

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, __ de Junio de 2016.

MINISTERIO DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN

SR. MINISTRO - OSCAR AGUAD

Presente.-

De nuestra mayor consideración:

Que las siguientes asociaciones de defensa del consumidor, “USUARIOS Y CONSUMIDORES UNIDOS” (Reg. Nacional nº47), representada por las Dras. Selva Bove Brizuela y Gabriela abad, “SEPA DEFENDERSE” (Reg. Nacional Nº 38), representada por el Dr. Pablo Manuel Rodriguez, y “ASOCIACIÓN CIVIL POR LOS CONSUMIDORES Y EL MEDIO AMBIENTE” (Reg. Nacional nº45), representada por su Apoderada Romina Lourdes Pignataro, todos constituyendo domicilio procesal a sus efectos en calle PARANA 123, PISO 4, OFICINA 88 de C.A.B.A. vienen en tiempo y forma a presentar la presente denuncia con el objeto de poner en conocimiento una problemática generalizada que afecta a los millones de usuarios de la telefonía celular argentina y que hasta ahora no ha encontrado adecuada solución por parte de las autoridades gubernamentales.

Asimismo también requerimos se tomen las medidas URGENTES para solucionar este enorme problema.

La práctica ilícita, tiene que ver con el sistema de contratación de los servicios de SMS Premium, los cuales están plagados de irregularidades que atentan contra nuestro sistema jurídico y que, a su vez, permiten la concreción de todo tipo de fraudes contra los usuarios del servicio de telefonía móvil de nuestro país.

1.- REPRESENTACIÓN:

Todos las representaciones invocadas se acreditan con la correspondiente copia simple de los poderes (o actas de comisión directiva, según corresponda) que se acompañan conjuntamente con las respectivas copias de las resoluciones que reconocen la correspondiente registración ante la autoridad nacional.

2.- DESCRIPCIÓN DE LA PRÁCTICA ILEGAL Y/O ABUSIVA:

2.1. Introducción – Los servicios de sms Premium (o con cargo adicional): Desde hace un buen tiempo a esta parte han aparecido en el mercado mundial de telefonía celular una serie de empresas proveedoras de servicios de mensajes de texto con cargo adicional (en adelante las denominaremos “**EProov**”). Estas empresas se encargan de brindar diferentes “servicios” a los usuarios de la telefonía celular, a cambio de cobrar un adicional superior al precio del mensaje de texto que cobran las empresas de telefonía celular aquí demandadas (que denominaremos en adelante “**ETel**”). Estos sms con cargos adicionales (que en términos generales denominaremos en adelante “**sms premium**”) pueden llegar a costar entre \$4 y \$ 10 adicionales al costo por mensaje de texto. Asimismo a dicho importe se le debe agregar la suma resultante del 21% de la alícuota IVA que las empresas demandadas también perciben de manos de sus clientes por estos conceptos.

La denuncia colectiva que traemos ante V.S. encuentra origen en la práctica comercial abusiva y completamente ilegal que desarrollan las ETel frente a sus clientes, consistente en **cobrar por estos servicios (prestados por terceros) sin tener constancia alguna de que tales clientes hubieran efectivamente contratado los mismos.**

Se trata de un hecho de público y notorio conocimiento que ha tomado una inusitada trascendencia en los medios masivos de comunicación y en Internet durante los últimos meses, pero que viene desarrollándose desde hace varios años.

Esta conducta ha permitido a las demandadas percibir de manos de sus clientes multimillonarias sumas de dinero en forma totalmente ilegítima, supuestamente para ser transferidas a manos de las EProov pero, en todo caso, sin asegurarse previamente que tales clientes hubieran contratado dichos servicios.

A continuación expondremos los hechos que sirven de contexto a la denuncia, adelantando desde ya que se impone la necesidad de dictar una medida URGENTE ante la magnitud, sistematicidad y extensión de la violación de derechos DE MILLONES DE CONSUMIDORES DE NUESTRO PAÍS.

2.2. Los servicios brindados por las EProof:

De acuerdo con el estudio realizado, hemos podido detectar que los servicios brindados por las EProof pueden dividirse en, al menos, cuatro categorías: (i) los servicios de alertas o suscripción; (ii) los trivias; (iii) los contenidos; y (iv) los mobile marketing.

Los **servicios de suscripción o alertas de sms** (de acá en adelante “**alertas sms**”) son mensajes de texto que se reciben con cierta periodicidad y con todo tipo de contenidos tales como chistes, clima, sexo, piropos, horóscopos, etc.

Estos se comercializan comúnmente –aunque no de forma exclusiva- a través de mensajes publicitarios televisivos, donde se invita a los usuarios a enviar un sms a un número determinado para suscribirse a algún servicio de alertas que se encargará de enviarles mensajes periódicos con los señalados contenidos.

La característica más particular (y lesiva para el usuario) es que en numerosos casos el servicio (que implica una suscripción continua en el tiempo) **es dado de alta aun cuando el cliente de la ETel jamás envió un mensaje para suscribirse.**

El sistema opera de tal modo que, mientras no se solicita la baja del producto, los “alertas sms” continúan siendo recibidos por el usuario y facturados por las ETel.

Los **servicios de sms trivia**, por su parte, son mensajes de texto por los cuales el usuario paga un precio superior al de la tarifa normal de todo sms a fin de participar de un juego o un concurso.

Los servicios trivias utilizan otros canales de contratación que se relacionan mayormente con la participación en juegos o concursos televisivos. Los ejemplos más conocidos por todos son los programas como “Gran Hermano” o “Bailando por un sueño”, donde se invita al televidente a votar a algún participante enviando un sms a un determinado número.

Lo mismo sucede con los programas de juegos y sorteos que se pueden observar en distintos canales de TV después de la medianoche.

Ambos formatos poseen rasgos comunes, como ser el hecho que la locutora invita a participar a los oyentes, quienes envían mensajes para responder a distintas preguntas que se formulan, cobrándose un precio adicional por cada mensaje enviado por el cliente.

También están adhiriendo a estos servicios distintos programas televisivos o radiales, los cuales invitan a enviar mensajes para comunicarse con los conductores (comunicación por la cual se cobra al usuario el adicional correspondiente).

A diferencia de los servicios de Alerta SMS, en estos supuestos no se genera la suscripción a un servicio continuo ya que lo único que se carga al cliente de las ETel es el costo del envío de ese mensaje en particular. Un costo que es mucho más alto que el correspondiente a los sms tradicionales.

En tercer lugar encontramos los **servicios de contenidos**, que son descargas de datos o compra de un servicio en particular como pueden ser ringtones, wallpapers o información sobre alguna cuestión puntual. En este supuesto, al igual que con los sms trivia, sólo se cobra al usuario el valor del sms más el adicional por la descarga.

Hay que tener en cuenta que no sólo son descargas desde el celular ya que, por ejemplo, si el usuario está en su computadora personal y decide hacer una descarga segura que es paga en distintas páginas web, una de las formas de hacerlo es enviando un sms a un número en particular para que se envíe al interesado una clave que le permita proceder a bajar el archivo o aplicación. Este sms se factura como descarga, y así figura en la factura del cliente de la empresa de ETel.

Por último, tenemos el **servicio de mobile marketing**, que opera mediante números que utilizan diferentes proveedores para brindar determinados servicios. Por ejemplo, el estacionamiento medido en la ciudad de La Plata. El cobro de estos servicios sólo se produce cuando son solicitados, y deja de producirse cuando se solicita el corte o bien en forma automática (por ejemplo, llegado el horario de finalización del sistema de estacionamiento citado como ejemplo) y hasta tanto se los solicite nuevamente.

Como puede apreciar V.S., en estos tres últimos casos (servicios de trivia, contenidos y mobile marketing), a diferencia de lo que sucede con el “servicio” de “alertas sms”, el costo adicional al sms ordinario se paga al enviar este último y no generan una relación de continuidad en el tiempo, o bien (como en el ejemplo del estacionamiento) lo hacen por un breve período de tiempo que no supera nunca las 12 horas. Por tanto, estos tres servicios no necesitan en general de una solicitud de baja, ya que en la medida que el usuario no envíe solicitudes no hay posibilidad de que se facture (salvo fraude, obviamente).

En cambio, el servicio de alertas sms es mucho más molesto, invasivo y potencialmente dañoso para el usuario ya que en la medida que el sistema de las EProof no tome la baja, las ETel seguirán facturando a cuenta y orden de la EProof proveedora.

2.3. ¿Cómo cobran estos servicios las EProof?

Las EProof, al no tener contrato directo con el usuario de telefonía celular (medio a través del cual se produce la supuesta contratación de los servicios), cobran estos “servicios” a través de la **intervención indispensable de las ETel aquí demandadas.**

Para ello se supone que suscriben contratos donde se establece que las ETel facturarán o debitarán créditos a cuenta y orden de las “EProof” por los servicios que los usuarios contraten. **Esta documentación obra exclusivamente en poder de las empresas Telefónica.**

De más está decir que el negocio fabuloso que se desprende con la sistemática, generalizada y abusiva práctica que pasaremos a describir en un momento **no es sólo en beneficio para las “EProof” sino también de las ETel.**

Ocurre que por un lado cabe presumir que las ETel cobran comisiones por cada peso que es facturado a favor de las “EProof”, ya que de otro modo no tendría sentido participar en el negocio (y mucho menos que sean sujetos pasivos de las innumerables denuncias recibidas por este tema, con la pésima influencia sobre la imagen comercial de las demandadas); y por otro lado -en forma indirecta- estos sistemas de “servicios” consumen cuantiosos créditos telefónicos de propiedad de

sus clientes, por lo que las ETel terminan vendiendo más crédito a sus clientes y aumentan así sus ganancias en forma proporcional.

Insistimos, es un hecho de público y notorio conocimiento que las primeras están muy lejos de ser un ente caritativo dedicado a colaborar desinteresadamente con otras empresas para que estas últimas puedan hacer negocios (salvo, por supuesto, que se trate de los mismos dueños o vinculados)

4.4. El problema relacionado con la no contratación de estos servicios. La prueba de la maniobra defraudatoria sistemática y generalizada:

Las asociaciones aquí firmantes, así como otras asociaciones y organismos de defensa del consumidor del país a nivel nacional e internacional, venimos advirtiendo cómo está creciendo la cantidad de clientes de las ETel que efectúan reclamos aduciendo no haber contratado jamás estos servicios “sms premium”.

Existe prueba de diversa índole que acredita la existencia y crecimiento de esta práctica defraudatoria sistemática, generalizada e ilegal en perjuicio de los usuarios de las ETel.

Veamos:

2.4.1. Las pruebas de la práctica en la web:

Con sólo introducir en el buscador “google” la expresión “sms engaño” o “sms baja”, V.S. podrá advertir fácilmente la dimensión del problema denunciado.

También invitamos a Vuestra autoridad a “googlear” los siguientes números acompañados de la palabras “sms”, todos ellos correspondientes a distintos servicios de sms premium y/o suscripciones, , a saber: 113311, 4004, 222, 2112, 18040, 19116, 2020, 3117, 4499, 19114, 19116, 46669, 46669, 772, 6828, 8022, 2287, 505, 33031, 19116, 19056, 2777, 19116, 30301, 30302, 2020, 4669, 3034, 9009, 70700, 35312, entre otros.

Con dicha simple búsqueda aparecerán además infinidad de reclamos realizados en distintas páginas web, así como también en los servicios “en línea” de atención al cliente de las empresa TP y Movistar (Claro carece de este tipo de centro de atención).

Vale destacar que la cantidad de números relacionados con estos servicios demuestra la gran cantidad de estos productos que existen en el mercado argentino en la actualidad.

Además, **para dificultar más el asunto y como evidente estrategia para escapar al control y escrutinio público y judicial, estos servicios van cambiando sistemáticamente y, con ellos, los números que deben utilizarse para la suscripción.** Esto hace que se trate de un fenómeno dinámico y variable en el tiempo, que, sin embargo, siempre mantiene la misma modalidad defraudatoria: **dar de alta al usuario aun cuando este no hubiera contratado.**

En definitiva, la cantidad de denuncias que aparecen en la web demuestra la existencia de una defraudación común, sistemática y generalizada, cuestión que resultará de vital importancia a la hora de explicar las consecuencias jurídicas y económicas de la misma.

2.4.2. Diversas oficinas de defensa del consumidor de nuestro país también han detectado y declarado públicamente que están trabajando en este problema masivo:

Distintas oficinas municipales y provinciales de defensa del consumidor del país reconocen públicamente que uno de los mayores problemas relacionados con la telefonía celular hoy en día tiene que ver con los servicios de sms Premium no contratados y con los pedidos de baja no atendidos.

Cabe destacar que, según hemos podido confirmar durante la instrucción preliminar del caso, la gran mayoría de los usuarios damnificados que llegan hasta estas instancias administrativas reciben –luego de su queja formal- no sólo el cese en el servicio sino también el reintegro de todo o parte del dinero debitado oportunamente sin causa, o bien alguna bonificación en el caso de los clientes bajo modalidad postpaga (esto es, con tarjeta de carga virtual y sin factura).

En este orden, por ser demostrativo de la situación generalizada que denunciarnos y que sirve de causa a esta demanda, cabe señalar por ejemplo que la OMIC de Bahía Blanca anunció que se encuentra efectuando una imputación contra Movistar por este asunto, y que también está preparando las restantes contra las demás empresas demandada. El motivo: la imposición de sms Premium no contratados.[1]

En la nota publicada en el sitio web “Rosario 3”, a su turno, se menciona la reunión convocada por el Concejo Municipal de Rosario con los operadores de telefonía celular. En dicha reunión se señaló a los sms no contratados como una de las problemáticas más importantes que tienen que enfrentar los hoy en día los usuarios del servicio. [2]

También en otra nota recientemente publicada la Dra. María Rosa Cooper, directora de Defensa del Consumidor de la Provincia de Córdoba, se pronunció duramente sobre la existencia de esta problemática generalizada.[3] Asimismo, informó que ese organismo actúa de manera inmediata ante estas denuncias, y que si la empresa no tiene manera de probar que el titular de la línea telefónica solicitó el envío de mensajes con algún servicio pago, éste debe ser dado de baja con un resarcimiento. “La mayoría de las veces las empresas se hacen cargo, solucionan el problema y dan algún tipo de compensación”, señaló Cooper, tal como explicamos hace un momento.

Y la razón de esto es bastante evidente: las empresas telefónicas no tienen forma de probar la contratación y por eso dan el brazo a torcer. Esto ocurre porque de manera totalmente reñida con los usos comerciales más básicos y con los principios de tutela de sus clientes (usuarios) más elementales, las ETEL nunca se ocuparon de pedir a las EPROOV prueba alguna de dichos contratos.

Para cerrar este sub apartado, y siempre con el objeto de mostrar a Vuestra Autoridad el alcance nacional (sistemático y generalizado) de esta práctica, también cabe apuntar que en una nota de fecha 30 de octubre de 2013, publicada en el Diario Clarín,[4] se hizo referencia a que la Oficina de Defensa del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tuvo en lo que iba del año para entonces **más de 2100 denuncias por este tema**.

Con la prueba informativa a rendirse en autos se demostrará que muchas otras oficinas y organismos de defensa del consumidor del país reciben prácticamente a diario quejas de clientes que aducen no haber efectuado contrato de “sms premium” y que, sin embargo, han visto mermado su crédito o bien acrecentada la factura a fin de mes por tales servicios.

2.4.3. Las propias ETEL reconocen la problemática generalizada en sus páginas web oficiales y/o en sus canales de reclamo:

Otro elemento probatorio relevante para acreditar la existencia de esta práctica defraudatoria a nivel nacional lo tenemos en los centros de atención al cliente online que poseen las empresas Personal y Movistar.

Allí puede observarse sin mayores dificultades que la gran mayoría de intercambios entre los clientes y las personas que operan los centros de atención online de las ETel giran sobre este tema y muestran parámetros comunes de contestación o respuesta.

En efecto, ante el reclamo efectuado por los clientes, en general los encargados de responder explican que tales servicios seguramente han sido contratados y que podían ofrecer la baja de los mismos pero sin restitución de dinero o crédito alguno. **En ninguna oportunidad hemos advertido que los operadores indaguen acerca de la veracidad de la denuncia (ya sea por la no contratación o por la imposibilidad de dar de baja tales productos).**

Nuevamente, esto es un serio indicio de que no tienen modo de comprobar técnicamente si lo que el usuario denuncia es verdadero o falso, limitándose siempre a indicar los pasos que el usuario debe cumplir para dar la baja de estos servicios su supuestamente contratados y que son impugnados por los clientes.

2.4.4. Los packs de inhibición:

Otra prueba de la existencia de esta maniobra defraudatoria la tenemos en la existencia de los denominados “packs de inhibición”, ofrecidos a sus clientes por las propias ETel.

En efecto, existen programas informáticos que los operadores de las ETel instalan a pedido de los reclamantes para evitar que les imputen “sms premium” sin consentimiento.

De más está decir que estos packs se han creado ante la existencia de un problema generalizado: **si los problemas denunciados no existieran en forma masiva como acontece, estos packs no tendrían ninguna razón de ser.**

Estamos así ante otra prueba más acerca de la existencia de la problemática aquí denunciada.

Para terminar con este punto, destacamos que la existencia de este curioso servicio también ha sido destacada por autoridades de defensa del consumidor de lugares como, por ejemplo, Río

Cuarto, Córdoba, donde ya en el año 2010 señalaban que *“Siem-pre en-tran re-cla-mos por es-tos ca-sos, pe-ro en los úl-ti-mos seis me-ses, o sea en lo que va del año, se ha in-cre-men-ta-do con-si-de-ra-ble-men-te. No sa-be-mos con exac-ti-tud a qué se de-be, pe-ro adu-ci-mos que pue-de ser por-que exis-ten ca-da vez más ser-vi-cios. An-tes es-ta-ba só-lo el 2020 y el 1010, pe-ro hoy nos en-con-tra-mos con 10 o 15 ser-vi-cios”*, ma-ni-fes-tó Cons-tan-za Mug-nai-ni, des-de el área de De-fen-sa al Con-su-mi-dor”; y que *“Ex-pli-có que las em-pre-sas de te-le-fo-nía ac-ti-van un pack de-no-mi-na-do SMS-PAR, me-dian-te el cual que-da de-sac-ti-va-do cual-quier men-sa-je de con-te-ni-dos es-pe-cia-les, co-mo el ser-vi-cio ofre-ci-do por el 2020 y otras em-pre-sas si-mi-la-res. “Ellos lo que ha-cen es in-ter-ve-nir y ac-ti-var un pack, que se lla-ma SMS-PAR, que pro-hí-be el in-gre-so de to-do ti-po de men-sa-jes de es-ta na-tu-ra-le-za. Así co-mo tam-bién des-pués de que se ha-bi-li-ta es-te pack, no se pue-de ac-ce-der más a es-tos con-te-ni-dos”, sos-tu-vo”*. [5]

4.4.5. Los proyectos normativos (reglamento y ley) en la materia:

Otra prueba cabal de que la maniobra defraudatoria existe y que es generalizada la encontramos en el proyecto de nuevo Reglamento de telefonía celular lanzado por el Gobierno Nacional.

A tal punto la autoridad administrativa es consciente del problema que en este proyecto **ha dedicado un capítulo completo a regular todo lo relacionado con “Suscripción a Contenidos y Aplicaciones”**.

Veamos:

“ARTÍCULO 60.- La Suscripción a Contenidos y Aplicaciones brindados a través de las redes de Comunicaciones Móviles, debe contar con la autorización previa y expresa del Usuario. La falta de respuesta del Usuario en un plazo de VEINTICUATRO (24) horas, se entenderá como la negativa a recibir el servicio ofrecido.

ARTÍCULO 61.- Con carácter previo a la provisión, facturación o cobro de una Suscripción a Contenidos y Aplicaciones brindado a través de las redes de comunicaciones móviles, los Prestadores deben remitir en forma gratuita al Usuario la siguiente información:

a) los datos del proveedor;

b) el precio final del servicio, incluidos los tributos correspondientes. En caso de tratarse de servicios periódicos, el costo de cada mensaje a recibir por el Usuario;

c) el procedimiento para dar de alta y de baja la suscripción.

ARTÍCULO 62.- El Usuario puede solicitar al Prestador la Baja del Servicio en cualquier momento. Dentro de las VEINTICUATRO (24) horas de efectuada la solicitud, el Prestador debe remitir al Usuario una constancia de la recepción de su pedido.

Nótese que el proyectado art. 60 pretende solucionar el problema de imposición de servicios de sms Premium no contratados, exigiendo a tal fin “*autorización previa y expresa del usuario*” y haciendo operar su silencio como una negativa a la contratación del servicio.

El **proyectado art. 62**, a su turno, se hace eco de la dificultad que existe para obtener la baja de estos servicios y es por ello que ha dispuesto que la misma puede ser solicitada directamente ante el prestador del servicio (las ETel), y que se lo puede hacer en cualquier momento. Como consecuencia del pedido de baja, se exige la entrega de una constancia de la recepción a los efectos de que el usuario pueda acreditar tal circunstancia.

Asimismo, podemos encontrar iniciativas legislativas orientadas a enfrentar esta problemática. Una de ellas, muy interesante por cierto, data del mes de Julio de 2011 y tiene por objeto establecer “*las pautas y condiciones para adquirir o dar la baja de contenidos en telefonía celular móvil, SMS Premium (son mensajes de texto por los que el usuario paga un precio superior al de la tarifa normal, para recibir un servicio a cambio un tono, un juego o la participación en un concurso) y Alertas SMS (son servicios de suscripción por los que el usuario paga por cada mensaje que recibe en su dispositivo)*” (art. 1).[6]

Entre otras previsiones se señala por ejemplo, en clara demostración de la problemática generalizada en torno al asunto, que *“Las empresas prestadoras de servicio de telefonía celular y las empresas responsables de la distribución, creación o venta de contenidos para teléfonos móviles son solidariamente responsables de los daños que pudiesen incurrir contra los usuarios, así como también de las sanciones previstas en la presente ley”* (art. 4).

Esto es muy claro puesto que las ETel son parte indispensable de esta maniobra generalizada, ya que sin su participación sería imposible que se produzca el perjuicio.

En los fundamentos de esta iniciativa puede leerse, en un todo de acuerdo con la situación que denunciamos, que *“Uno de los principales problemas que existen son los relacionados a SMS Premium y alertas SMS. Los SMS Premium se han convertido en una forma habitual de pagar servicios u obtener ingresos extraordinarios a través del "sistema de micropagos"; mientras que, desafortunadamente, las alertas SMS han degenerado en su mayoría en sistemas fraudulentos de obtener dinero de usuarios inexpertos de telefonía móvil, y esto pasa en todas las empresas”* (énfasis agregado).

Igualmente, se señala que *“El negocio de los SMS premium está resultando uno de los más exitosos y de mayores beneficios. Esto es debido a varios factores entre los que se encuentran la necesidad artificial de personalizar el dispositivo y consumir contenido digitales; pero también la oscuridad en las condiciones de contratación, la desinformación sobre procedimientos para cursar una baja, los precios de los SMS, etc.”*.

Estas manifestaciones, por supuesto, no deben tomarse a la ligera si tenemos en cuenta que configuran el fundamento del proyecto de ley nacional sobre la temática.

Otro proyecto de ley sobre la materia buscó directamente prohibir estas prácticas.

Nos referimos a la iniciativa del Diputado Nacional Llanos y otros, quien propuso modificar la LDC e incorporar como art. 35 bis de la misma una previsión que establece: *“Queda prohibida la contratación de bienes o servicios a través de un SMS, MMS, telemarketing o mediante cualquier mecanismo virtual o no de telefonía fija o móvil, que no hayan sido fehacientemente aceptados por el consumidor con previo conocimiento del contrato. La contratación de contenidos, concursos, presuntos premios, trivias o incitación a visitar sitios web*

no deberá condicionar la compra o prestación de otros bienes o servicios ni quedar anexados a otros convenios".[7]

Y todavía otra más reciente, promovido por el Senador Basualdo en Abril de 2014,[8] **lisa y llanamente tiene por objeto prohibir este tipo de prácticas.**

En este sentido dicho proyecto dispone en su art. 1 que *“Las empresas prestatarias de servicios de telefonía celular móvil no podrán actuar como intermediarias de suscripción de contenidos, ya sea promoviendo, facilitando o facturando su contratación sin la autorización expresa, firmada y fehacientemente comunicada por escrito, de sus clientes”.*

Y en similar sentido, su art. 3 dispone que *“Queda prohibida la contratación de bienes o servicios a través de un SMS, MMS, telemarketing, o mediante cualquier mecanismo virtual o no, de telefonía fija o móvil, que no hayan sido fehacientemente aceptados por el consumidor con previo conocimiento y firma del contrato”.*

2.4.6. Los medios masivos de comunicación se han hecho eco de las innumerables quejas de los clientes:

Los medios masivos de comunicación también han comenzado a hacerse eco de esta práctica fraudulenta.

El diario Clarín publicó al menos una nota relevante relativa a esta problemática, donde intervinieron el presidente de UCU y abogado apoderado en esta causa, Dr. Adrian Bengolea, y el Dr. Fernando Blanco Miño, presidente de UCA y actual Director Nacional de Defensa del Consumidor del actual gobierno.[9]

En ese mismo diario, meses después se dio a conocer **una encuesta de la Universidad Abierta Interamericana**, según la cual el 79% de los consultados respondió afirmativamente a la pregunta *“¿Alguna vez recibiste mensajes de texto con costo que nunca pediste?”*, mientras que el 44% de esas personas también afirmó conocer al menos otras cinco que padecieron la misma estafa (ver nota del diario Clarín del 29/05/15, titulada *“El 79% de los usuarios dice que ya sufrió una estafa a través del SMS”*)[10].

Esta nota periodística también destaca –corroborando lo denunciado por esta parte en su escrito de demanda- que *"El 55% de los afectados realizó el reclamo ante su operador, pero sólo un 19% logró que le reintegren todo el dinero; al 60% no le devolvieron nada. El 95% se sintió estafado", concluyó la investigación, hecha este mes en Capital y el Gran Buenos Aires. Y es que, al protestar, la respuesta puede ser irritante. Al 31,6% de la gente la empresa le insistió en que los mensajes fueron solicitados. Al 30,3% no le dieron ninguna explicación. Y en otro 16,1% de los casos, dijeron que no podían solucionarlo por tratarse un servicio brindado por terceros"* (énfasis agregado).

En el diario Puntal de Río Cuarto, Córdoba también se publicó una nota relacionada con este tema titulada *"En la Defensoría crecen las denuncias por el engañoso servicio del 2020"*.^[11] Allí, como fuera ya adelantado, se afirma que desde la *"Defensoría del Pueblo indicaron que las quejas han aumentado notablemente este año. Aseguraron que ya hay más de 100 denuncias de ciudadanos rioquartenses"*.

El prestigioso portal web IProfesional publicó en fecha 20 de Noviembre de 2013 otra nota titulada *"Cuales son las propuestas para terminar con los mensajes de texto 'invasivos'"*.^[12] Allí se señaló con relación al fenómeno, y con motivo del señalado proyecto de reglamento para la telefonía celular impulsado por el gobierno nacional, que *"En ese contexto, los integrantes de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y éstas entidades de defensa expusieron sobre el nuevo reglamento para Usuarios de Comunicaciones Móviles y, entre otros temas, se hizo hincapié en las múltiples denuncias acerca de los envíos de los SMS premium.*

En el recinto, el diputado nacional Marcelo Llanos -autor de un proyecto de ley antitrivias- afirmó que cada SMS recibido tiene un valor de entre 6 y 12 pesos + IVA.

Y resaltó que, "teniendo en cuenta que hay 55 millones de usuarios, podríamos decir que con sólo la empresa cobrarle un sólo mensaje por día a los usuarios estaríamos hablando de una estafa de 550 millones por día aproximadamente".

Más importante todavía, en esta nota se indica que *"En su exposición ante el Congreso, el ingeniero Norberto Capellán, presidente de la Cámara de Informática y Comunicaciones de la*

República Argentina -entidad de la que forman parte Personal, Claro, Movistar y Nextel- aseguró "desconocer" el tema y no pudo responder acerca del polémico envío, contratación y cobro de SMS a través de mensajes interactivos, indicó Parlamentario".

También se destaca la nota publicada en fecha 28 de Noviembre de 2013 por El Liberal, de Santiago del Estero, donde se denuncia que las estafas por esta temática reportarían para las empresas beneficiadas la suma de \$550 millones (**SI: quinientos cincuenta millones de pesos**) mensuales.[13] Para realizar esta estimación, cuyo real alcance será determinado oportunamente con la prueba pericial contable e informática a producir, se apuntó una cuestión muy simple: *"El diputado nacional del Frente para la Victoria Marcelo Llanos remarcó que "teniendo en cuenta que hay 55 millones de usuarios, con sólo cobrar un mensaje estaríamos hablando de una estafa de 550 millones por día".*

El 31 de Marzo de 2014 el portal digital Diario Veloz publicó una nota titulada *"Qué hacer ante el cobro de servicios de SMS que uno no contrata"*, sumándose a los medios de comunicación que se han hecho eco del problema y recogiendo el testimonio de la Unión de Usuarios y Consumidores, quien señala que *"Las empresas de telefonía celular se desligan de la responsabilidad de los SMS que les llegan a los usuarios, pero desde la Unión de Usuarios y Consumidores dudan sobre la veracidad de este argumento: "Dicen que son terceras empresas, pero ante la insistencia te devuelven el crédito. Esto nos da a entender que hay una corresponsabilidad de parte de ellos. Yo sospecho que son empresas de los mismos grupos, ellos dan posibilidad a alguien de que te quite crédito sin proteger tus intereses", agrega Boada y resalta que esto va en contra de los derechos constitucionales de los consumidores".*[14]

Con independencia de que esta sospecha sea cierta o no, lo relevante para nuestro caso es que las ETel efectivamente perciben de manos de sus clientes sumas de dinero a favor de aquellas (las EProof) sin tener para ello elemento alguno que le permita considerar que tal supuesto servicio ha sido contratado con estas últimas.

Continuando con el impacto que ha tenido en los medios de comunicación esta práctica a nivel nacional, encontramos también al portal de noticias “Nova Argentina”, el cual tituló en fecha 24/02/14 una extensa noticia sobre el tema como “*Celulares: la estafa de los sms*”. [15]

Allí se comienza señalando que “*Las suscripciones forzosas a servicios enviados por SMS todavía siguen sin solución legal. Cada vez son más los usuarios afectados por este accionar a todas luces ilegal por parte de Movistar, Personal y Claro, las compañías que brindan servicios de telefonía celular*” (énfasis agregado).

Y luego se apunta, entre otras cosas, lo siguiente: “*¿Cuánto nos cuesta a cada usuario esta “aventura comercial” llevada adelante por las empresas de telefonía celular? Entre 30 y 150 pesos por mes (IVA incluido), hasta donde sabemos; posiblemente sea más para el caso de grandes consumidores.*

Las empresas de celulares argumentan que no son ellas quienes brindan el “servicio”, sino que son empresas independientes que ofrecen servicios, y el SMS es simplemente el medio de comunicación a través del cual se contactan las partes.

Ahora bien, quien factura es Movistar, Personal o Claro, en forma directa y sin referencia alguna que indique que el cobro se realiza por cuenta y orden de terceros, y desde luego sin mencionar quién sería ese tercero. Con quien contratamos el servicio es con la empresa de telefonía, ergo es ilegal que brinde nuestros datos a un tercero al que no contratamos. Hay aquí una responsabilidad solidaria y las telefónicas son cómplices y/o coautores absolutos de esta estafa”.

Las noticias sobre el tema recientemente llegaron también a los medios de comunicación más importantes del país, aun a pesar de que las empresas aquí demandadas son las principales aportantes de pauta publicitaria en tales medios (gráficos, televisivos, radiales).

En esta línea puede señalarse la nota de La Nación titulada “*Spam telefónico: cuando tras un premio ‘ganado’ solo se esconde una estafa*”, de fecha 13/11/13. Allí se destaca que “*Los SMS indeseados encabezan las quejas de usuarios y preocupan cada vez más a las telefónicas*”, y que

"No es sólo el tema del acoso o de los mensajes indeseados. El problema es el costo que tienen para el usuario. Estos mensajes no son gratuitos. Cuestan hasta \$ 7,4 cada uno y no figuran en los detalles de los consumos. La única manera de detectar que te los están cobrando es pedir un resumen detallado de los consumos a las telefónicas", apunta Carolina Suárez, directora del Centro de Educación al Consumidor.

Igualmente se señala que las empresas *"Por mes reciben unas 9000 denuncias de usuarios y más de la mitad corresponden a un mismo tipo de mensaje"*.

Se destaca también en este sentido la investigación llevada adelante por el conocido periodista Daniel Malnatti, quien se ocupó de poner bien al descubierto esta práctica en diversas notas y programas televisivos.

Entre ellos puede verse la reciente nota, de fecha 11/09/14, titulada *"#aMiMePaso: Malnatti descubre las "trampas" de las empresas de celulares"*, [16] donde puede leerse: *"¿Cansado de que te cobren de más en el celular y no sabés por qué? Los mensajes sms premium son esos mensajes que recibís a tu celu y que te ofrecen desde el horóscopo hasta conocer el amor de tu vida a través de un chat. Esos mensajes tienen costo y si vos no estás atento, a fin de mes lo vas a sentir en tu bolsillo"* y donde están disponibles dos videos que podrán ilustrar a V.S. sobre algunas de las modalidades de operativización de esta práctica (particularmente la de "sat push", con testimonios tomados en la vía pública al respecto).

Con sólo utilizar el hashtag #aMiMePaso en la red social Twitter, V.S. podrá fácilmente hacerse una idea de la inmensa cantidad de personas que han sido afectadas por esta práctica (y sólo serán las que han declarado ello mediante esta vía, esto eso, sólo una muestra mínima del total de personas que conforman el grupo que representa UCU en este proceso).

También las noticias llegan desde Santa Fe, donde el diario El Litoral publicó en su portal web en fecha 11/09/14 la nota titulada *"Celulares: denuncian que se quedan sin crédito por servicios no contratados"*. [17] En esta ocasión, el medio señala que distintos clientes de TP *"cuentan que se les consumió el abono en 24 horas por mensajes de entretenimiento a los que no se adhirieron. La empresa dice que es sencillo darlos de baja y que son servicios de terceros"*.

Igualmente, surge de allí que *“El reclamo no sorprende a Liliana Campomanes, a cargo de la Dirección de Gestión e Instrucción de la Defensoría del Pueblo. La telefonía celular lidera los reclamos en la defensoría, al punto que el año pasado representó el 28% del total de los casos recibidos (608 de las 2.163 presentaciones que se gestionaron)”* y que *“A pedido de El Litoral, referentes de Telecom-Personal resumieron la posición de la empresa sobre los servicios de información y entretenimiento. También aseguraron que es sencillo darlos de baja”*.

En una línea similar encontramos al portal digital “Uno Santa Fe”, que en fecha 03/10/14 publicó una nota titulada *“Los mensajes no deseados consumen entre \$30 y \$50”*. Allí se informa que *“La legisladora justicialista Alejandra Obeid ingresó un proyecto a la Cámara de Diputados [aclaración: de la Provincia de Santa Fe] donde solicita la creación e implementación del Registro de Suscripciones Involuntarias de mensaje de texto.*

Esta nómina pretende contemplar las denuncias realizadas por usuarios de cualquier compañía de comunicaciones que reciben SMS que implica la adhesión y gastos involuntarios.

Obeid sostuvo que en muchas ocasiones el usuario no advierte estas suscripciones y está condenado a pagar por un servicio que no solicitó y que, por el contrario, insume un costo que oscila entre 30 y 50 pesos mensuales, que son imputados en su factura.

*Al margen de las estadísticas que se manejan, **la información más valiosa con la que contaron los legisladores al momento de presentar esta iniciativa es el hecho de que muchísimas personas, usuarios de empresas de telefonía celular, han sido víctimas de este servicio al cual se podría calificar de “capcioso”** (énfasis agregado).*

También se indica en la nota que *“El proyecto se basó en la queja de hechos reales, cercanos y concretos donde muchas personas han sido perjudicadas por los reconocidos “números cortos”*. *Estos mensajes, que muchas veces parecen inofensivos, pueden llegar a representar un número importante en el consumo de la línea (sea por abono o tarjeta), perjudicando el consumo habitual del usuario.*

Actualmente, las empresas de telefonía celular no se hacen responsables de este tipo de situaciones, las cuales no serían posibles si estas no entregaran los paquetes con números a las empresas que envían los mensajes no solicitados a los clientes”.

2.5. El problema no es exclusivo de nuestro país:

Debemos llamar la atención de V.S. en torno a una cuestión sumamente importante, que concurre también a demostrar la existencia, modalidades y alcance de esta práctica generalizada y sistemática. Esta cuestión es que **nos encontramos ante un problema que excede las fronteras de nuestro país** ya que estos cuestionados servicios de sms Premium impuestos a los usuarios de telefonía celular sin su consentimiento afectan a usuarios de otros países.

En España, por ejemplo, se creó la página <http://www.afectadosporlossmspremium.com/> donde se explica con detalle como funciona la práctica defraudatoria. Igualmente, se encuentra allí habilitada una pestaña para que los damnificados formulen su denuncia, se suscriban para recibir información que les permita evitar ser “estafados” y hasta consejos para poder solucionar el asunto de una forma satisfactoria.

Esto encuentra causa en el hecho que en España, en fecha 1 de diciembre de 2011, la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) detectó que se estaban utilizando páginas web para captar suscripciones fraudulentas de servicios SMS Premium. Acompañamos a esta demanda también una nota titulada “*El gobierno advierte de fraude en la contratación de servicios sms Premium*”,[18] donde se describe el mismo fenómeno que actualmente aqueja a los usuarios de nuestro país .

Se creó también en dicho país la Oficina de Seguridad del Internauta (OSI),[19] la cual tiene claras explicaciones sobre este tipo de práctica ilegítima y las modalidades para reclamar.

La empresa MoviStar de España, a raíz de los enormes inconvenientes que esto estaba generando en sus clientes desde fines del año 2011, obliga a los proveedores de estos servicios (EProov) a conseguir una solicitud de alta firmada por el cliente y una fotocopia del DNI de todo aquel que quiera suscribirse a sus servicios. De esta forma, evita que a través de algún tipo de engaño, el usuario se suscriba a servicios de SMS Premium que no desea. **Se trata de un recaudo mínimo y razonable que las ETel deberían exigir en Argentina para proceder a dar de alta a los servicios en cuestión.**

Esto, además, evidencia cuanto menos tres puntos.

Primero, que la empresa Movistar conoce perfectamente el daño que provocan estos sms Premium.

Segundo, demuestra la absoluta desconsideración de la empresa para con sus clientes argentinos. En una muestra de discriminación absoluta, Movistar protege a sus clientes españoles de la estafa de los sms no contratados, mientras desatiende completamente a los argentinos. Esta cuestión deberá ser especialmente tenida en cuenta a la hora de cuantificar la multa civil peticionada contra esta demandada.

Tercero y fundamental, demuestra **que no resulta nada dificultoso operar el sistema mediante la utilización de reaseguros mínimos contra estafas.**

Ya lejos de España, es importante tener presente que en época reciente el tema ha terminado de explotar ni más ni menos que en **Estados Unidos**.

Allí la Federal Trade Commission (FTC) promovió una demanda contra la empresa AT&T por la práctica que denominan “cramming” (esto es, el cobro en la factura telefónica de cargos no autorizados por los clientes de la empresa; traducido literalmente en la documentación adjunta como “abarrotar”). Y **recientemente dicha empresa acordó el asunto en la suma de 105 millones de dólares.**

El New York Times ya se había hecho eco de esta práctica en Julio de 2014, publicando una nota donde se señala que *“La práctica de abarrotar es común en las facturas de las líneas telefónicas tradicionales, pero sólo recientemente comenzó a aparecer en las facturas por el uso del teléfono móvil”*.^[20] También se informa en dicha nota que *“Una investigación del comité del Senado en cargos de facturación de teléfono no autorizadas concluyó en 2011 - así como aplicaciones de teléfonos inteligentes fueron haciendo populares - que los costos de abarrotar a los norteamericanos \$ 2 mil millones al año”*.

Según se informa en la página oficial de la Federal Communications Commission, el número de usuarios afectados por esta práctica (sólo por la empresa AT&T) rondaba los 10 millones de personas.^[21] Se explica también allí que esto *“ocurre con mayor frecuencia cuando*

las compañías telefónicas permiten otros proveedores de bienes o servicios para colocar cargos en las facturas de teléfono de sus clientes, lo que permite un número de teléfono para ser utilizado como un número de cuenta de tarjeta de crédito o de débito para los vendedores”.

Volviendo sobre la citada nota del New York Times, tenemos que *“En los últimos cuatro años, la FCC ha adoptado nueve acciones de cumplimiento anti-abarrotar contra empresas y propuso más de \$ 33 millones en multas. Eso es mucho menos del 1 por ciento de lo que consumidores pueden haber perdido a abarrotar los cargos en el mismo período”.*

Esto demuestra claramente que se trata de una práctica no exclusiva de nuestro país, que **ha escapado durante años al escrutinio regulatorio y de control (tanto administrativo como judicial)** y que, a esta altura de los tiempos, ha comenzado a ser abordada con seriedad atento la enorme escala colectiva de la lesión que produce a los usuarios del servicio.

Dicho medio informativo también se hizo eco del señalado acuerdo colectivo con AT&T en su nota del 08/10/14.[22] Allí se informa que *“AT & T Movilidad, una de las mayores compañías de telefonía móvil del país, acordó pagar \$ 80 millones a la Comisión Federal de Comercio para proporcionar reembolsos a los clientes que se les facturó "cientos de millones de dólares", a menudo sin su conocimiento o consentimiento, para los artículos incluidos los tonos de llamada y mensajes de texto con consejos sobre el amor y horóscopos”.*

Más aun, la nota indica que *“**Incluso cuando era obvio que los clientes estaban siendo perjudicados, AT & T ha fallado varias veces para ayudar a los clientes, dijo la FTC en una demanda presentada en una corte federal en Atlanta**”* (énfasis agregado).

Se trata sin lugar a dudas de algo muy similar a lo que ocurre en nuestro país, donde las ETel son plenamente conscientes de la defraudación y sin embargo no han tomado medidas idóneas para proteger a sus clientes. Por el contrario, **han actuado como agencias de cobro de las EProof sin contar para ello con información adecuada respecto de la supuesta contratación que serviría de causa a los créditos que las ETel perciben de manos de sus clientes en favor de la EProof.**

En este sentido, en esa misma nota periodística se recoge el testimonio de Edith Ramirez, Presidenta de la FTC, quien afirmó que *"En lugar de actuar para detener los cargos, AT & T siguió haciendo cientos de millones de dólares a partir de la práctica, mediante la adopción de al menos el 35 por ciento de todos los cargos, y se negó a proporcionar reembolsos para muchos consumidores"*.

El hecho de que las ETel participan de este ilegítimo negocio junto con las EProof es una fuerte presunción que se desprende de los hechos de la causa, ya que no sería sensato imaginar que el cobro a sus clientes es realizado a favor de terceros por pura buena y desinteresada voluntad.

La confirmación de esto surgirá de la prueba a recabar por vuestra autoridad. Pero aun cuando no fueran parte de ese negocio, cosa que es difícil de imaginar, lo cierto es que las ETel incumplen frente a sus clientes con las mínimas previsiones que le exigen contar con prueba de la contratación para cobrarles dinero a favor de terceros. Esto basta para demostrar su grave responsabilidad en todo el asunto.

Las noticias sobre este reciente acuerdo también provienen desde distintos portales digitales y aportan más información que demuestra la similitud del conflicto que se pretende resolver con estas acciones. En esta línea, por ejemplo, el portal "Mobile World Wide" señala que *"Las quejas sobre abarrotar móvil han estado ocurriendo durante años y por lo general implican mensajes de texto premium, tales como información de coqueteo y el horóscopo, cargadas en \$ 9.99 por mes Proporcionada por terceros, estos servicios no están solicitadas por el cliente. FTC ha sostenido durante mucho tiempo que los operadores móviles cometen, esta práctica no dejan claro lo que la carga \$ 9.99 relaciona. Por otra parte, en su denuncia, FTC alega AT & T mantiene al menos el 35 por ciento de los cargos que impuso a sus clientes".[23]*

Acompañamos link a la copia de la demanda de la FTC que diera origen al señalado acuerdo, donde se señalan muchas cuestiones que guardan estricta relación con nuestro caso y demuestran que la práctica denunciada y acreditada en esta demanda no es un hecho aislado en materia de servicios de comunicaciones móviles.[24]

Como señala la Presidenta de la FTC en el comunicado oficial por el cual se informó al público el acuerdo señalado, "*Estoy muy contento de que este acuerdo pondrá a decenas de millones de dólares de vuelta en los bolsillos de los consumidores perjudicados por abarrotar de AT & T de sus clientes móviles*", dijo la presidenta de la FTC Edith Ramírez. "*Este caso pone de relieve el importante hecho de que las protecciones básicas de los consumidores - incluyendo que los consumidores no deben ser facturados por cargos que no autorizó - son totalmente aplicables en el entorno móvil.*"[25]

2.6. El juicio colectivo iniciado por Usuarios y Consumidores Unidos ante el Juzgado Civil y Comercial N° 21 de La Plata.

Que este enorme problema ha sido objeto de acción colectiva por parte de la asociación civil Usuarios y Consumidores Unidos estando radicado el expediente bajo la carátula "Usuarios y Consumidores Unidos y otros c/ Telecom Personal y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 262.700) de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 21 de La Plata en fecha 2 de Junio de 2015.

Ese juicio fue iniciado por la asociación y tiene por objeto la declaración de ilegalidad de la práctica, así como la restitución colectiva a favor de todos los usuarios que hayan efectuado reclamos por estas contrataciones.

Para ello la asociación actora, viendo cómo esta grave práctica sistemática y generalizaba se perpetuaba en el tiempo ante la cómplice parsimonia de las ETel, **decidió emprender una campaña en las redes sociales tendiente a recabar información y/o denuncias de damnificados por este asunto.**

La intención de la campaña fue interiorizarse en forma detallada y precisa acerca de qué estaba pasando con esta situación, a efectos de analizar patrones comunes de conducta, investigar cuáles eran los servicios denunciados y también –especialmente- examinar el comportamiento de las empresas ETel ante los reclamos de sus clientes.

Por otro lado, la convocatoria que formó parte de dicha campaña permitió a contar con una gran cantidad de damnificados que dieron su testimonio. En dicho proceso se acompañaron un muestreo conformado por muchísimas denuncias recibidas a través del correo electrónico de UCU, todas ellas formuladas por personas domiciliadas en distintos puntos del país.

2.7. La posición de las ETel frente a estos reclamos:

¿Qué hacen las ETel demandadas ante los reclamos recibidos por no contratación de estos servicios o por la no efectivización de la baja pedida con relación a los mismos?

En líneas generales toda la casuística recolectada y las entrevistas realizadas con afectados indica que los clientes que reclaman o denuncian no haber contratado los servicios **reciben como contestación las instrucciones para dar de baja el o los servicios cuestionados, pero al mismo tiempo reciben de las ETel una cerrada negativa a restituir suma dineraria alguna.**

Para fundar esta negativa las ETel afirman (vaya uno a saber con base en qué elementos probatorios) que el cliente efectivamente ha suscripto algunos de estos servicios, o bien alegan no tener pruebas sobre el pedido de baja efectivamente realizado.

Tenemos entonces que en la gran mayoría de casos donde los usuarios se quejan de no haber efectuado suscripción alguna, las ETel insisten con la existencia de la contratación y son renuentes a devolver el dinero a los damnificados aun cuando de manera casi inmediata proceden a dar de baja el servicio supuestamente contratado. Sólo quienes insisten en sus reclamos o bien acuden a sede administrativa, por medio de una carta documento o por vía judicial han visto que sus reclamos son atendidos, y generalmente sólo en forma parcial.

Insistimos: salvo casos especiales donde el cliente insistió seriamente con el reclamo, remitió una carta documento o inició alguna denuncia ante la autoridad de aplicación de la LDC de su localidad, la respuesta ha sido sistemáticamente la misma: baja del servicio sin reintegro del dinero.

En esos excepcionales casos donde el usuario avanzó fuertemente con el reclamo, se advierte cómo las empresas prestadoras disponen el reintegro en forma total o parcial del crédito

consumido o del dinero abonado, según el caso. Se desconoce si ese costo es asumido por las EProof o las ETel.

La devolución parcial del correspondiente crédito a favor del usuario que realiza un reclamo “formal” resulta un elemento de cabal importancia, en tanto importa por parte de las ETel un reconocimiento expreso de que, ante el desconocimiento de la contratación, LAS EMPRESAS SABEN QUE ESTÁN OBLIGADAS A REINTEGRAR EL DINERO. Y lo están porque no cuentan con elementos probatorios mínimos para desvirtuar la negativa de contratación del consumidor.

Llegados a este punto, algunas preguntas obligadas: ¿por qué no reintegran el dinero a todos aquellos que denuncian la falta de contratación de estos sms Premium? ¿Por qué solo disponen el reintegro del dinero a los consumidores que más tiempo o énfasis ponen a sus reclamos? ¿Por qué hacen esta diferencia con quienes utilizan los canales ordinarios de reclamo previstos por las propias demandadas, y se quedan con ello? ¿Por qué les creen a algunos y a otros no en cuanto a la efectiva contratación de estos servicios?

Estas diferencias en el trato y en las respuestas constituye “trato discriminatorio” en los términos del art. 8 bis de la LDC, tal como desarrollaremos más adelante.

Más allá de esta nueva ilegalidad, lo más importante es que estamos ante un paradigmático caso de culpa lucrativa. No cabe duda de que existe por parte de las demandadas un frío cálculo costo-beneficio, donde se sabe a ciencia cierta que por cada usuario damnificado que insista con el reintegro total o parcial de dinero a su favor, existirán otros 10 o más a los que no se les reintegrará absolutamente nada.

En definitiva, es más lucrativo para las ETel aceptar la devolución del dinero a los pocos clientes que se quejan e insisten con el reintegro o acreditación de las sumas pagadas con causa en esta ilícita maniobra que arbitrar las medidas conducentes para evitar, de una vez por todas, los fraudes cometidos por los prestadores de estos servicios en perjuicio de los clientes de las demandadas.

2.8. Conclusión:

Con el relato que antecede hemos demostrado que estamos ante una problemática real, grave, sistemática y generalizada que perjudicó, perjudica y perjudicará a millones de usuarios de telefonía celular de todo el país a menos que esta demanda sea atendida.

3.- ENCUADRE LEGAL:

La práctica de cobrar por estos “servicios” sin que el usuario haya contratado los mismos se deriva de una práctica comercial generalizada y sistemática llevada adelante por las demandadas en violación de costumbre jurídica en materia de contratación electrónica (art. 16 del Cód. Civil) y del art. 37 de la LDC.

3.1. La ausencia de clave de seguridad:

Uno de los problemas más importantes que tiene este sistema de contratación tiene que ver con que carece de las previsiones mínimas de seguridad que toda contratación electrónica debe tener para garantizar el respeto de los derechos de los usuarios del servicio.

En la actualidad, tanto en nuestro país como a nivel mundial, existe una costumbre negocial en materia de contratos electrónicos entre ausentes que indica que **cualquier sistema de contratación donde exista disposición patrimonial tiene que poder accederse mediante el ingreso previo de una clave de acceso personal**. De esta forma se asegura la identidad y/o capacidad de quien contrata este tipo de servicios, previamente a realizar cualquier débito dinerario en la cuenta del cliente.

Como fuera señalado, el sistema de clave electrónica personal para realizar operaciones electrónicas resulta un uso y costumbre receptado por la realidad negocial argentina (y mundial), a tal punto que resulta imposible encontrar un contrato de este tipo donde el usuario no disponga de una clave personal que tienda a verificar la identidad de la persona contratante. Al resultar una costumbre receptada por nuestra sociedad, la misma resulta obligatoria en los términos del art. 16 del Código Civil.

Se trata de un hecho de público y notorio conocimiento: si alguien pretende sacar dinero de un cajero automático, debe ingresar una clave alfanumérica; cuando se quiere hacer una transferencia bancaria, el sistema exige el uso de una clave personal secreta; lo mismo sucede con

las compras con tarjeta de crédito por Internet y con absolutamente cualquier tipo de contratación electrónica.

En el caso que nos ocupa, estamos ante un sistema de contratación que importa una disposición patrimonial por parte del cliente de telefonía que se suscribe a estos servicios. Por lo tanto, el sistema de contratación que nos ocupa resulta ilegal al violar abiertamente la costumbre comercial argentina en materia de contratación electrónica.

Refuerza lo dicho el proyecto de reglamentación en la materia (ver punto 4.4.5. de este escrito), en tanto dispone en el capítulo “Suscripción a Contenidos y Aplicaciones” que: *“La suscripción a contenidos y aplicaciones brindados a través de las redes de Comunicaciones Móviles, debe contar con la autorización previa y expresa del Usuario”*. Si bien la norma no habla expresamente de la utilización de una clave personal para dar la autorización, entendemos que esta exigencia se encuentra implícita ya que es la forma de uso para acreditar en forma incuestionable que en la contratación existió “autorización previa y expresa del usuario”[26].

Este pequeño cambio en el sistema de (no) contratación de estos servicios cambiaría enormemente la problemática aludida, evitando no sólo que terceros marquen y “contraten” sin permiso del titular, sino también eliminando el riesgo de que existan fraudes o virus informáticos que envíen en forma automática solicitudes de suscripción y/o que existan “contrataciones” por el simple hecho de apretar una simple tecla en forma involuntaria, tal como sucede con los sistemas “sat push”.

En este punto del análisis la pregunta obligada se impone: ¿Por qué no lo hacen? Se puede ensayar una rápida y fácil respuesta: porque no les conviene. Las empresas demandadas, así como las EProof que supuestamente realizan estas contrataciones ilegítimas, no tienen ningún incentivo para incorporar una clave de seguridad para estas contrataciones de manera tal que se cuiden los intereses de sus clientes.

A través de esta **práctica/sistema de “no control” sobre la existencia de un contrato entre sus clientes y las EProof**, las demandadas vienen percibiendo cuantiosas e ilegítimas

ganancias. **Mientras dure este estado de cosas, las demandadas continuarán con este sistema depredatorio y lesivo a los intereses de los clientes de telefonía celular.**

3.2. El supuesto sistema de contratación en base al cual las empresas demandadas están percibiendo dinero por estos servicios también es abusivo en los términos del art. 37 de la LDC:

La sola información electrónica emitida por parte de las EProov a las ETel importa que al usuario correspondiente se le descuenten créditos (prepagos) o se le facturen estos servicios (postpagos). **Si las contrataciones se efectuaron o no poco importa para a las ETel, quienes solo otorgan entidad a la declaraciones unilaterales que las EProov les presentan.**

Esto significa que estamos ante una declaración unilateral por parte de las EProov que termina generando cargos que deben pagar terceros que resultan completamente ajenos a la relación jurídica entra las EProov y las ETel (usuarios del servicio telefónico aquí representados, clientes de las ETel).

Si nos detenemos a analizar esto por un instante, resulta evidente que se trata de un **sistema irrazonable y abusivo ya que las ETel permiten (es más, operan como agentes de cobro para) que terceros ajenos a la relación contractual ETel/Cliente (esto es, las EProov) perciban dinero en las facturas mensuales de los usuarios afectados sin que exista el más mínimo control por parte de las ETel respecto de la existencia de contratación alguna.**

Estamos ante un sistema contractual verdaderamente perverso, ya que las ETel cargan en las facturaciones de sus clientes (o bien descuentan directamente de sus créditos prepagos) conceptos a favor de las EProov utilizando simples planillas de declaración jurada o similar que las mismas EProov le remiten.

No existe control alguno por parte de las ETel sobre si lo que realmente cobran a sus clientes para pagar a las EProov tiene causa, es correcto o ajustado a derecho, sólo parecen cumplir con las instrucciones de las EProov en un claro desprecio por la suerte de sus clientes y con una desconsideración pocas veces vista.

Esta situación es insostenible por donde se la estudie, pero se trata de hechos que ocurren día a día en nuestro país.

Dos personas jurídicas se ponen de acuerdo para cargarle gastos a un tercero, y quien debe recaudar tales sumas de dinero lo hace en función de la simple declaración de la otra empresa, sin tener la más mínima seguridad de que esos servicios hayan sido solicitados.

En estas circunstancias se abre la puerta para que cualquiera de estas EProof denuncie falsamente contrataciones no efectuadas, para robar crédito o dinero de miles de clientes, como sucede en infinidad de ocasiones demostradas por la enorme cantidad de casos testigos que rodean a la presente acción colectiva.

Sin duda alguna podemos afirmar que el sistema, tal como se encuentra configurado, establece una presunción probatoria de contratación **abusiva, ilegal e irrazonable** que establece que si un número y/o palabra clave y/o pin fue marcado desde una terminal móvil (celular) se debe presumir que ello fue realizado por el titular de la línea. Esta presunción además de ilegal por violentar la costumbre jurídica argentina (no existe clave electrónica), **resulta abusiva en tanto importa el traslado al consumidor de la prueba de la NO CONTRATACIÓN.**

Lo mismo sucede con contrataciones efectuadas por menores de edad. Hoy en día el sistema, tal como se encuentra implementado, no puede chequear que la persona que contrata (esto es, quien presiona las teclas del celular), si es que lo hace, sea mayor de 18 años tal como exige nuestro Código Civil.

Esta presunción de contratación e imputación de consecuencias jurídicas a personas determinadas violenta el art. 37 de la LDC, en tanto pretende invertir de la carga de la prueba de la contratación contra el consumidor. El art 37 inc. “c” de la LDC establece que se tendrán por no convenidas “...c) *Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*”.

En efecto, según lo dispone dicha previsión legal y los más elementales principios en materia de tutela del consumidor, **la carga de acreditar la existencia de la contratación electrónica vías sms debe recaer sobre las ETel y no sobre sus clientes.**

Y destacamos desde ya que no alcanza para probar la contratación aludida la simple manifestación por parte de las ETel ni de las EProof respecto de que tal o cual persona efectuó la marcación correspondiente.

Las ETel sólo deberían cobrar por estos servicios de SMS en la medida que tengan prueba fehaciente de la contratación por parte de sus clientes.

4.- POSIBLES SOLUCIONES:

Desde las asociaciones denunciantes proponemos a vuestra autoridad distintas soluciones posibles para dar por finiquitado uno de los mayores abusos en la historia de la telefonía celular Argentina.

Una propuesta muy sencilla de implementar sería posibilitar a los clientes de telefonía celular que se incorporar al “Registro Nacional No Llame” establecido por Ley 26.951. De esta forma cualquier cliente de telefonía celular que se incorpore a este registro, importará la imposibilidad de que a través de su línea de telefonía puedan cobrarse este tipo de servicios.

Hoy en día, en forma increíble, el sistema “no llame” impide recibir mensajes publicitarios sin costo, **pero no protege a los clientes de estos servicios con costo.**

También existe la posibilidad de crear un nuevo registro de bloqueo para estos servicios, a crearse bajo la dependencia de vuestra autoridad.

Otra alternativa podría ser exigir a las “**ETel**” la utilización de una clave alfanumérica previamente otorgada al cliente a fin de que la ingresa previamente para contratar estos servicios. El pedido de clave deberá ser efectuado mediante correo electrónico, de esta forma quedará evidenciado el pedido y el envío.

También propugnamos como posibilidad de máxima, prohibir que este tipo de servicios se puedan facturar dentro de la relación que une a la empresa telefónica con su cliente.

V.- SOLICITAN AUDIENCIA:

A fin de tratar el tema con mayor detenimiento, solicitamos de vuestra autoridad se nos sirva atender en audiencia a fin de intercambiar opiniones sobre esta cuestión.

Sin más, saludamos muy atte.,

[1] <https://www.facebook.com/omicbahiablanca/notes>

[2] <http://www.rosario3.com/noticias/noticias.aspx?idNot=136628&Empresas-de-telefon%C3%ADa-m%C3%B3vil-recibieron-reclamos-en-el-Concejo>

[3] <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/como-dar-de-baja-los-sms-que-nos-consumen-credito>

[4] http://www.clarin.com/sociedad/Suscripciones-trivias-SMS-enemigos-saldo_0_1004899932.html

[5] <http://www.puntal.com.ar/v2/article.php?id=50745>

[6] N° de Expediente 3570-D-2011. Trámite Parlamentario 085, Fecha de ingreso 07/07/2011, texto completo disponible en http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=10864&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=07/10/2011&indice=legislacion y también en la página oficial de la Cámara.

[7] Proyecto 4424-D-2013 “Ley 24240 de Defensa del Consumidor: Incorporación de los artículos 33 bis, 35 bis y 35 ter, sobre el envío de "sms", "mms" o cualquier otro tipo de comunicación equivalente con publicidad y/u ofertas de prestaciones de bienes o servicios”. Iniciado el 30/05/2013 y disponible en <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=152532>

[8] Expte. S-696/14, disponible públicamente en <http://www.senado.gov.ar/>. Se adjunta también impresión del texto pertinente como prueba documental.

[9] http://www.clarin.com/sociedad/Afirman-estafa-traves-mensajes-texto_0_986301430.html

[10] http://www.clarin.com/sociedad/estafa-sms-celulares-fraude-encuesta_0_1366063536.html

- [11] <http://www.puntal.com.ar/v2/article.php?id=50745>
- [12] http://www.iprofesional.com/notas/174819-Cules-son-las-propuestas-para-terminar-con-los-mensajes-de-texto-invasivos?page_y=201
- [13] <http://www.elliberal.com.ar/ampliada.php?ID=115637>
- [14] <http://www.diarioveloz.com/notas/120863-que-hacer-el-cobro-servicios-sms-que-uno-no-contrata>
- [15] http://www.novargentina.com/nota.asp?n=2014_2_24&id=36767&id_tiponota=11
- [16] http://tn.com.ar/sociedad/amimepaso-malnatti-descubre-las-trampas-de-las-empresas-de-celulares_531253
- [17] http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/104761-celulares-denuncian-que-se-quedan-sin-credito-por-servicios-no-contratados
- [18] <http://tencuidado.es/con-la-actualidad/el-gobierno-advierte-de-fraude-en-la-contratacion-de-servicios-sms-premium/>
- [19] <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2012/10/19/procedimiento-para-reclamar-un-servicio-sms-premium>
- [20] http://www.nytimes.com/2014/07/05/technology/unauthorized-charges-on-cellphone-bills-are-a-growing-nuisance.html?_r=2 (se adjunta impresión de pantalla traducida al español por el traductor online de Google).
- [21] <http://www.fcc.gov/guides/cramming-unauthorized-misleading-or-deceptive-charges-placed-your-telephone-bill> (se adjunta impresión de pantalla traducida al español por el traductor online de Google).
- [22] http://www.nytimes.com/2014/10/09/technology/att-to-pay-105-million-over-unlawful-billing.html?_r=2 (se adjunta impresión de pantalla traducida al español por el traductor online de Google).
- [23] <http://www.mobileworldlive.com/att-pays-105m-settle-claims-unauthorised-mobile-charges> (se adjunta impresión de pantalla traducida al español por el traductor online de Google).
- [24] Texto oficial completo tomado de la página web oficial de la FTC, disponible en <http://www.ftc.gov/es/system/files/documents/cases/141008attcmpt1.pdf>

[25] <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/10/att-pay-80-million-ftc-consumer-refunds-mobile-cramming-case> (se adjunta impresión de pantalla traducida al español por el traductor online de Google).

[26] La otra forma es la ensayada por Movistar en España: exigir lisa y llanamente una solicitud por escrito firmada por el cliente, para recién entonces habilitar la facturación de estos servicios.