comunicaciones, se expresó –entre otros aspectos–, que los recursos utilizados para el establecimiento de una comunicación en redes de telefonía fija nunca fueron facturados y que tampoco se facturaban los recursos de red utilizados en redes de telefonía móvil durante los intentos de llamada en que el teléfono móvil da ocupado, está apagado o fuera del área de cobertura. De ahí que desde ese punto de vista, no parecía existir una razón en virtud de la cual cuando una llamada se originaba en un móvil, debía tasarse y facturarse el tiempo de aire utilizado previo al establecimiento de una comunicación.

Sobre esa base, la Secretaría de Comunicaciones concluyó que existían argumentos válidos para dictar un acto resolutivo en el cual se estableciera un criterio idéntico al dispuesto en el art. 4 de la Resolución 344/97 (esto es, la tasación del tiempo del aire en las llamadas fijo-móvil, que se efectúa desde el momento en que el abonado contesta), para las llamadas originadas en móviles. Y agregó que, en similar orden de ideas, el Área Económico Financiera de la Comisión Nacional de Comunicaciones a través del informe 567 del 20-11-03 consideró que “*no resultan razonables los*



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 9701/2008

fundamentos utilizados por las Licenciatarias en los que amparan su decisión de facturar el servicio de telefonía celular desde que se presione la tecla SEND, por cuanto no sería a partir de ese momento en que se hace efectiva la prestación del servicio, sino cuando se establece la comunicación iniciada por el abonado llamante, con destino en el abonado B". De donde concluyó que, a los efectos de la tasación de las llamadas originadas en usuarios de servicios móviles, no resultaba razonable tener en cuenta intervalos de tiempo adicionales que involucran ocupación de órganos de la red, como en el caso del período que transcurre entre la activación del SEND y el efectivo comienzo de la comunicación materializado al recibir la señal de respuesta "abonado llamado contesta".

Ahora bien, está fuera de discusión que la accionada aplicó la modalidad de tasación SEND to END a los consumidores que suscribieron la solicitud de servicio hasta agosto de 2003 *sin la debida información* (confr. demanda, punto 2.b, fs. 329 y vlt. y 334 y responde, fs. 456, 458/459 y 463). Por cierto que éste es un aspecto relevante de la comercialización del servicio, en tanto se relaciona directamente con la obligación esencial asumida por el usuario (el pago), sujeto vulnerable de la relación contractual de consumo y por eso particularmente protegido por el actual régimen normativo. Por lo tanto, se trató de un comportamiento fáctico groseramente violatorio del marco jurídico aplicable.

En este sentido es necesario reiterar que el derecho a la información que se otorga al consumidor atiende a la desigualdad de conocimiento que éstos tienen frente a los proveedores sobre los productos y servicios que comercializan, y que el objeto de su atribución es facilitar que el consentimiento que presta haya sido formado clara y reflexivamente (confr. Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", 3° edición, Astrea, pág. 157). De ahí que la falta de una correcta y precisa información sobre el mecanismo de tasación de las llamadas aplicado, que conduce a facturar el tiempo de aire desde que se presiona la tecla SEND y no desde que la comunicación se establece, que sería lo razonablemente esperable desde la perspectiva del consumidor (arg. art. 42 de la Constitución Nacional, art. 1198 del Código Civil y art. 19 de la ley 24.240), conculcó el equilibrio de

posiciones perseguido por el ordenamiento jurídico y provocó un menoscabo concreto a quienes brindaron su consentimiento para la prestación de un servicio cobrado mediante una modalidad sin bases razonables (confr. considerandos de la Resolución 45/12 y arts. 35 y 41 del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles), que, se repite, no les fue comunicada (art. 42 de la Constitución Nacional y art. 4 de la Ley de Defensa al Consumidor).

Vale destacar, asimismo, que la tasación SEND to END colisiona con las recomendaciones para los servicios internacionales de comunicaciones del organismo especializado de las Naciones Unidas, la UIT, que la Argentina integra desde el año 1889 (confr. http://www.itu.int/online/mm/scripts/mm.list?_search=ITUstates&_languageid=1), según la interpretación efectuada por la Comisión Nacional de Comunicaciones. En este sentido, la Gerencia de Ingeniería de la CNC destacó que el criterio que informa las recomendaciones de la UIT podría ser aplicado para las comunicaciones móviles a nivel nacional y entonces, a los efectos de la tasación, no se deberían tener en cuenta intervalos de tiempo adicionales que involucren ocupación de órganos de red, como el período que transcurre entre la activación del SEND y el efectivo comienzo de la comunicación que se materializa al recibir la señal de respuesta “abonado llamado contesta” (confr. considerandos de la Resolución 45/12 cit.).

En definitiva, la práctica consistente en facturar el servicio de telefonía celular desde la activación de la tecla SEND en función de la utilización de los recursos de la red (confr. responde, fs. 456 y 458), carece de sustento lógico en la medida en que no sería a partir de ese momento en que se establece la comunicación. Y es determinante para sustentar la devolución de las sumas cobradas bajo este rótulo la falta de información concreta sobre este elemento esencial de la relación de consumo.

Corolario de lo expuesto es la admisión del reintegro demandado por la asociación actora, inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 55 de la ley 24.240 (confr. informe de fs. 745/746), cuya legitimación para reclamar por el desmedro patrimonial que afectó al continente de usuarios delimitado en el pleito (ver fs. 329, puntos b y c) está, a esta altura, fuera de



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 9701/2008

debate (confr. resoluciones del Tribunal recaídas a fs. 886/892 y 936/937; arts. 52 y 54 a 56 de la ley 24.240 y precedentes de la Corte “Halabi”, registrado en Fallos 332:111 y “Padec” del 21-8-13).

Entonces, este aspecto de la pretensión también se acoge en la medida acreditada en autos, esto es, por la suma de \$ 13.913.560,23, lo que se traduce en el reintegro de un cargo mensual promedio por usuario comprendido en el reclamo (arg. art. 34, inc. 4, del Código Procesal) de \$ 4,33 (período 2004/2009; confr. informe pericial, fs. 986 vlt. y 988 y normas citadas en el considerando 5°, segundo párrafo).

En consecuencia, por los fundamentos expuestos por el Fiscal General a fs. 1081/1083, que el Tribunal comparte y hace suyos, y los aquí esgrimidos, **SE RESUELVE:** 1°) confirmar la sentencia de primera instancia en lo atinente al cese de la omisión de brindar la debida información sobre la facturación de la consulta del contestador automático; 2°) revocarla en lo que se relaciona con el reintegro de lo abonado por llamadas al contestador automático y por aplicación del mecanismo de tasación SEND to END, que se admite con el alcance que se desprende de la prueba rendida en la causa (confr. dictamen de fs. 986/988), que no recibió objeciones de las partes (arts. 386 y 477 del Código Procesal).

Las sumas a reintegrar devengarán intereses (ver demanda, fs. 340 vlt.) que serán calculados a la tasa que usualmente es utilizada en el fuero, esto es, la que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, a treinta días, tipo vencido, desde la fecha de la mediación y hasta su efectiva devolución (confr. fs. 21 y art. 509 del Código Civil).

Respecto de aquellos beneficiarios que no mantienen en la actualidad su vinculación contractual con la accionada, deberá ésta arbitrar el mecanismo pertinente para efectivizar el reintegro aquí ordenado, con control de la parte actora, lo que deberá justificarse en autos.

Costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

Difiérese la regulación de honorarios para el momento en que se encuentre aprobada y firme la liquidación del crédito admitido.

Queda sin efecto la regulación formulada en el fallo apelado (art. 279 del Código Procesal), lo que torna inoficioso el pronunciamiento sobre las apelaciones de fs. 1022, 1024 y 1030.

Hágase saber a los letrados la vigencia de las acordadas CSJN 31/11 y 38/13 (B.O. del 17-10-13).

Regístrese –con copia del dictamen de fs. 1081/1083–, notifíquese –y al Fiscal General en su despacho, mediante la remisión de la causa–, y oportunamente, devuélvase.-

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

GRACIELA MEDINA