

Defensa Del Consumidor Telefonía Celular Publicidades Baja Del Servicio Sancion De Multa

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 15 de octubre de 2020. Y

VISTOS; CONSIDERANDO: Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Guillermo F. Treacy y Pablo Gallegos Fedriani dijeron: I.- Que a través de la Disposición N° DI-2019-360-APN-DNDC#MPYT, el Director Nacional de Defensa del Consumidor impuso a la firma TELECOM PERSONAL S.A. una multa de \$ 250.000 (pesos doscientos cincuenta mil) por infracción al artículo 19 de la Ley N° 24.240, por incumplimiento en la prestación del servicio de telefonía celular, al no haber procesado la baja en tiempo y forma del pedido de desactivación de mensajes recibidos en el celular del Sr. Ariel Larraburu. Ello, en virtud de que en reiteradas oportunidades el denunciante había solicitado a la firma denunciada -mediante el chat online del servicio de atención al cliente- la desactivación y baja de los mensajes SIM en razón de las ventanas invasivas de publicidades no requeridas por este (v. fs. 41/45). En dicho acto administrativo, indicó que las actuaciones se habían iniciado a partir de la denuncia efectuada por el Sr. Ariel Larraburu (DNI 26.333.874) ante el Servicio de Conciliación previa en las Relaciones de Consumo (COPREC, Ley N° 26.993), organismo dependiente de la ex Secretaría de Comercio. En ese reclamo, ?el usuario denunció que recibía muchas veces por día un mensaje de publicidad en el celular a modo de ventanas invasivas que no se evitaban sino cuando cancelaba los mismos. Se comunicó varias veces con la empresa donde le informaron que debía desactivarlo del propio celular, pero nunca pudo hacerlo?. En ese marco, con fecha 16 de agosto de 2016 se realizó una Conciliación Prejudicial Obligatoria en la cual no hubo acuerdo entre las partes. En este contexto, la Dirección demandada señaló que si bien es cierto que las suscripciones se realizan por autorización del titular de cada línea, para aceptarla primero debe llegar el mensaje y eso fue exactamente lo denunciado por el cliente y lo que se observa de la documental acompañada. Es decir que, en efecto, el cliente no se había suscripto a ninguna oferta ni trivía, y por lo tanto no era él quien debía cancelar la suscripción. Agregó que ello se vio corroborado con la conducta posterior adoptada por la empresa sumariada, cuando ingresó la línea del usuario al servicio de ?Blacklist? para que éste dejara de recibir publicidades a través de mensajes invasivos en su celular. En consecuencia, sostuvo que la conducta reprochada a la aquí recurrente es el incumplimiento en el que incurrió dicha empresa al actuar como ?intermediario?. Esto es, facilitar el número de la línea de su cliente para que otras empresas puedan ofrecer sus suscripciones y trivias y, consecuentemente, hacer caso omiso al pedido de baja efectuada por el usuario, circunstancia que no se encontraba prevista en el contrato de prestación de servicio de telefonía celular. A los efectos de graduar la sanción impuesta, tuvo en cuenta las características del servicio, la posición relevante que ocupa la infractora en el mercado, el grado de responsabilidad de la sumariada en la comisión de la infracción, el desmedro potencial de los derechos de los usuarios de los servicios de telefonía celular derivado de la generalización de este tipo de conductas, la reincidencia, el carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria, el quebrantamiento de la confianza del usuario y la invasión a su intimidad al facilitar su línea para que otras empresas realicen su publicidad. II.- Que a fojas 56/66 la actora interpuso recurso de apelación contra la mentada disposición. El traslado del recurso directo fue contestado por la parte demandada mediante la presentación de fojas 83/97. En su escrito recursivo, plantea la nulidad del acto administrativo por supuestos vicios en su motivación, causa, objeto y competencia. En ese sentido, sostiene que se realizó una incorrecta valoración de los antecedentes de hecho de la causa y que no se analizaron debidamente sus defensas, lo cual importó una violación del debido proceso adjetivo. Afirma que no incurrió en incumplimiento alguno, sino que en todo momento prestó el servicio en forma eficiente. Señaló que el alta de los servicios de Suscripciones/Trivias se realiza bajo la autorización del titular de cada línea, siendo Telecom un intermediario entre el usuario y la empresa que brinda dichos mensajes. Por otra parte, plantea la inconstitucionalidad de la disposición recurrida porque entiende que la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor se arrogó facultades de intervención y sanción no previstas por la Ley N° 26.993. Subsidiariamente, solicita la reducción del quantum de la multa por considerarlo arbitrario y desproporcionado. III.- Que en este estado de la causa, siendo formalmente admisible el recurso incoado (v. dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 101), corresponde examinar los agravios vertidos por la actora. III.1.- En primer lugar corresponde señalar que el planteo vinculado al vicio en la competencia no puede prosperar toda vez que la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor -órgano dependiente de la Subsecretaría de Comercio Interior- es la autoridad de aplicación de las Leyes Nros. 24.240 (art. 45) y 26.993 (art. 17) y, en tal carácter, se encuentra facultada para recibir aquellos reclamos de consumidores cuyos procesos de conciliación concluyeron sin acuerdo de partes, o bien, que concluyeron con acuerdos que resultaron incumplidos. En efecto, dicho órgano tiene potestades para iniciar actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esas leyes, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, ya sea de oficio, por denuncia de quien invocare un

interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial; lo cual sella la suerte adversa de la pretensión. Máxime teniendo en cuenta que el consumidor se encuentra imposibilitado para reclamar ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, para demandar ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo (instituciones que a la fecha no han sido creadas), en procura de obtener un resarcimiento económico por el daño sufrido (cfr. Sala IV, in re: ?Telefónica de Argentina SA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor ? ley 24.240- art. 45?, Expte. N° 71.343/2018, sent. del 9/5/19).

III.2.- En este mismo sentido, cabe señalar que el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la recurrente resulta inatendible toda vez que los agravios señalados no se orientan a cuestionar la legitimidad de una norma, sino que se limitan a impugnar la disposición sobre la base de una supuesta incompetencia de la autoridad de aplicación, cuestión que ya ha sido examinada precedentemente.

III.3.- En cuanto al agravio relativo a la falta de motivación y causa suficiente en la disposición aquí recurrida, cabe recordar que dichos recaudos constituyen una exigencia de derecho fundamental para obtener una tutela judicial efectiva, e imponen a la autoridad que, al expresar su voluntad, justifique sus decisiones, dando las razones que la llevan a ello. En tal inteligencia, no se advierte que el acto impugnado en autos carezca de tales elementos, pues de su lectura se desprenden las distintas razones esgrimidas por el Director Nacional de Defensa del Consumidor para aplicar la sanción en los términos del artículo 19 de la Ley N° 24.240. En efecto, allí se indicó que la aquí actora no había cumplido con la prestación del servicio de telefonía celular por no haber procesado la baja en tiempo y forma del pedido de desactivación de mensajes SIM recibidos en el celular del cliente. Sostuvo que ?la conducta reprochada es el incumplimiento en el que incurrió dicha empresa al actuar como ?intermediario' (en los términos de la defensa), esto es, facilitar el número de la línea de su cliente para que las empresas puedan ofrecer sus suscripciones y trivias y, consecuentemente, hacer caso omiso al pedido de baja efectuada por el usuario, circunstancia que no se encontraba prevista en el contrato de prestación de servicio de telefonía celular? (v. fs. 42/43). Agregó que, si bien es cierto que las suscripciones se realizan por autorización del titular de cada línea, para aceptarla primero debe llegar el mensaje y eso fue exactamente lo denunciado por el cliente y lo que se observa de la documental acompañada. En efecto, a fojas 8/9 obran las capturas de pantalla del celular del Sr. Larraburu en las que se observan diferentes mensajes SIM recibidos en el teléfono celular del cliente. Allí se advierte, entre otros, uno que reza: ?Mi Personal. Acepta y Descargá LA MEJOR CUMBIA en tu celular x \$16,50 x semana. Elegí tus 5 favoritas semanales y ponete a baila. BAJA al 444. Aceptar. Cancelar?. En este orden, sostuvo que, en efecto, el cliente no se había suscripto a ninguna oferta ni trivía, y por lo tanto no era él quien debía cancelar la suscripción. Agregó que ello se vio corroborado con la conducta posterior adoptada por la empresa sumariada, cuando ingresó la línea del usuario al servicio de ?Blacklist? para que éste dejara de recibir publicidades a través de mensajes invasivos en su celular.

III.4.- Sentado ello, en cuanto al agravio relativo a la falta de adecuación típica de la conducta imputada, cabe señalar que la finalidad de la Ley N° 24.240 es la defensa del consumidor o usuario, entendiendo por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (conf. art. 1°). Esta norma se enmarca en el régimen de protección de consumidores y usuarios sancionado por el Congreso, entre cuyos propósitos se encuentran los de asegurar los derechos de éstos a la protección de sus intereses económicos y condiciones de trato equitativo y digno en la relación de consumo (art. 42 CN). La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la Ley de Defensa del Consumidor llenó un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana (Fallos: 324:4349). En el caso, se advierte que, en el marco de una relación de consumo como prestadora del servicio de telefonía móvil, la demandada no logró desvirtuar la materialidad de los hechos que le fueran imputados por la autoridad de aplicación. En efecto, más allá de las genéricas alegaciones que realiza el recurrente, no hay elementos de prueba objetivos que acrediten que haya cumplido adecuadamente con el servicio a su cargo. En particular, no aportó elemento probatorio alguno que acreditase que el Sr. Larraburu había solicitado el alta de las suscripciones, ofertas y trivias que -recurrentemente- recibía en su teléfono celular. Ello así, máxime cuando la propia actora -con posterioridad a la denuncia efectuada por el cliente-, ingresó la línea del usuario al servicio de ?Blacklist? a fin de que éste dejara de recibir publicidades a través de mensajes invasivos en su celular.

III.5.- En lo referido al planteo sobre el carácter formal de la infracción reprochada y de la falta de perjuicios concretos sobre los consumidores, es oportuno recordar, siguiendo a Nieto, que en el Derecho Administrativo Sancionador es posible sostener que la culpabilidad se configura en tanto el infractor no ha observado la diligencia exigible, en razón de la actividad que realiza, y que, en general, lo que se tiene en cuenta ?no es el daño real, sino el daño potencial o riesgo? (cfr. Nieto Alejandro, ?Derecho Administrativo Sancionador?, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 348). Además, señala este autor, y ello es plenamente aplicable al caso de autos, que en esta materia predominan las infracciones formales, ?constituidas por la simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo? (ibid., pág. 349). Ello es así, en tanto esta rama del Derecho ?es un Derecho preventivo en cuanto persigue las

infracciones, dado que de éstas es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos? (ibid., pág. 350).

A partir de lo expuesto, y teniendo en cuenta que -tal como se advirtió precedentemente- la infracción como la analizada en autos, reviste carácter formal y su sola verificación hace nacer por sí la responsabilidad del infractor (esta Sala, in re: ?INC S.A c/ DNCI s/ LEALTAD COMERCIAL- LEY 22.802- ART. 22?, del 07/09/2018), es posible concluir que al hallarse configurada la conducta merecedora de reproche, los argumentos expuestos por la recurrente en su recurso no poseen entidad suficiente para revocar la sanción. III.6.- Por último, en cuanto al monto de la sanción impuesta, es menester destacar que la determinación y graduación de las multas es resorte primario de la autoridad administrativa, principio que solo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala in re: ?Jumbo Retail Argentina S.A c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor- Ley 22802- Art. 22?, sentencia del 12/03/2019). Al respecto, no resulta exigible una exacta correlación numérica entre la multa y la infracción cometida, sino que es suficiente que la autoridad de aplicación realice una apreciación razonable de las diferentes circunstancias tenidas en cuenta para justificar la sanción.

En el presente caso, se debe considerar que la administración ha graduado el monto de la sanción según la gravedad de la infracción, las características del servicio, la posición relevante que ocupa la infractora en el mercado, el grado de responsabilidad de la sumariada en la comisión de la infracción, el desmedro potencial de los derechos de los usuarios de los servicios de telefonía celular derivado de la generalización de este tipo de conductas, la reincidencia, el carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria, el quebrantamiento de la confianza del usuario y la invasión a su intimidad al facilitar su línea para que otras empresas realicen su publicidad. Por lo tanto, toda vez que la falta se encuentra claramente configurada y en mérito de las pautas utilizadas por la autoridad administrativa para la determinación de la sanción, el monto fijado no se presenta en el caso como manifiestamente arbitrario o irrazonable. IV.- Que por los fundamentos vertidos, recordando que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la correcta resolución del tema (Fallos: 300:522; 310:1835; 317:1500; 318:2678; entre otros), corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la firma TELECOM PERSONAL S.A. y confirmar la Disposición N° DI-2019-360-APN-DNDC#MPYT de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, con costas a la vencida (art. 68 del CPCCN). V.- Que, por último, resta efectuar la regulación de los honorarios profesionales de la representación letrada del Estado Nacional. En atención a la naturaleza y monto del proceso, el resultado obtenido y la extensión, calidad y eficacia del trabajo profesional cumplido por la Dra. Mariela S. Biga, corresponde fijar sus honorarios profesionales en 16 (dieciséis) UMA (Unidad de Medida Arancelaria), que equivalen a la suma de \$ 51.072 (pesos cincuenta y un mil setenta y seis), de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 27.423 (arts. 16, 19, 20, 21, 29 y 44; Acordada CSJN N° 2/2020). Se aclara que dicho importe no incluye suma alguna en concepto de impuesto al valor agregado, el cual deberá adicionarse en caso de que la referida profesional acredite su condición de responsable inscripta. ASI VOTAMOS. Alemany dijo: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge Federico I.- Que, adhiero en lo sustancial al voto que antecede, excepto en la forma en la cual fueron regulados los honorarios de la representación letrada de la parte demandada interviniente ante esta alzada. En consecuencia, en atención al monto del pleito (\$250.000 - fs. 44 -), y en función de lo que fue materia de recurso en la única etapa judicial cumplida en esta instancia, corresponde, REGULAR los honorarios de la doctora Mariela S. Biga en 7.68 UMA (Unidad de Medida Arancelaria), en su doble carácter de letrada patrocinante y apoderada de la parte demandada (cfr. artículos 16, 19, 20, 21, 29 y 44, ley 27.423, Ac. CSJN 2/20). ASI VOTO.- En virtud del resultado que informa el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la firma TELECOM PERSONAL S.A. y confirmar la Disposición N° DI-2019-360-APN-DNDC#MPYT de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor; 2) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCCN); 3) Fijar los honorarios profesionales de la dirección letrada y representación legal de la parte demandada en 16 (dieciséis) UMA (Unidad de Medida Arancelaria), que equivalen a la suma de \$ 51.072 (pesos cincuenta y un mil setenta y seis) de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 27.423 (arts. 16, 19, 20, 21, 29 y 44; y Acordada CSJN N° 2/2020). Regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvanse. Guillermo F. TREACY Jorge F. ALEMANY (en disidencia parcial) Pablo GALLEGOS FEDRIANI Correlaciones: O., María del Rosario c/AMX Argentina (Claro) SA s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Azul - Sala II - 28/08/2018 - Cita digital IUSJU038719E

002505F