

Res. 1201/2015

BUENOS AIRES, 22 ABR 2015

VISTO el Expediente N° 4444/2015 del registro de esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES y

CONSIDERANDO:

Que en el expediente citado en el visto, la GERENCIA DE CONTROL (en adelante también GC) dependiente de la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES (en adelante también CNC), inició de oficio el TRICNCGC N° 9/2015 -que forma parte de las presentes actuaciones- en virtud de haber tomado conocimiento, a través de noticias replicadas en distintos medios y redes sociales, sobre cambios en las condiciones comerciales efectuadas en la prestación del servicio de internet por parte de TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. (en adelante también TMA), repercutiendo ello de modo masivo sobre los usuarios.

Que la GC a través de la NOTCNCGC 139/2015 intimó a remitir, bajo apercibimiento de inicio de proceso sancionatorio, entre otros y debidamente documentados, los siguientes datos: motivos que originaron este tipo de acciones; cantidad de usuarios afectados; cumplimiento de la normativa vigente por parte de la empresa respecto al deber de informar a los usuarios dentro del plazo y forma prevista.

Que en respuesta a dicha Nota, TMA informó mediante TRECNC N° 13848/2015 del 20 de marzo del año 2015 que el cambio aludido afectó a 1.700.000 usuarios pospagos de ofertas no vigentes; y que a partir del 15/09/2014 se incluyó en las facturas el mensaje "...Asimismo, se modifican términos y condiciones del Servicio de Comunicaciones Móviles. Consultalos en [movistar.com.ar/legales/planes...](http://movistar.com.ar/legales/planes)" (habiendo postergado la empresa la entrada en vigencia de estos cambios para el 1/12/2014). Acompañó copia de una factura, un print de pantalla de la web con las nuevas condiciones y un mail.

Que conforme surge del descargo efectuado por TMA, el cambio efectuado en las condiciones de prestación del servicio de internet es sobre planes pospagos y consiste básicamente en que, una vez consumido el volumen mensual de datos incluido en cada plan contratado, automáticamente se comienza a facturar internet por día cada bloque de 15 MB (se facturan PESOS TRES CON TREINTA CTVOS. -\$3,3- por día, y si se consumen los 15 MB de ese día se renueva automáticamente el cobro del mismo importe por el nuevo bloque).

Que cabe aclarar, que anteriormente una vez que se consumía el volumen mensual del plan no se facturaba ningún importe extra y de forma automática se reducía la velocidad de navegación a una mínima cantidad de kbps.

Que continuando con el trámite iniciado por la GC, al intervenir el ÁREA ECONÓMICO FINANCIERO (en adelante también AEF) -dependiente de la GC- y acceder al link que incluyó TMA en las facturas, pudo observar un párrafo agregado a los términos y condiciones de la web, donde la mentada licenciataria explicita la nueva condición comercial de prestación del servicio de datos.

Que del análisis efectuado por el AEF, se desprende que cuando TMA alega haber realizado la comunicación de las nuevas condiciones en las facturas del mes de septiembre, la mera mención del link de términos y condiciones no resulta ser un aviso fehaciente al usuario del cambio en las condiciones de prestación del servicio de internet.

Que en ese sentido, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Art. 1º Anexo II de la Resolución 9/2004 de la SECRETARIA DE COORDINACION TÉCNICA -dependiente entonces del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION-: *"...En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de comunicaciones móviles, serán consideradas abusivas las cláusulas que: a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos... V. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato..."*

Que asimismo, se entiende que el establecimiento compulsivo de recargas automáticas se halla en contraposición con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor: *"...Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice..."*

Que estas disposiciones enunciadas -dentro del marco normativo de defensa del consumidor- deben considerarse además, en el marco de los artículos 3º, 35 y 41 del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles aprobado por Resolución SC 490/1997.

Que el artículo 3º del citado Reglamento, establece que en caso de dudas en su interpretación prevalecerán las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor y, a su vez, los artículos 35 y 41 del mismo establecen cláusulas sobre la información adecuada y veraz e información de sus precios, tanto a los usuarios como a la Autoridad de Aplicación.

Que por otro lado el AEF agregó a las actuaciones, en virtud del análisis del caso, las últimas 4 facturas correspondientes a una línea preseleccionada para la verificación del artículo 1º - Inc. g) de la Resolución Conjunta 29/2014 81/2014 (dictadas respectivamente por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES y SECRETARÍA DE COMERCIO), cuyo plan es de modalidad pospago y se encuentra vigente, aunque no se oferta a la fecha. En los detalles del plan incluido en dichas facturas, no se evidencian las características del servicio de internet, de acuerdo a lo que comunica TMA frente a la intimación cursada por

esta CNC, sino que sólo se informa que se navega todo el mes con el volumen incluido en el plan.

Que la mencionada Resolución Conjunta 29/2014 81/2014 establece que las prestadoras de servicio de comunicaciones móviles, deberán informar a los consumidores, en forma regular y gratuita, determinada información en forma clara, veraz, sin ocultamiento ni inexactitudes que puedan inducir a error o confusión respecto de la disponibilidad y características del servicio ofrecido.

Que cabe reseñar que el artículo 1º - inc. g) de la Resolución citada en el párrafo precedente dispone informar bajo esos términos y como mínimo "...El precio de acceso a Internet por hora, día, semana, mes, kilobyte o megabyte, según corresponda, dentro del plan contratado y excedentes...".

Que asimismo, el Decreto del PEN Nº 764/2000, Anexo I - REGLAMENTO DE LICENCIAS PARA SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES-, establece en su artículo 10.3, incisos a) y b): "...Garantizar a los Clientes y Usuarios los derechos que les corresponden, de acuerdo con la normativa aplicable..." y "...Garantizar a los Clientes y Usuarios la transparencia de la información y de las condiciones de contratación, así como la publicidad de los precios de los servicios que presten, sin establecer condiciones irrazonables que impidan el ejercicio de la libertad de opción entre Prestadores...".

Que como consecuencia de haberse constatado el incumplimiento de todas las normas citadas, mediante Nota CNCGC Nº 150/2015 se imputó a TMA en los términos del artículo 38 del Decreto 1185/90, por el incumplimiento del artículo 10.3 b) del Anexo I del Decreto del PEN Nº 764/2000; otorgándosele un plazo de diez días hábiles administrativos para la presentación del pertinente descargo.

Que con fecha 20-Abr-2015, antes de haber operado el vencimiento del plazo otorgado, TMA presentó a través del TRECNC Nº 17578/2015 su descargo, impugnando la competencia de la Gerencia de Control para emitir Notas de imputación; como asimismo planteando la nulidad de la misma por contener vicios en la causa, objeto y motivación, según lo alegado por la empresa respecto a los canales de notificación para actuar de acuerdo con la normativa cuyo incumplimiento imputa la CNC.

Que respecto a la impugnación por competencia, como se ha sostenido en numerosas oportunidades, cabe señalar que la Gerencia de Control de la Comisión Nacional de Comunicaciones posee facultades para imputar conforme lo dispuesto por Decreto PEN Nº 1626/96 y mediante Resolución CNC Nº 2065/99 donde se aprobó la estructura organizativa de esta Comisión y su Manual de Misiones y Funciones, respectivamente.

Que respecto a los alegados vicios de la imputación se debe destacar que en ningún momento se privó a la licenciataria del debido proceso adjetivo y de ejercer su derecho de defensa, toda vez que tuvo la oportunidad de hacerlo efectivo.

Que respecto a lo manifestado por la empresa en cuanto a que la imputación se encontraba viciada en su causa por no haberse considerado adecuadamente los antecedentes de hecho del caso y el derecho aplicable, deben rechazarse dichos argumentos, toda vez que, analizadas las circunstancias de hecho, surge su correcta apreciación, observándose además las normas que rigen la materia.

Que específicamente en cuanto a la notificación, la licenciataria imputada, a través de su descargo, entiende que ha cumplido con el proceso de la "notificación" a sus clientes del cambio en los contratos de servicios móviles respetando los 60 días de antelación conforme lo establece la Resolución 9/2004 (no la Resolución 4/2004 como cita en varias oportunidades la empresa), a través de los canales de facturación y sms.

Que respecto de las argumentaciones aludidas, corresponde señalar que las mismas no revisten asidero alguno, toda vez que para entender cuan idóneo debe ser el modo de notificar del prestador del servicio, a los efectos de obrar en cumplimiento de lo que impone la Resolución 9/2004, es necesario analizar de manera integral toda la normativa que hace a la defensa de usuarios y consumidores.

Que el fundamento de este razonamiento estriba en el rango de derecho fundamental que se le reconoce, expresamente, a este derecho en el artículo 42 de la Constitución Nacional, "... en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económico-jurídica que suelen detentar los proveedores. En la ley 24.240 este derecho se desarrolla de forma transversal en distintos institutos de lo que dan muestras las numerosas disposiciones donde se lo regula. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad, y la existencia de un desnivel informativo afecta los tres elementos" [MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H. y GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Ley de defensa de consumidor: Ley 24.240: modif. por leyes 24.568; 24787; 24.999 y 26.361. Protección procesal de usuarios y consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, páginas 65 y 66].

Que en este sentido lo ha entendido vasta doctrina y jurisprudencia, ya que el usuario tiene en el conocimiento o la falta de éste uno de los aspectos más vulnerables, entendiéndose ello, de este modo, dado que la información se encuentra en manos de expertos, en este caso, con el objeto de suministrar un servicio y percibir, por eso, un lucro.

Que, por ejemplo, así se ha entendido en la causa "Citibank N.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelación." "En lo que respecta a la infracción aquí cuestionada, el artículo 4 de la ley 24.240 establece "quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos" [CAUSA RDC 745/0 – "Citibank N.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la cámara de apel." – CAMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES – SALA I - 05/04/2005].

Que en ese sentido, en otras causas como ser "HSBC Bank Argentina S.A. c/DNCI-DISP. 622/99 (Expte. 117609/02)" también se alega, "No se puede tener por cumplida la notificación a los clientes con la publicación de las nuevas cláusulas en INTERNET pues dicha forma de notificación no se encuentra prevista en la ley, razón por la cual se torna ineficaz. Tampoco cumple con la notificación fehaciente la invocada publicación de la cláusula B-7 en el diario La Nación del 26/12/03. Se trata pues, de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley. Son ilícitos denominados de "pura acción" u "omisión". Por ello, su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión que basta por sí misma para violar las normas (conf. esta Sala "Supermercados Norte c/DNCI-DISP 364/04" del 9/10/06;; "Vecinos de San Diego S.A. c/DNCI-DISP 425/08", entre otras)" [Expte. N° 12.458/04 - "HSBC Bank Argentina S.A. c/DNCI-DISP. 622/99 (Expte. 117609/02)" - CNACAF - SALA III - 17/02/2011].

Que la causa "Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina S.A. - Ordinarios - Otros - Recurso de apelación" replica lo sostenido por la doctrina: "Este deber resulta exigible incluso en el caso que la inobservancia de brindar información no haya causado perjuicio o no hubiera sido incluso percibida por un consumidor determinado..."(CARRANZA TORRES, L - ROSSI J., "Derecho del Consumidor ..." Ed. Alveroni, 2009, p. 125). "Debe comunicarse fehacientemente al cliente toda cláusula que implique una modificación de la contratación original, y debe constar la aceptación expresa por parte del usuario. Por lo expuesto, no resulta ajustado a derecho ampararse en la falta de control de las facturas por parte del demandado..."

Que de la sentencia de la misma causa surge "...En este sentido hacemos propias las aseveraciones brindadas por el Sr. Fiscal de Cámaras Civiles, al evacuar el traslado corrido..., en cuanto sostiene que: "...consignar la leyenda referenciada, junto a una oración lacónica...dentro de las facturas glosadas en autos..., carece de entidad suficiente para cumplir con el deber constitucional (art. 42 C.N.) y legal (art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor), de suministrar información "adecuada" "veraz" "cierta" "clara" y "detallada" al consumidor, máxime atento tratarse de una modificación unilateral de la demandada...".Frente a lo expuesto, los argumentos en los que se ha amparado la Juzgadora para rechazar el rubro, se desvanecen, pues no se ha demostrado que se trate de una cláusula penal que opere automáticamente ante el incumplimiento, no se ha acompañado el contrato original, y frente a la sola mención en la factura del cobro, se descarta la falta de legitimación fundada en que el consumidor se encuentra informado y que ha consentido el cobro..."

Que a estas alturas, resulta harto conocido que "las relaciones entre profesionales y consumidores entrañan un desequilibrio que suelen generar inequidad y dado que no es una situación que haya de resolverse por sí sola, corresponde la intervención del Estado para que ello no suceda. Lo efectivo en el plano socioeconómico sería que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, superando la brecha informativa" [LORENZETTI, Ricardo L.j, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 96].

Que desde el punto de vista normativo, el deber de información "es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad comercial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados" [LORENZETTI, Ricardo L.j, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, páginas 170 a 172].

Que el proveedor no debe perder de vista que "...del acierto o desacierto en el modo de cumplir esta obligación [deber de informar] puede derivar una eventual responsabilidad para su parte. Muchas veces, el cumplimiento satisfactorio o insatisfactorio de la obligación de informar dependerá de lo adecuado del canal y del código utilizado para su ejecución" [JAPAZE, Belén, "El deber de información", "Manual de Derecho del Consumidor", Coordinado por RUSCONI, Dante D., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 215].

Que precisamente, siguiendo en esta línea de análisis, "debe destacarse que el correcto suministro de información sirve también para cumplir un importante papel de cara a la evitación de daños, personales o materiales, en la persona del propio contratante, o de terceros ajenos a la relación contractual. La inadecuada o incompleta información acerca de las instrucciones de manejo de un producto es la que motiva la causación de diversos daños que deben ser resarcidos" [MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H. y GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Ley de defensa de consumidor: Ley 24.240: modif. por leyes 24.568; 24787; 24.999 y 26.361. Protección procesal de usuarios y consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 66].

Que "El proveedor de bienes y servicios debe acreditar que desplegó el comportamiento informativo idóneo para alcanzar el objeto esperado" [JAPAZE, Belén, "El deber de información", "Manual de Derecho del Consumidor", Coordinado por RUSCONI, Dante D., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 216].

Que precisamente para que el comportamiento informativo adquiera la idoneidad aludida en el acápite anterior, a los fines probatorios, "es frecuente que el proveedor extienda estos documentos por duplicado y haga constar en la copia que deja para sí la entrega al consumidor de otro instrumento con idéntico contenido. Se trata de una buena práctica, recomendable para el caso de tener que afrontar reclamos referidos al cumplimiento de este deber legal impuesto al empresario proveedor" [JAPAZE, Belén, "El deber de información", "Manual de Derecho del Consumidor", Coordinado por RUSCONI, Dante D., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 217].

Que la información debe brindarse en todas las etapas, toda vez que este deber no actúa sólo en la etapa precontractual, sino también durante la ejecución del contrato. "En la medida en que en el primer supuesto la información de todas aquellas circunstancias que refieren a la prestación en sí y a las condiciones económicas y jurídicas de

adquisición del producto o contratación del servicio tiende a facilitar la emisión de un consentimiento esclarecido informado y por tanto plenamente eficaz, en el segundo caso se presenta como un efecto del contrato perfeccionado que apunta a que el consumidor o usuario pueda hacer valer sus derechos" [MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H. y GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Ley de defensa de consumidor: Ley 24.240: modif. por leyes 24.568; 24787; 24.999 y 26.361. Protección procesal de usuarios y consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 68].

Que, finalmente, cabe agregar que tampoco TMA ha aportado elemento alguno que acredite que se hubiere subsanado la irregularidad descripta.

Que a su vez, el incumplimiento por parte de la Licenciataria de la normativa imperante, en la aplicación de las nuevas condiciones comerciales efectuadas en la prestación del servicio de internet, de forma automática sin el consentimiento de los usuarios, afecta gravemente los derechos de los mismos por cuanto no se les informó adecuadamente la modificación comercial (de forma clara y fehaciente con un mínimo de 60 días de antelación), aplicándose de manera compulsiva, de tal modo que el usuario sólo pudiera darse de baja de dicho mecanismo a través de una gestión por la negativa.

Que en virtud de ello y considerando que esta medida afecta como mínimo a 1.700.000 usuarios -de acuerdo a lo informado por la empresa respecto a los planes pospagos donde se ha aplicado esta nueva modalidad-; esta situación se considera de grave repercusión social por lo que resulta aplicable la máxima penalidad.

Que ha tomado la intervención que le compete el Servicio Jurídico Permanente de esta Comisión Nacional.

Que la presente se dicta en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 6º, inc. t) del Decreto Nº 1185/90 y sus modificatorios.

ARTICULO 1º.- Sancionar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. con una multa en pesos equivalente a DOCE MILLONES QUINIENTAS MIL UNIDADES DE TASACION (12.500.000 UT) por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 10.3 b) Anexo I del Decreto del PEN Nº 764/2000, por los argumentos expuestos en los considerandos.

ARTICULO 2º.- Intimar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. para que proceda en forma inmediata a subsanar la irregularidad detectada, respecto de las condiciones de prestación del servicio de internet por día y por bloque de MB, sobre los planes afectados, retrotrayendo la cuestión en trato al estado de situación anterior y efectuando el reintegro correspondiente, a cada usuario afectado, de los montos indebidamente facturados en forma automática por el servicio de internet, una vez superada la capacidad contratada, con más los intereses resarcitorios, utilizando reciprocidad en la tasa de interés.

ARTICULO 3º.- Intimar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. para que dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos, de notificada la presente, demuestre fehacientemente, ante esta COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, que ha procedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

ARTICULO 4º.- Intimar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. para que adecue el mecanismo de recarga, eliminando la automaticidad del cargo que obliga al usuario a manifestarse por la negativa. Una vez reformuladas las nuevas condiciones comerciales de conformidad con el marco normativo vigente, notificar fehacientemente los cambios a los usuarios, con una antelación no inferior a los 60 días de su entrada en vigencia.

ARTICULO 5º.- Intimar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. para que notifique a esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES, de acuerdo al artículo 4º de la Resolución SC 26/2013, el mecanismo mediante el cual se implementará el cambio aludido en el artículo 4º del presente y el proceso de información al usuario, obrando en consonancia con toda la normativa imperante, e informando, a su vez, la fecha a partir de la cual operará dicho cambio.

ARTICULO 6º.- Aplicar a TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. una MULTA diaria en pesos equivalente a TRESCIENTOS MIL UNIDADES DE TASACION (300.000 U.T.) a partir del vencimiento del plazo indicado en el artículo 3º y hasta haber acreditado el efectivo cumplimiento de lo allí establecido, con sustento en lo dispuesto en el Artículo 38 inciso j) del Decreto Nº 1185/90 y sus modificatorios.

ARTICULO 7º.- Intimar a TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. a efectuar el registro contable en cuentas totalmente separadas e identificables de los ingresos facturados bajo concepto de recargas automáticas del servicio de internet por día y por bloque de MB, así como de los egresos correspondientes a su devolución, y a presentar a la COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES la Certificación Contable correspondiente, mediante Informe Especial de Auditor Externo con firma legalizada del Consejo Profesional de Ciencias Económicas pertinente.

ARTICULO 8º.- Dar intervención a la GERENCIA DE ADMINISTRACION DE RECURSOS de esta COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES, para que tome conocimiento de lo resuelto en el presente acto.

ARTICULO 9º.- La GERENCIA DE CONTROL deberá registrar en el legajo de antecedentes de la Licenciataria la sanción dispuesta por el artículo 1º de la presente Resolución.

ARTICULO 10º.- Regístrese, comuníquese, y archívese.