

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 20827/06.-

SENTENCIA: N° 19.-

ACTOR: DECOVI.-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Amparo Colectivo.-

VOCES: Defensa del consumidor y del usuario.- Acción de clase.- Cláusulas abusivas de los contratos.- Legitimación de las asociaciones.-

FECHA: 01-03-06.-

///MA, 1° de marzo del 2.006.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Gustavo Guerra Labayen, para el tratamiento de los autos caratulados: "DECOVI s/Amparo Colectivo" (Expte. N° 20463/05-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos conforme al orden sorteo previamente practicado respecto de las siguientes:-----

-----C U E S T I O N E S-----

-----1ra.- ¿Es fundada la acción?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----

-----V O T A C I O N-----

A la primera cuestión los señores Jueces doctores Luis LUTZ y Víctor H. SODERO NIEVAS dijeron:-----

-----Que en la demanda que luce a fs. 30/43 la Asociación Civil "DEFENSA AL CONSUMIDOR DE VIEDMA" ("DECOVI.") interpone ante este Superior Tribunal de Justicia una acción de "amparo colectivo" contra la "COMPAÑIA DE TELEFONOS DEL INTERIOR" (CTI.), sosteniendo que las modalidades de facturación en la prestación del servicio de telefonía celular que contratan los usuarios con la solicitud de

adhesión que obra a fs. 18/23 importa una severa lesión constitucional; y es por ello que la Asociación Civil acciona en ejercicio de los derechos que acuerdan las Leyes Provinciales N° 2779 y N° 2817, la Ley Nacional N° 24240 y los arts. 43 de la C.P. y 17, 42 y 43 de la Constitución Nacional.- -

-----Concretamente, se pretende la declaración de ilegalidad del cobro al usuario de la tarifa desde el momento en que se acciona

la tecla SEND más la declaración de nulidad e ineficacia y que se tenga como cláusula no escrita la establecida en los términos y condiciones del contrato que el usuario suscribe con CTI., SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA V, por la que abusivamente se impone que el usuario acepte que las llamadas desde su celular sean facturadas desde que se presiona la mencionada tecla SEND; y además se declare la ilegalidad del cobro de todas las llamadas que sean respondidas por MEMOFACIL, UNIMEMO o contestador automático, cualquiera sea su contenido por no constituir comunicación; y la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático.- - - - -

-----La amparista sostiene que la competencia corresponde al S.T.J. por las disposiciones constitucionales y de la propia Ley N° 2779, en atención a la jurisdicción que ejerce en todo el territorio de la Provincia y cita el precedente "CODECI", admitiendo la existencia de una "...relación contractual..." que los vincula, de la que deriva "...incumplimientos contractuales, violaciones legales comunes, aunque actuales y permanentes.- En definitiva, "...ajuste a la ley, del modo de facturar la tasación del tiempo de aire utilizado...", agregando los antecedentes que la legitiman en los términos de las citadas disposiciones constitucionales y las leyes específicas de defensa de los derechos de usuarios y consumidores.- - - - -

-----Invoca que "...en caso de duda, la interpretación deberá ser la que resulte más favorable al consumidor o al usuario...", en particular la del art. 37 de la Ley Nacional N° 24240 en el sentido de que "...se tendrán por no convenientes...", aquellas cláusulas que impliquen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte y la afectación del deber de información que impone esa norma.- - - - -

-----A fs. 54/57 este Cuerpo resolvió, declarar formalmente admisible en cuanto a la legitimación la representación de DECOVI., dando traslado a CTI.- - - - -

- - -

-----A fs. 84/108, presenta informe el representante de CTI., en el que invoca, en primer, lugar la incompetencia de la justicia provincial para entender en los presentes por considerar que la Ley Nacional N° 19798 establece que son de jurisdicción nacional los servicios de telecomunicaciones de transmisión y/o recepción cualquiera fuera su alcance, por ello cualquier controversia que surja en relación con el servicio de telecomunicaciones -como es el caso de autos- evidentemente debe ser resuelta por un juzgado federal.- - - - -

-----Asimismo, sostiene que lo reclamado en autos no se trata de un interés general sino de un mero interés subjetivo e individual de cada usuario, y que además la actora no ha acreditado la representación de los usuarios supuestamente afectados mediante las actas de poder correspondientes, y por ello la falta de legitimación de la misma es manifiesta y debe rechazarse la demanda con imposición de costas. Agrega que el art. 53 párrafo 2° de la Ley N° 24240 dispone que quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder; y que el art. 52 de la reglamentación de dicha ley dispone que se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuando de tal requisito sólo y específicamente para aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores.- - - - -

-----Posteriormente desarrolla los fundamentos para proponer la manifiesta improcedencia de la vía judicial intentada, no mediando en autos las circunstancias requeridas para que prospere en orden a la existencia de un acto u omisión de autoridades públicas, o de particulares, evidenciados bajo la forma de lesión, restricción, alteración o amenaza; que dicha violación o amenaza se presente en forma actual o inminente; que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto violatorio; y la inexistencia de otras vías para tratar la cuestión propuesta en autos, como remedio judicial más idóneo.- - - - -

-----También señala que la actora no ha acreditado –con la única excepción del firmante del escrito de inicio- la existencia de usuarios disconformes con la forma de facturación que aplica CTI.- - - - -

-----En cuanto al incumplimiento de la Res. N° 344/1997, sostiene que la misma resulta inaplicable a la situación planteada por la actora en tanto dicha Resolución tiene por objeto regular exclusivamente la implementación del sistema CPP. (Calling Party Pays - "Quien llama, Paga") que se aplica a las llamadas que se realicen de teléfonos fijos a

celulares, pero no a la inversa.- -

-----Así, la Resolución de la Sec. De Comunicaciones N° 263/97, modalidad CPP., es un sistema de facturación por cuenta y orden basado en el hecho de que el abonado o usuario que origina la llamada paga, siempre consistente en que paga quien origina la llamada desde un teléfono fijo con destino a un teléfono móvil. Y la Res. N° 344/97 fijó un precio máximo para el minuto CPP., y por Res. ME N° 623/02 se estableció el mecanismo para la fijación del valor de referencia en base al “Valor Indicativo Mensual Promedio Ponderado por Tráfico de los Operadores”.- - - - -

-----En síntesis, considera que todas las resoluciones citadas están referidas a las relaciones entre la telefonía fija y la telefonía móvil, y en ningún caso en las relaciones entre distintas empresas de telefonía celular.- - - - -

-----Agrega asimismo que el Pliego de Bases y Condiciones del Servicio de Telefonía Móvil, aprobado por Resolución MEyOSP. N°

575/93, ratificada por Decreto N° 1461/93, establece que las empresas que presten el STM. gozarán de libertad para la determinación de los precios y la tasación. En tal sentido menciona que se ha expedido la Comisión Nacional de Comunicaciones, autoridad de control en la materia de telecomunicaciones, al resolver un reclamo similar en punto a las objeciones planteadas respecto a la facturación desde que se activa la tecla SEND (glosada a fs. 65/67). En tal sentido, se expresa la Comisión Nacional de Comunicaciones (Nota N° 164455/03, en copia a fs. 66) que ”respecto a la facturación de las comunicaciones desde que Ud. presiona la tecla SEND de su equipo, le informamos que ésto se debe a que las compañías de telefonía móvil cobran la utilización de la red celular...”.- - - -

-----Que a fs. 137/153 y vta. la actora contesta el traslado que le fuera concedido a fs. 122 desconociendo la prueba documental acompañada en el escrito de responde, acusa la insuficiencia de la personería por cuanto el instrumento para acreditarla constituye una sustitución en tercer grado del original apoderamiento para representar en juicio, cuando conforme al art. 1924 del CC. sólo es válida la sustitución en primer grado, señalando que quien ha comparecido en este proceso no es la empresa propietaria del sistema CTI. Móvil, sino que hoy sólo existe CTI-PCS-SA.. Indica que tanto del instrumento de personería acompañado como de las publicaciones que acompaña (“Temas del Consumidor”, año 8, N° 74, 2005 de la Subsec. de Def. del Consumidor de la Nación) surgen elementos evidentes que demuestran que CTI. S.A. ya no es la titular, ya no es la razón social de la empresa titular de CTI. MOVIL.- - - - -

-----A continuación procede a contestar traslado del informe, señalando que en autos ha existido un reconocimiento tácito de la competencia provincial para entender en autos, en tanto no se ha cuestionado la vigencia de la Ley N° 2817. En el caso aquí en análisis es de aplicación la Ley N° 24240 que tiene carácter de derecho común correspondiendo su aplicación a los Tribunales provinciales.-----

-----A ello agrega que corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación activa por cuanto este STJ. ya se ha pronunciado en el Auto Interlocutorio N° 146/05 respecto a la misma.-----

-----En cuanto a las afirmaciones de la requerida en punto a la Resolución N° 344/97, señala que con el dictado de la Res. N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, modificatoria de la Res. N° 344/97, establece en su art.2° que a partir del 1° de enero de 2001 la modalidad “abonado llamante paga” (CPP.) estará disponible para las llamadas en servicios móviles, y es por ello que la actora ratifica la ilegalidad demandada en autos, y especialmente que el art. 4° de la Res. N° 344/97 es aplicable al servicio de CTI. Móvil; y agrega que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (CNC. Ginebra 1993) recomendó que en las llamadas de teléfono a teléfono la duración tasable comienza en cuanto se establece la llamada entre el número llamante y el número llamado.-----

-----Que a fs. 159/162 se acompañan los edictos en cumplimiento del art. 2° del Aut.Int. N° 146/05, conforme al procedimiento reglado por la Ley N° 2779.-----

-----Que a fs. 166/184 los Dres. Gustavo Gabriel AVILA y María Fernanda RODRIGO señalan que en el caso de autos, el poder original otorgaba al Dr. Eduardo Germán PADILLA FOX la facultad de presentarse como parte actora o demandada o en cualquier otro carácter “por sí o por medio de apoderados, que al efecto instituirán”. Fue así que éste sustituyó el poder que se le habría otorgado, a favor del Dr. Horacio Marcelo SILVA y otros con las mismas facultades y limitaciones.-----

-----Respecto a la transformación de la empresa, sostienen que CTI. Cía. de Teléfonos del Interior S.A. es una sociedad constituida bajo escritura pública otorgada el 22 de octubre de 1993, Folio 12427 del

Reg. Notarial 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y que CTI.PCS.S.A. es otra persona jurídica distinta de la anterior. Ambas son controladas y subsidiarias de CTI.HOLDINGS S.A., ambas con licencia para la prestación del servicio de telecomunicaciones otorgadas por el Estado Nacional.-

-----Reitera la incompetencia del tribunal planteada inicialmente remitiendo al informe respectivo y respecto a la falta de legitimación activa acusada inicialmente, expresa que este Tribunal declaró la legitimación de la actora “formalmente” pero que el planteo que efectúa la requerida es en lo sustancial en tanto la actora carece de legitimación suficiente para representar intereses subjetivos individual o sumatoria de los mismos, como es el caso de autos.- - - - -

-----Asimismo también reitera a fs. 178 y ss. que de modo alguno es ilegal la facturación de las llamadas a partir del momento en que el usuario aprieta la tecla SEND en tanto la Res. N° 344/97 se refiere específicamente al sistema CPP. aplicable únicamente a llamadas realizadas desde teléfonos fijos; y en punto a la afirmación de la actora de que la Res. N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, que establecería la modalidad del “abonado llamante paga” (CPP.), lo cierto es que la implementación de la misma se llevó a cabo por Res. SC N° 1848/98 la cual, luego de sucesivas prórrogas, fue finalmente derogada por Res. SC N° 1346/99.- - - - -

-----Agrega que por Res. SC N° 122/01 se suspendió en los hechos la aplicación de esta modalidad (CPP.) a la previa aprobación de planes comerciales por parte de la Sec. de Comunicaciones y la conformidad de los clientes con el sistema. La Res. SC. N° 253/01 derogó la anterior y fijó como nuevo plazo de entrada en vigencia del CPP. entre móviles el 1° de septiembre del 2001. Sin embargo, en virtud de la sentencia del 28 de agosto del 2001, confirmada

por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Cont. Adm. Fed. con fecha 13 de febrero del 2002, en autos “Defensoría del Pueblo c/PEN., Min. E. E. Int. I y V. – Sec. Comunicación- Resol. 253/01 s/Amparo” se suspendieron los efectos de la citada resolución antes de su entrada en vigencia.- - - - -

-----A fs. 198, obra acta de la audiencia llevada a cabo el día 21 de febrero de 2006, conforme al artículo 16 de la ley 2779 y lo peticionado por las partes, en la que exponen

y manifiestan la inexistencia de puntos de coincidencia para una conciliación en el actual estado.- - - - -

-----Que a los fines de ordenar los tópicos a ser tratados desarrollaremos en primer lugar la cuestión de la competencia para entender en autos, la legitimación activa de los accionantes, la relación de usuario o consumo y la procedencia de la acción de amparo colectivo de la ley 2779.- - - - -

1.- COMPETENCIA:

-----Respecto a la competencia de este STJ. para conocer en la demanda de autos debe ser tenido presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 31-05-2005, en la causa “Edenor S.A.” (DJ 23-11-2005, 906 - Sup. Penal 2005, diciembre, 72) recepitó el dictamen del Procurador Fiscal, que la Excma. Corte hizo suyo, en el sentido de que “corresponde que la justicia local y no la federal investigue la causa iniciada a raíz de la denuncia formulada por un usuario del servicio de energía eléctrica por el delito de defraudación por haber la empresa prestadora del servicio, facturado un cargo fijo correspondiente a usuarios que poseen un consumo mayor, pues el hecho sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor”. Allí se sostuvo que a partir de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de la energía eléctrica -Ley N° 24065 (Adla, LII-A, 82)-, las relaciones entre las empresas prestadoras del servicio y los usuarios se rigen por disposiciones de derecho común, sin que la legislación regulatoria de la generación, transporte y distribución de electricidad establezca excepción alguna a este principio.- - - - -

-----En dicha oportunidad el juez provincial, declinó su competencia por considerar que al tratarse de cuestiones abarcadas por una concesión del Estado Nacional y controlada por un organismo -ENRE.- dependiente de éste, se trataba de un caso regido por las leyes de la Nación y, por ende, sometidas a jurisdicción federal. A su vez, el magistrado nacional no aceptó la competencia atribuida por entender que carecía de trascendencia que el hecho denunciado haya acaecido con motivo de la prestación de un servicio concedido por el Estado Nacional para atribuir competencia a ese fuero, toda vez que los hechos tuvieron lugar entre particulares. El dictamen al que nos referimos señaló que la Excma.Corte ya había expresado anteriormente que la intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y

efectivamente a la Nación (Fallos: 300:252; 302:1209; 305:190); y más allá de la calificación que en definitiva pudiera adoptarse en el caso, se consideró que el hecho denunciado sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor, sin mediar tampoco una afectación concreta a la prestación del servicio público interjurisdiccional de electricidad (cf. Fallos: 319:270). -

-----  
----Más recientemente, la misma CSJN, con fecha 01-11-2005 en la causa "MEZA, Pompeya" La Ley 12-01-2006, 2) insistió en que: "toda vez que a partir de las declaraciones de la denunciante no se advierte la interrupción o entorpecimiento del servicio público interjurisdiccional de telecomunicaciones que habilitaría la competencia de la Justicia Federal, corresponde que sea la Justicia provincial quién intervenga en la causa en la cual se investiga un exceso de facturación".- - - - -

- - - - 2.- LEGITIMACION:

----En Auto Interl. N° 146 del día 12 de octubre del 2.005, este Tribunal consideró, en lo referido a la legitimación de la Asociación Civil "DEFENSA AL CONSUMIDOR DE VIEDMA", conocida como "DECOVI.", que, sin perjuicio de la informalidad que caracteriza al instituto del art. 43 de la C.P., el legislador ha dictado reglamentaciones tales como la Ley Provincial N° 2779, que para el caso de autos se complementa con las Leyes Provincial N° 2817 y Nacional N° 24240. A su vez, sin afectación de tal informalidad el S.T.J. ha desarrollado una amplia doctrina legal sobre el mismo instituto, a la que se sujeta el abordaje que se hace de aquellas cuestiones que vienen por esa vía excepcional y urgente. Y agregó: "La amparista DECOVI, goza en la Provincia de personalidad jurídica (ver fs. 12 y 13) y el reconocimiento de la autoridad de aplicación de la Ley Provincial N° 2817 con la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores (ver fs. 28), además de ser declarada "...de interés provincial, social, educativo y comunitario..." en su actividad por parte de la Legislatura de la Provincia (ver fs. 25)".- - - - -

----Por tales motivos, el Tribunal se pronunció por la admisibilidad de la legitimidad invocada, circunstancia que llevó a ameritar precedente la acción en los términos en que inicialmente se propusieron y sin que comportara anticipo de criterio ni sobre la competencia, ni el fondo del asunto en orden a otros aspectos formales y esenciales.- - -

-----La legitimación colectiva permite con amplitud la apertura de las puertas de la justicia a cualquier ciudadano que vea afectados sus intereses legítimos por cuanto el hecho de que sean difusos no empece a su cotitularidad y por ende su interés jurídico relevante. Las vías procesales para el tratamiento de los conflictos colectivos deben exhibir notas propias que permitan la adecuación de institutos como las notificaciones, publicidad, acumulación de procesos, producción y carga de la prueba y cosa juzgada, entre los más relevantes (LL 22-03-05, “Inconvenientes procesales en el trámite de los procesos colectivos”, José María Torres Traba).-----

### 3.- PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO COLECTIVO:

-----Ingresando sobre este particular aspecto señalamos que hemos tenido a la vista las Resoluciones de la Sec. de Comunicaciones N° 192/96, N° 263/97, N° 1848/98 y N° 2475/98, las que establecen la modalidad de facturación CPP. (“abonado llamante paga”); la N° 2014/97 (abonado llamado paga); la N° 263/97; la N° 344/97 (determinación de valores de referencia en sistema CPP.), Decs. Nacs. N° 266/98 y N° 301/99 que aprueban pliego de bases y condiciones generales y particulares del concurso público nacional e internacional para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicaciones personales; N° 1346/99 (banda de tarifa reducida); N° 3464/99 (prórroga implementación CPP.), N° 3198/99 (modifica banda horaria reducida), N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, modificatoria de la N° 344/97; N° 122/01 (implementación CPP. entre móviles); N° 253/01 (valor referencia para servicios de telefonía móvil), N° 124/02 (llamadas al exterior), N° 206/02 (mecanismo para fijar valor referencia); N° 623/02 (nuevo valor de referencia); N° 22/03 (CPP., facturación por orden y cuenta de terceros); N° 48/03 (valores de referencia “abonado llamante paga”); N° 37/03 (establece deber de información sobre la totalidad de planes ofrecidos en todas las modalidades posibles de prestación del servicio) y N° 92/05 (“autorización a prestadores de PCS. para uso de numeración de SRMC.”).-----

-----Asimismo, el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución de la Sec. de Comunicaciones N° 490/97 (modificado por Res. N° 1714/97), el cual determina que en casos de discrepancias o dudas en la interpretación de algunas de sus cláusulas, prevalece la Ley del Consumidor

Nº 24240 por sobre el pliego del Servicio de Telefonía Móvil. Además, el art. 35 de dicho reglamento establece que los precios establecidos por el prestador deberán ser razonables.- -

-----En ese contexto, los supuestos denunciados en la demanda, el cobro de la llamada a partir de presionar la tecla SEND puede importar una práctica comercial abusiva dada la ausencia de comunicación efectiva entre quien llama y quien debería ser el receptor de tal llamado. La facturación basada en el uso realizado de la línea, cargada a quién en definitiva es la parte más débil de la relación de consumo, no tiene apariencia de justa -o "razonable" en la expresión del art.35 del reglamento supra aludido- de ninguna manera y amerita su revisión judicial aunque en un ámbito de mayor debate y prueba, máxime cuando en caso de duda las normas en esta materia deben ser interpretadas a favor del consumidor y usuario, tal como se señalara previamente.- - -

-----En este sentido, la cláusula 12.1 del Pliego (ratificado por Dec. Nº 1461/93), que obra a fs. 64, la que indica: "Los precios correspondientes a los servicios de telefonía móvil serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario" es de fecha anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994; de la ley 24240 las resoluciones derivadas de ellas; de todas maneras ya regía el art. 30 de la Const. Prov. y las Leyes Nº 2817 y Nº

2779 de Río Negro y por otra parte nunca puede entenderse como ilimitadas y sin control jurisdiccional.- - - - - 4.-CONCLUSIONES:

-----Con esos fundamentos y la doctrina mayoritaria de relevancia en la materia, cabe considerar que en principio existen ciertos aspectos que dan andamiaje a la verosimilitud de la pretensión de la amparista en cuanto a una presunta actitud abusiva en el cobro de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla SEND y no se efectiviza comunicación alguna, así como la colocación compulsiva y sin autorización del usuario de los servicios de contestador automático.- - - - -

-----La Ley Nac.Nº 24240 reguló en su cap.13 las acciones judiciales atinentes a esta problemática, permitiéndole al consumidor, al usuario, a las asociaciones de consumidores, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Mrio.Público, promover las acciones judiciales cuando sus intereses resultaran afectados o amenazados; y el Dto.

Nº 2089/93 que vetó el original art. 54 en lo referido al alcance de la cosa juzgada sólo para el demandado, quedó sin aplicación, con lo cual le dio proyección “erga omnes” en cualquier tipo de procesos, aún en caso de desestimación de la demanda (J.C.Hitters, LL.24-10-05, ps.1/8).-

-----Las Resoluciones Nº 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor, así como las Nº 26/2003 y Nº 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica (que amplían a la primera) han determinado las cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo por ser opuestas a los criterios establecidos en el art. 37 de la Ley Nº 24240 y su reglamentación. Ello por cuanto en los términos del art. 42 de la C.N. los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades la protección de los

mismos, enunciándose las cláusulas que no pueden estar contenidas y establece el principio de que cuando otras normas generales y especiales establecieran condiciones de contratación más favorables al consumidor se estará a lo dispuesto por éstas. En particular se observa la enunciada en el inciso a) de la Res. Nº 53/2003 que considera abusivas aquellas cláusulas que confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y las prestaciones respectivas.- - - - -

-----Por tales motivos y en atención al plexo normativo citado, principalmente a las interpretaciones de reciente data por parte de la CSJN al respecto, la naturaleza jurídica de la cuestión planteada y la doctrina del STJ en cuanto al instituto del art.43 C.P. y de la C.N., y en particular en la ley 2779, anticipamos de la procedencia parcial del amparo colectivo, suspendiendo por noventa (90) días los términos y condiciones contractuales de las cláusulas por las que se impone unilateralmente a los usuarios residentes en la provincia de Río Negro: a) el pago de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla "SEND"; b) La instalación sin su previa autorización de los servicios de "UNIMEMO" o "MEMO FACIL", o cualquier otro contestador automático. Y dejar al arbitrio de los amparista canalicen en ese plazo por una vía ordinaria ulterior, con mayor amplitud de debate y prueba en la consideración y el pronunciamiento en definitiva del organo jurisdiccional competente sobre dichos aspecto de los alcances de la relación contractual, por ser "lo convencional" en principio ajeno a la acción de amparo según la

propia doctrina legal del STJ, incluyendo las eventuales nulidades de cláusulas contractuales establecidas en los términos antes descriptos, que pudieran colisionar con la ley nacional N° 24240, la ley provincial N° 2817, el art.42 de la C.N. y el art.30 de la C.P. y complementarias; y en este plazo de 90 días

las partes deberán cumplir fielmente las demás obligaciones contractuales que las vincula.- - - - -

-----En conclusión, hay suficiente andamiaje para receptor de modo parcial la pretensión de la amparista por un plazo dentro del cual, si se cree asistida por tales derechos, (hasta aquí y en esta acción de amparo colectivo) ejerza por la vía ordinaria otra acción, de fondo, que revise, aclare y determine en forma definitiva el tenor, contenido y alcances del vínculo contractual entre el prestador y los usuarios en orden a lo que constituye el objeto del amparo que “prima facie” tiende al restablecimiento del derecho ante un hecho lesivo que requiere de la vía excepcional y urgente, dejando para una instancia de mayor debate y prueba la determinación final de la cuestión que motiva la litis.-ASI VOTAMOS.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS, amplía sus fundamentos y dijo:- - - - -

##### 5.- LA RELACION DE CONSUMO y PROCEDENCIA DEL AMPARO.-

-----La reforma constitucional ha sido clave en este terreno, tal como lo sostiene Alberto B. Bianchi (RAP. N° 235, Abril 1998), en tanto la unidad temática constitucionalizada en los Artículos 41, 42 y 43, ha adquirido un brillo e interés singular que se propaga diariamente y con ella el interés una vez más por el estudio de los derechos de incidencia colectiva. El Artículo 43 de la Constitución ha incluido la protección de los derechos colectivos en el marco procesal del amparo; y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia, en "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Pcia. de Buenos Aires", 22-4-97, La Ley 1997-C, 322), ha establecido los iniciales lineamientos que deben ser considerados al momento de abordar estas problemáticas.- - - - -

-----Corresponde en este estadio referirse a la “relación de consumo”, relación que cuenta con recepción expresa en el art. 42 de la C. Nacional a través de la reforma de 1994, estableciéndose allí una serie de derechos esenciales de los consumidores y/o usuarios que exigen se implementen y respeten durante toda la “relación de consumo”, y no al específico contrato de consumo, puesto que aquella relación va más allá del convenio celebrado entre las partes, cabiendo incluir al

potencial consumidor durante las tratativas previas. Es decir, no se circunscribe a lo contractual y se refiere a algo mucho más amplio (cf. Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y o. s/Daños y perjuicios”, CNCiv., Sala F, 13-03-00, LL. B, 511). Es decir, existe una extensión en relación al ámbito objetivo ya que no nos acotamos estrictamente a los efectos jurídicos generados durante la vigencia del contrato de consumo, sino que se extiende la tutela protectora de la parte débil al campo precontractual (por ej. La publicidad) y postcontractual (obligaciones posteriores a la extinción del contrato); agregándose a ello la extensión también al llamado ámbito subjetivo, por cuanto en contra de lo que sucede en el derecho común en donde los efectos del acuerdo se limitan a las partes contratantes, en la relación de consumo, de acuerdo a lo normado en los arts. 11 y 40 de la Ley N° 24240, se incluye al fabricante, distribuidor, importador, etc. (sujetos pasivos) y desde el punto de vista activo, no sólo al consumidor, sino también a lo que el common law denomina “bystander”, sujeto que resulta perjudicado por el defecto de determinado producto, y que mediante la Ley N° 24240 se denomina usuario (cf. “La Obligación de Seguridad y el deber de información en la relación de consumo”, Marcelo Carlos Quaglia, Rev. De Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año VIII, N° 1 enero de 2006).- - - -

-----Ricardo Luis Lorenzetti y Gustavo Juan Schotz, en “Derecho del Consumidor”, Ed. Abaco de R. Depalma, 1998, Univ. Austral, consideran el rango constitucional del principio protectorio, que se desarrolla a nivel infra constitucional basado en un criterio activante de la calificación protectoria (este elemento ha variado en distintos períodos históricos: “favor debitoris”, “favor debilis”, protección de grupos contratantes en función de la tipicidad contractual). Por supuesto, la extensión de la aplicación de dicho Principio depende de los elementos de la relación de consumo. Pero más allá de ello, de un juego armónico interpretativo de los mismos, se advierte en los arts. 1, 2, 40, 56, y 74 de la ley 24.240 que el consumidor como sujeto que ingresa al sistema del derecho privado, confiriéndole un sentido diferente, y acentuando el carácter protectorio de la parte más débil. Ver en particular el Capítulo II, “La relación de consumo”, en la obra citada y en particular nota 23 y 24, páginas 63, 73/75, 84, 87, 93 y 95 in fine. - - - - -

-----Sobre la regla “favor debitoris” ver además el trabajo de Luis Moisset de Espanés y Guillermo Tinti, en la misma obra, Cap. II, en particular 103/105, 107, 109 in fine.- - - -

- - - - -

-----En el caso de autos se trata de usuarios del servicio de telefonía móvil, relaciones

que a entender de Lorenzetti en las legislaciones brasileña y argentina, aunque no se la menciona expresamente en la definición normativa, hay una relación de los servicios públicos que permite subsumir estas actividades dentro de las normas de consumo. (Conf. Ricardo L. Lorenzetti, "Tratado de los Contratos", Ed. Rubinzal y Culzoni, 1999, pág.153).- - - - -

-----Jaime Luis Anaya (en ED., 177-218), expresa que para configurar la relación de consumo debe mediar también la concurrencia de elementos objetivos. El marco regulatorio de esta ley sólo alcanza a los contratos que tengan por objeto: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la compra de inmuebles nuevos, destinados a vivienda y efectuada mediante oferta pública dirigida a personas indeterminadas, y c) la prestación de servicios, inclusive servicios públicos domiciliarios. Dado que el desenvolvimiento de los derechos de los consumidores se encuentra en un estadio inicial, por ende deja un amplio campo para la controversia que alcanza a su propio fundamento y aun a la justificación de su existencia. Las actuales proyecciones alcanzadas por la economía de mercado, los condicionamientos impuestos por la propaganda, la penetración de los medios masivos de difusión, son algunos de los más gravitantes factores que dejan sin adecuados contrapesos al consumidor, especialmente cuando actúa aislado y sin el apoyo de organizaciones. Las técnicas de comercialización y ciertas prácticas toleradas legalmente, que permiten el triunfo de las empresas que engañan mejor, las características de los productos que no permiten una fácil apreciación de su calidad, como es corriente en los electrodomésticos, la escasez de tiempo para comparar, discutir, consultar, son otras tantas razones para que, como dijera BARRERA GRAF, de la misma manera que ayer se protegió a los trabajadores, se tienda hoy a proteger a los consumidores.-

-----En tal sentido, Osvaldo Alfredo GOZAINI (en "Protección Procesal del Usuario y Consumidor", Derecho Procesal Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, p.34 y ss.), nos explica que la novedad del siglo XX fue la consagración del derecho de masas, despersonalizado, que no tenía un dueño particular ni un único afectado. Los derechos de incidencia colectiva, fueron aquéllos que reconocían una parte de la titularidad procesal (la subjetividad del derecho de acción) en varios legitimados: grupos o asociaciones, Ministerio Público, defensor del pueblo, etcétera. Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero

también lo es que, en el caso del Derecho del consumidor o usuario fundamentalmente son colectivas o genéricas, y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones aflictivas. Es decir, que aun siendo invocadas por uno solo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos". Si el interés colectivo o difuso no tiene ubicación específica en nuestro ordenamiento legal, no hay duda de que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes a las exigencias de la realidad; paralelamente, las vías procesales vigentes tendrán que ser adecuadas a los fines del juego de los derechos inherentes a tales intereses. En el campo de los "intereses difusos" es evidente que no es solo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa; respecto de ellos el derecho objetivo tiene que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (Conf. Ombudsman, class action, acción popular, acción civil pública brasileña, etc., cfr. Informe Anual 1988-89 de la Controladuría General Comunal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, p. 12). - - - - -

-----En principio, los derechos del consumidor genérico (derecho colectivo) con exclusión de los casos en los cuales los contratantes disputan el alcance de un contrato y pretendan, uno u otro, mantener provisoriamente una situación de hecho. En el mismo orden de ideas, se ha sostenido que el amparo no cubre los derechos patrimoniales, por cuanto los mismos se hallan

suficientemente protegidos por el Derecho Privado y la legitimación común. No obstante, tan concluyente negativa ha sido morigerada por la doctrina y jurisprudencia en función de que en ciertos casos hay que aceptar la vía del amparo, para que no queden sin protección ciertas garantías constitucionales (CCCom. de Azul, 23-8-89, voto del Juez Céspedes, "Mirasur S.A. c/Municipalidad de Tandil s/Acción de amparo"). El supuesto previsto por el artículo 43, párrafo 2° de la Constitución Nacional presupone que el derecho o interés que aduce el afectado para entablar la acción de amparo presenta un adecuado nexo con su situación personal, que puede ser real como potencial y que no será exclusivamente de él. En consecuencia, tal supuesto no es un caso de acción popular, pues la legitimación no se reconoce a cualquiera sino a quienes participan de un determinado interés colectivo como es clásico reconocer en el Derecho de los Consumidores. Ello así, aun cuando todos quienes componen una sociedad

compartan el mismo interés, pues en tal caso la legitimación no se inviste por ser cualquiera de ese grupo o sociedad, sino por participar en un interés tan amplio como cuantitativamente lo es el grupo o la sociedad.-----

-----La relación de consumo se instrumenta en un contrato de consumo, Gozaíni se pregunta: ¿Qué es un contrato de consumo? “según Wajntraub, contrato de consumo será todo aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar dichos bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinta su concreción o no, mediante condiciones generales. Además, el acuerdo deberá versar sobre: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios, o c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a

vivienda. Con este encuadre, la relación de consumo se establece entre quien tiene la cosa, bien o servicio, en calidad de usuario o consumidor final, y el proveedor de aquéllos, sin importar en la especie que entre ellos exista una vinculación directa”. Contrato de consumo -dice Rubén S. Stiglitz- es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final -persona física o jurídica- con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para uso privado, familiar o social. La amplitud del concepto permite deducir la dimensión tuitiva que tiene el Derecho del Consumidor, en virtud de que son numerosos los tipos de contratos que se pueden celebrar donde queden vinculadas partes en calidad de sujeto consumidor y agente de producción. ¿Cuál es la singularidad, entonces? Simplemente las diferencias que entre ellas existen para disponer sobre el objeto del negocio, sus particularidades y, en definitiva, quién tiene el poder de negociación. Por tanto, la protección procesal se dispensa al usuario o consumidor que goza de una herramienta jurídica contra el abuso de la posición dominante (ver además "Defensa del Consumidor", Javier H. WAJNTRAUB, Nota introductoria, Lexis Nexis- 2002, págs.8/16).- --

-----Con la sola finalidad de clarificar las características que rodean un contrato de servicio, es por demás ilustrativo el enfoque sistemático del contrato. Esta mirada se basa en la interacción de un grupo de contratos que actúa en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. Ello permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y

funcionamiento de una red, así para la comprensión de un vínculo individual se requiere la comprensión del sistema. En este contexto, si la finalidad supra contractual es de consumo, todos los contratos son de consumo por conexidad o accesoriadad. (Ricardo L. Lorenzetti y Claudia Lima Marques, “Contratos de Servicios a los Consumidores”, Ed. Rubinzal y Culzoni, 2005).- -

-----De ello surge gráficamente, que si la finalidad de un contrato –en el caso el que vincula a CTI con el usuario- es la prestación del servicio de telefonía móvil el contrato es de consumo, la relación es de consumo, el derecho aplicable es el derecho de los consumidores.- - - - -

-----Las relaciones masivas –como la de autos- tiene como supuesto de hecho la adhesión a las condiciones generales. De esta manera la oferta basada en la apariencia y la aceptación basada en la confianza toman protagonismo y se tornan jurídicamente relevantes, al momento de analizar una relación en particular.- - - - -

- - - - -

-----Como principio jurídico y regla hermenéutica, tato la confianza como la apariencia significan que se da primacía lo objetivamente declarado porque se protegen las expectativas creadas y a quien confió en ellas. La confianza es el fundamento de la celebración de los contratos, ya que “lo que funda la fuerza obligatoria del contrato es la confianza que unos de los contratantes inspira en el otro” (cita de Carbonnier L\’evolution contemporaine du Droit des Contrats, Jorunées René Savatier, Presses Univ., París, 1986, p. 34, realizada por Ricardo L. Lorenzetti y Claudia Lima Marques, en “Contratos de Servicios a los Consumidores” Ed. Rubinzal y Culzoni, 2005).- - - - -

- - -

-----Por derivación de la seguridad y la confianza en el tráfico, es sabido que situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación en base a la confianza, autorizan a imputar obligaciones allí donde el sujeto no las estableció expresamente.- - - - -

- - - - -

-----La adhesión como forma contractual es una respuesta a las relaciones masivas, para reparar las situaciones inequitativas que en base a ella se generan resulta imprescindible el control de contenido. Tanto el consentimiento como la adhesión resultan insuficientes porque existen asignaciones de efectos jurídicos que no están conectadas con una declaración de voluntad directa si no en comportamientos objetivos a los que el ordenamiento les adjudica consecuencias.- - - - -

-----Esta característica de masividad es a su vez la que genera el elemento “colectivo” para calificar la acción intentada para la protección del derecho, así Humberto Quiroga Lavié en “Título: Requiem al amparo colectivo” (La Ley, 1998-C, 1337) indica que la "incidencia colectiva" no convierte al colectivo en una mera suma de daños singulares, quebrando la unidad substancial del colectivo: la incidencia colectiva es una manera elegida por el constituyente para denominar a la tutela de los derechos colectivos de la sociedad, en su conjunto o de cada sector social: “En efecto, el colectivo, como centro de imputación de normas, ha quedado consolidado por la legitimación que el constituyente le ha otorgado al Defensor del Pueblo, que actúa en defensa de todo el pueblo, o de cada sector afectado, pudiendo siempre haber integrantes del sector que no estén de acuerdo con la posición del Defensor. Lo mismo ocurre con la legitimación que se les reconoce a las asociaciones que propenden a defender los derechos de cada sector social, así como a los afectados, que lo son en tanto integrantes de un sector social, no como simples afectados individuales: así funciona la acción de clase en el derecho anglosajón, en beneficio de la economía social de mercado, con justicia social, como lo quiere el inciso 19 del art. 75 de la Constitución Nacional, no habiendo razón alguna para dejar de cumplir con las políticas constitucionales fijadas por el constituyente”.- - -

-----Augusto M. Morello, en su trabajo “Dificultades en el tránsito del proceso individual al colectivo” (La Ley, 13-10-2004, 8) comentando el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros” (2004-07-13) expresa que el mismo tiene una especial importancia porque constituye el punto de inflexión en el recorrido acelerado que experimenta, en la realidad de las controversias, el fenómeno de la legitimación, por cuanto se asiste a una divisoria de aguas que desnuda las resistencias o dificultades de adaptación y de hermenéutica, por parte de los operadores jurídicos (jueces y abogados) ante una nueva y desafiante frontera de los "reclamantes" y en dicho caso, las "defensorías". También agrega que los avances técnicos de la ciencia procesal se van cubriendo de aperturas y sagaces flexibilizaciones técnicas mediante los cuales el paso vivo de la sociedad ve facilitada las respuestas de los jueces, acomodando a otros usos y diferentes modos de actuación colectivo de la defensa en juicio que permiten armonizar lo nuevo de lo sustancial del Derecho con las lógicas adaptaciones de lo instrumental. Y ello no es fácil ni logra consenso inmediato. - -

-----El mismo Morello en “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca” (1999, jurisprudencia anotada, JA. 1999-III-249), alude a dos matices decisivos del derecho argentino que han hecho girar la lectura de las explicaciones: la dimensión social de ellas y la escala en que se manifiestan, señalando que lo dogmático clásico de los históricos conceptos y técnicas no pueden sustraerse a esos remolinos que colocan al pensamiento y accionar del derecho en otros niveles, en diferentes registros; y agrega que hay una nueva armonización de lo público y lo privado a partir de la irrupción de la acción civil colectiva, en las variantes del amparo, de la acción declarativa de certeza, de la tutela urgente y anticipatoria, desafiando a los nuevos operadores a que imaginen otros senderos en la búsqueda de la tutela efectiva para los derechos difusos, colectivos grupales, de clase o categorías. Que porfían por contar con una red de protección a través de la cual cubrir los derechos de todos, metaindividuales o transpersonales, o que son homogéneos respecto de muchos (a la protección y movilidad del haber jubilatorio), etc. Pero, además, y en el vuelo de esa categoría se ven dañados otros derechos singularizados en cabeza de legitimados particulares. Y agrega: “El medio, el paisaje (el aire que respiramos) es de "todos" y (fragmentadamente) "todos lo gozamos". Si es destruido, alterado, polucionado, se lo lesiona para todos porque están en una situación similar; ninguno de ellos deja de ser afectado. En otro registro, cada uno en singular podrá experimentar, a raíz de la misma causa un daño personal (no transpersonal) y circunscripto, diverso del primero. Distintos afectados que reclamarán, por ende, diversificadas formas de protección. En el horizonte del primero (social, público, dimensión pluripersonal) emergen el Defensor del Pueblo, un Ministerio Público cualificado (competente, modernizado, científico), la decisiva participación protagónica de ligas, entidades intermedias, asociaciones, que son las que dinamizan la protección en concreto -deben hacerlo- en sede administrativa y/o judicial, de manera fundamentalmente preventiva -aquí lo que cuenta es evitar, prohibir, actuar antes que, como ocurre con Bariloche, entre la polución y los incendios, que se llegue cuando "ya no importa" (Juan Carlos Onetti). Y es ese perjuicio superior y transpersonal (el interés difuso: al ambiente, al paisaje, a la ética colectiva) el que incita a actuar en justicia”.- - - - -

-----También, María Gabriela Abalos (comentando el fallo de la Cámara 3a. del Trabajo de Mendoza -CT3a.Mendoza, del 2004-11-05  
en Adaro, Lair M. y otros c. Ex Banco de Mendoza S.A. y otros; Publicado en: LL.Gran

Cuyo 2005, junio, 485), señaló el hecho de que el Tribunal ponga de manifiesto que se estaría ante un "caso piloto" ya que, atento a la pluralidad de actores, monto económico considerable, diversidad de cuestiones sustanciales en juego, etc., se trataría de una acción compleja, acción colectiva o de clase, para la cual, el ordenamiento procesal no tiene prevista una tramitación especial y adecuada (recordamos que en R.N. están regladas desde las Leyes N° 2817 y N° 2779, legislación señera). Agrega que dicha afirmación de la Cámara, lleva a indagar someramente sobre este tipo de acciones, pero resultando esclarecedoras las consideraciones de Ekmekdjian quien entiende que la acción de clase es aquella que afecta a un grupo más o menos amplio de personas y requiere la titularidad de un interés difuso, tal como el caso del fallo "Ekmekdjian c. Sofovich" (Fallos, 315:1492 -1992-; ED. 148-354 -La Ley, 1992-C-543) que podía afectar a todos los cristianos o al menos a todos los católicos. Mientras que en la acción popular, en cambio, el actor representa a la sociedad toda, tal el caso de los delfines o toninas "in re": "Kattan" (ED, 105-244), sustentándose en el interés simple de todo habitante. También se sostuvo que los intereses difusos son aquéllos que tiene por titulares a una pluralidad indeterminada de sujetos, pertenecientes a un grupo o comunidad social, que implican una pretensión general, insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, mientras que los intereses colectivos en cambio son los intereses de categoría que se imputan a grupos o asociaciones con un trasfondo corporativo (vgr. gremiales, profesionales, etc.) y finalmente los intereses individuales homogéneos son particulares de cada individuo, pero son idénticos

entre todos los de la respectiva clase, correspondiendo las acciones de clase a estas dos últimas categorías. Coincide con Gelli en cuanto a que, luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, las acciones de clase constituyen una alternativa posible que brindan los arts. 43, 41, 42 y 120 de la Norma Fundamental, aunque requieren la adecuada reglamentación de los procedimientos y efectos. De esta forma, entiende que el caso que comenta supone un buen ejemplo de acción de clase ya que involucra intereses colectivos que pertenecen a un grupo con cierto trasfondo corporativo (trabajadores del ex Banco Mendoza) y de entidad económica considerable (aproximadamente cinco millones de pesos). Considera que ello nos muestra el vacío legislativo que posee el ordenamiento procesal y que obligó a los jueces de la causa a tomar ciertas medidas especiales, tales como la de subdividir la causa en grupos de cinco personas.-----

-----El camino fijado por Río Negro en la Ley N° 2779, ha sido seguido por otras

provincias como señala Horacio L. Bersten (en La Ley, 2004-B-1324) expresa que en razón del dictado del nuevo Código Provincial –de Buenos Aires- de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionado mediante la Ley Provincial N° 13133, B.O. N° 24859 del 9 de enero del 2004, Adla, Bol. 2/2004, p. 105, promulgado por el Dec. N° 64/2003), se ha regulado el procedimiento judicial de consumo en ese ámbito, conteniendo modificaciones de gran importancia al punto de que se crean las acciones de clase de consumo, se regulan las acciones, la conciliación, la legitimación activa, se establecen efectos para las sentencias, se establecen condiciones para la apelación, entre otros aspectos de interés. Por ello se refiere a las nuevas normas en su relación con la normativa de fondo en la materia, es decir los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y la Ley N°

24240 en su art. 23 establece, como principio de carácter general, el de admisibilidad de todas aquellas acciones que sean adecuadas a la protección de los usuarios y consumidores. En consecuencia, la determinación de la idoneidad de la vía utilizada por el accionante va a tener como parámetro de medida el cumplimiento de una premisa teleológica: la aptitud del medio procesal se evalúa en función de su relación con el fin perseguido. En consecuencia, las acciones posibles de intentar son las que devienen del art. 42 de la Constitución Nacional, de la Ley N° 24240, de otras normas conexas y de la interpretación otorgada por la jurisprudencia nacional. De tal forma los legitimados podrán reclamar ante la justicia, entre otros objetos procesales, la obtención de información adecuada y veraz, la protección de la salud, el cese de publicidad engañosa y/o abusiva, por incumplimientos diversos del proveedor, reclamando el cumplimiento de la garantía legal, el cese de la interrupción de un servicio público domiciliario y la reparación de los daños generados, el error en las mediciones de consumo, por percibir o intentar percibir sumas no adeudadas, etc..- Sostiene el autor que la L.D.C. es una ley de derecho común, tanto por modificar normas del Código Civil y del Código de Comercio, como por regular el comercio, así como por disposición de la propia norma - a la que expresamente se adhiriera la Provincia de Buenos Aires en su oportunidad- siendo derecho común, éste debe ser aplicado por los jueces de la Provincia. Especialmente, teniendo en cuenta que se trata de una ley de orden público, tendrán que cumplir con la manda de la ley a este respecto.- - - - -

-----Por último, agrega el citado Bersten que cuando se trate de acciones para la prevención o solución de conflictos, si la demanda es acogida favorablemente por la sentencia, el art. 28 del Código bonaerense estatuye que

"beneficiará a todos los consumidores o usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio", aun cuando el legitimado que la promueva fuere un consumidor o usuario individual, mediante un mecanismo expansivo de la cosa juzgada. En el caso de las acciones promovidas por sujetos legitimados para las acciones de incidencia colectiva, el efecto erga omnes de las sentencias alcanzadas deviene del art. 43 de la Constitución Nacional así como del art. 52 L.D.C. -y en el caso de las asociaciones de consumidores por el art. 55 de esa misma ley- en razón de que el ordenamiento ha conferido esa posibilidad a ciertos sujetos como un mecanismo de control y participación ciudadana.----- 6.- OBJETO DEL AMPARO:

-----En autos, la actora, pretende la declaración de ilegalidad del cobro, al usuario de teléfono celular, de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla SEND más la declaración de nulidad e ineficacia y que se tenga como cláusula no escrita la establecida en los términos y condiciones del contrato que el usuario suscribe con CTI., SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA V, por la que abusivamente se impone que el usuario acepte que las llamadas desde su celular sean facturadas desde que se presiona la mencionada tecla SEND; y además se declare la ilegalidad del cobro de todas las llamadas que sean respondidas por MEMOFACIL, UNIMEMO o contestador automático; y la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático.-----

-----La pretensión de la actora, enmarcada en una relación de consumo, entre usuario y proveedor de servicios, se encuentra protegida por la Ley de Defensa al Consumidor, su reglamentación y en el aspecto procesal encuadra en los alcances de la Ley N° 2779, que precisamente establece, tal como lo he señalado, un amparo específico para la protección de los derechos colectivo e intereses difusos, y en el inciso 2) ya citado, hace especial referencia a los usuarios y consumidores.-----

#### 7.- ORDEN NORMATIVO QUE RIGE EL CASO:

-----La consagración de los derechos fundamentales -políticos, civiles, de libertad y sociales- en las Constituciones de todos los países civiles se han vuelto -siguiendo a Luigi Ferrajoli (LL, 6-12-05)- la principal fuente de legitimación y en caso de que sean violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político.- De esta manera cambian "la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de

garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la ilegalidad por parte de los poderes públicos.- En efecto la sujeción del juez ya no es, como en viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución" (Ferrajoli, "Derechos y Garantías. La ley del más débil", Ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 26, LL, 23-02-06).- --

-----Siguiendo el orden jerárquico normativo, la decisión que debemos abordar se enmarca dentro del precepto de tutela judicial efectiva cuya fuente es el art. 8 de la Decl. Univ. de los Dchos. Humanos y el art. 8.1 de la Conv.Americana sobre Dchos.Humanos de jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 por imperio de lo dispuesto en el art.75, inc.22 de la C.N., reconocen el derecho de toda persona a la tutela judicial mediante la presentación de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención. Igualmente el art.8 de la Decl.Univ.de Dchos. Humanos, también de jerarquía constitucional, reconoce a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra los actos que violen los derechos fundamentales por ella reconocidos.- - - - -

-----Luego, al incursionar en las específicas cláusulas constitucionales, los arts. 42 y 43 de la CN., que garantizan expresamente el derecho de los consumidores y usuarios y establecen la acción de amparo en su protección, respectivamente, sin perjuicio, del análisis de la Constitución Provincial y del propio sistema de protección de usuarios y consumidores de Río Negro que se realiza más adelante.- - - - -

-----Al interpretar estas normas el primer axioma a tener en cuenta es el elaborado por John Marshall en "Mc Culloch vs. Maryland" (17 US-316-1819): "No debemos olvidar que es la Constitución lo que estamos interpretando" lo que implica tener en cuenta siempre una interpretación originaria, pero también como señala Bidart Campos (JA 2003-II-11, fascículo 5) nos obliga a realizar una historicidad dinámica para que podamos aplicarla en el momento que nos toca resolver con la mayor cuota de realismo y justicia. En otras palabras, la CSJN. a partir del caso KOT ha adelantado definiciones del mismo valor que las del juez Marshall: "No es adecuada una exégesis estática de la Constitución Nacional y de las leyes de su inmediata reglamentación referidas a la circunstancia de su sanción, porque son normas destinadas a perdurar, regulando la

evolución de la vida nacional, a la cual han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de sus creadores. Tal interpretación jurídica importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la República”.-----

-----También corresponde destacar que la defensa del consumidor y la tutela judicial efectiva ya se encontraban vigentes en nuestra Provincia, con anterioridad a la reforma del año 1994, en los artículos 30 -defensa del consumidor y usuario- y en el 43 -amparo- (sobre los orígenes del amparo en Río Negro y sus antecedentes en el derecho anglosajón ver mi voto en "EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL DE RIO NEGRO", Aut.Int. N° 87/05).-----

-----La tutela judicial efectiva responde a la más firme tradición del amparo y habeas corpus en el derecho público provincial. En la Constitución Provincial de 1957 se preveía expresamente en el art. 11 la protección de los derechos colectivos. El Convencional Constituyente Gadano al tratar dicho artículo expresaba que en la Constitución de 1853 existía un vacío ya que el "habeas corpus" sólo refería a los casos de detención física exclusivamente, dejando fuera del "ámbito garantizador a toda una gama de derechos esenciales a las actividades del hombre y a su libertad" que es precisamente a los que la nueva Constitución quiere proteger a través de estos remedios garantizadores.- Para evitar limitaciones la Comisión Redactora entendió necesario crear un sistema de recursos suficientes que abarquen todo el ámbito de la actividad del hombre y que asegure que el ejercicio de sus derechos sea real y no se convierta en un simple acto de declaración. Textualmente decía el Convencional Gadano "Es indudable, ..., que ni en la Constitución de 1853, ni en la de 1949 se mencionan los recursos de amparo necesarios para la protección de todos aquellos derechos constitucionales no cubiertos expresamente en el 'habeas corpus'".- Asimismo, "En esta Constitución provincial proyectamos, entiendo que la inclusión de los recursos de 'habeas corpus', referidos a la libertad física del hombre; de amparo relativo a todas las restricciones que hacen a la libertad y a la dignidad del individuo; del 'injunction' y 'mandamus' orientadas en el plano técnico del campo administrativo de la actividad del hombre frente al Estado, crean en conjunto un clima de defensa y seguridad para quienes vivimos en esta Provincia".- En la Constitución vigente está reglado en el citado art. 43 de la Const. de Río Negro que consagra una tutela genérica de amparo y especial de mandamus y prohibimus (arts. 44 y 45, C.Prov.), y conforme a los antecedentes -ya reseñados- de la Convención Constituyente de 1957 (anterior a "Siri" y

"Kot", también comprende expresamente el "injunction", hoy asimilado por reiterada jurisprudencia de la CSJN. como medida cautelar innovativa).- Esto tiene trascendencia para las formas de resolver un caso constitucional.- - - - -

-----En el art. 30 surge la facultad primigenia de las organizaciones del consumidor en defensa de sus intereses legítimos, estableciendo la lealtad como parámetro de comportamiento en la faz contractual. Es decir, a nuestro entender, la buena fe (art. 1198, CC.), creencia, tanto al tiempo de celebrar, modificar o extinguir el contrato de consumo, principios que se trasladan a la Ley de Lealtad Comercial.- Como antecedente de la legitimación de las asociaciones cabe mencionar al Convencional Constituyente Rajneri cuando al fundamentar el art. 14 de la Constitución de 1957 expresa que queda garantizada la libertad de asociación para fines lícitos, tanto en el plano del trabajo en sindicatos y demás asociaciones profesionales como en el plano político, cultural, religioso, espiritual, económico, asistencial o meramente recreativo.- - - - -

-----Que tal como lo expresa Cassagne la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso y a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial, además de tender al ejercicio pleno de la jurisdicción en las distintas etapas del proceso (Conf. GONZALEZ PÉREZ, Jesús – CASSAGNE, Juan C.; “La justicia Administrativa en Iberoamérica”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pág. 49).- - - -

-----Ahora bien, al analizar la Ley de Defensa al Consumidor (N° 24240), el primer concepto a desarrollar es el de consumidor-usuario como aquella persona física o jurídica que

contrata a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar (artículo 1° de la Ley N° 24240). A los fines de la protección procesal este usuario-consumidor, resulta la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar, hay un mercado desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar protegiendo a la parte más débil del negocio –ver parágrafo-. Esta protección fomenta cubrir las desventajas de quien es ajeno al proceso de producción y distribución, sin conocimientos ciertos sobre costos, forzado a creer, a confiar, a aceptar los precios y

calidades que se le ofrecen; no participa del proceso de fabricación del o de organización del servicio y