

**Causa 2731/03 -I- ATELEFÓNICA DE ARGENTINA SA s/ IN|C DE APEL
RES COM NAC DEF DE LA COMPETENCIA@**

Buenos Aires, 25 de septiembre de 2003.

AUTOS Y VISTO:

El recurso directo de apelación interpuesto por Telefónica de Argentina SA a fs. 5/32, en los términos del artículo 52 de la ley 25.156, contra la resolución de fs. 113/118 dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y la contestación del traslado de los agravios de fs. 33/51; y

CONSIDERANDO:

1.- Las presentes actuaciones tienen origen en la denuncia efectuada por la empresa Telephone 2 SA por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -en lo sucesivo CNDC-, con motivo de los cambios y restricciones que, según afirma, introdujo Telefónica de Argentina SA para acceder a llamados a números 0800 -usualmente utilizados por tarjetas prepagas de larga distancia de otras compañías-, en el caso de titulares de líneas telefónicas denominadas Alinea control@.

Más específicamente, la denunciante indica que antes de las modificaciones introducidas por Telefónica, el titular de una Alinea control@, habiendo agotado el monto mensual de su Tarjeta Control de Telefónica, podía acceder al número 0800 de cobro revertido y así efectuar llamados de larga distancia con una tarjeta perteneciente a otra compañía.

Relata que a fines del año 2002 Telefónica de Argentina introdujo cambios en el acceso telefónico de las "lineas control@", de manera tal que, en lo sucesivo, para utilizar el crédito de otra tarjeta de teléfonos -por ejemplo la tarjeta que vende la denunciante Telephone 2-, el titular de la Alinea control@ deberá

mantener siempre un saldo de pulsos en su Tarjeta Control de Telefónica, cosa que antes no era exigida.

O lo que es lo mismo, el titular de la Alinea control@ no podrá utilizar el crédito de la tarjeta Telephone 2 en el caso de que se encuentre agotado el crédito de la Tarjeta Control de Telefónica.

Agrega, asimismo, que la incorporación de nuevos requisitos para acceder al número 0800 obstaculizan -y en definitiva disuaden- a los usuarios de adquirir y utilizar las tarjetas Telephone 2; todo lo cual generó quejas por parte de los usuarios.

Concretamente, indica que los nuevos requisitos para acceder al número 0800 son: a) el discado previo del código numeral 159, y el posterior ingreso del número de Tarjeta Control Telefónica y de su código de acceso, para recién luego ingresar los datos correspondientes a la tarjeta Telephone 2, constituyendo, de esta manera, un extensa ingreso de números como previo a establecer la comunicación y b) la exigencia de mantener siempre saldo positivo de pulsos en su Tarjeta Control de Telefónica.

Concluye, finalmente, que todos estos nuevos requisitos y exigencias limitan, restringen y distorsionan la competencia, ya que obstruyen el consumo de tarjetas Telephone 2 y favorecen la compra y utilización de las Tarjetas Control de Telefónica. En consecuencia, solicita se dicte una medida preventiva que suspenda y deje sin efecto las nuevas instrucciones impuestas a los usuarios del servicio Alinea control@ para llamar a números 0800.

2.- La CNDC dictó con fecha 3.12.02 una resolución en el marco del expediente administrativo S01:0252016/2002 (c. 835) OB/LG, en la cual se dictó la medida preventiva requerida por la denunciante.

Así, con sustento en los artículos 58 y 35 de la ley 25.156, la CNDC ordenó a Telefónica de Argentina que proceda, en el término de 48 horas, a restituir el acceso al número de cobro revertido automático (0800) a sus

clientes y/o usuarios de las Alíneas control@ aunque su crédito se encuentre agotado o esté bloqueada absolutamente la posibilidad de realizar llamadas con cargo desde esa línea.

3.- Esta resolución motivó los agravios de la apelante. En principio (a fs. 8/10), la recurrente describió las características de la Alínea control@ de Telefónica, indicando que la Alínea control@ limita el consumo mínimo mensual del cliente, y que esta operatoria garantiza un mínimo de ingresos para la prestación del servicio de telefonía local.

Aclara que, contando con créditos, el cliente puede cursar las comunicaciones utilizando el servicio de larga distancia de Telefónica o bien aquel otro que pueda proveer cualquier operador de larga distancia por medio de tarjetas prepagas

Agotado el crédito mensual de la tarjeta control de Telefónica, el cliente **no** podrá cursar llamadas, a excepción de los servicios de información y emergencia. Pero sí podrá recibir llamadas.

Agotado el crédito y transcurridos 60 días sin que el cliente cargue una nueva tarjeta prepaga de telefónica de su línea local, la misma es dada de baja sin intimación previa.

En función de esta operatoria comercial, el apelante se agravia porque su representada *Averifica que la línea de telefonía local prepaga cuenta con servicio -créditos- antes de utilizarla@*, y que *Ael hecho que la utilización del servicio responda a una llamada 0800, 0600, 0610, 0609... ...importa sin dudas la prestación del servicio de telefonía local brindado por Telefónica por medio de las líneas prepagas locales... ...de modo tal que la ausencia de crédito sería equivalente a la inexistencia de la línea@* (cfr. fs. 10).

Indica que *Ala medida cautelar dictada constituye un desconocimiento del derecho de mi representada a prestar servicios en forma onerosa y genera una grave distorsión en el mercado de telefonía de larga distancia, ya que*

algunos clientes de tal servicio no se les exige contar con el servicio de telefonía local@, que caso contrario *A* estará asumiendo todos los costos derivados de la prestación de servicio de telefonía local... ..y como contrapartida, los licenciarios de servicios de larga distancia que comercializan sus servicios por medio de tarjetas prepagas... .. ve subsidiado su servicio, subsidio que genera... .. una gravísima distorsión en los mercados de servicios de telecomunicaciones...@ (cfr. fs. 11).

Afirma que *Ala* modificación introducida por *mi* representada en la modalidad de acceso, lejos de constituir una restricción... ..responde al ordenamiento del servicio ...@ (cfr. fs. 13); que *A*...la falta de crédito equivaldría a la falta o carencia de servicio local...@ (cfr. fs. 14) y que, si se pretendiera que Telefónica brinde acceso gratuito a servicios de cobro revertido, tal obligación *A* debería responder a una decisión reglamentaria emanada de la Autoridad competente (la Secretaría de Comunicaciones)@ (cfr. fs. 14).

Por otra parte, la apelante se agravia porque la modificación introducida en el acceso a las líneas 0800 no encuadra en la descripción del artículo 1 de la ley 25.156 en tanto se limita al ejercicio legítimo de una actividad comercial, el cual no distorsiona la competencia ni provoca un perjuicio al interés económico general. Asimismo, afirma que tampoco se hallan reunidos los requisitos necesarios para el dictado de una medida cautelar, ya que: a) el decisorio es inválido por falta de habilitación de la vía administrativa; b) no existe peligro en la demora ni se verificó la verosimilitud en el derecho invocado.

La denunciante Telephone 2 contestó los agravios, por los argumentos expuestos a fs. 33/51.

4.- En primer término, cabe recordar que la Corte Suprema ha decidido en repetidas oportunidades que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o las probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquellos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos: 276:132, 280:320, 320: 2088, 304 :819, 305:537 y 307:1121).

5.- En este estado, cabe señalar que los agravios de la parte apelante no pueden ser admitidos, y esto es así por los fundamentos que se exponen seguidamente.

Respecto del agravio referido a la falta de habilitación de la instancia judicial, cabe adelantar que el mismo debe ser desestimado porque, concretamente, la vía administrativa no se encuentra agotada, ya que las presentes actuaciones obedecen a la sustanciación de un recurso directo de apelación contra una medida preventiva, en tanto las actuaciones administrativas principales permanecen en sede de la CNDC a los efectos que continuar la sustanciación del procedimiento.

El agotamiento de la vía administrativa -o habilitación de la vía judicial- presupone que deben sustanciarse y resolverse -como previo a acceder al control judicial posterior- los recursos administrativos y defensas que el administrado oponga, que no es el caso de autos porque se trata de una medida preventiva dictada en el marco de un procedimiento que aún no ha concluido. El agotamiento de la vía administrativa también presupone que es el momento y ámbito procedimental en el cual la propia autoridad administrativa puede revisar las actuaciones y, si fuera el caso, revocar lo decidido admitiendo las defensas opuestas por el administrado.

Mal podría admitirse la defensa opuesta por el apelante por la sencilla razón de que aún no recayó resolución definitiva en sede administrativa (en el caso se trata de una apelación directa contra una medida preventiva, y no contra una resolución definitiva).

En consecuencia mal podría alegarse que la vía administrativa no se encuentra agotada, pues precisamente es en ese ámbito donde el denunciado tendrá la oportunidad -de acuerdo a la ley 25.156 que rige la materia- de oponer las defensas que hagan a su derecho; así como de ofrecer y producir las pruebas que considere pertinentes, todo ello, en la oportunidad y de la manera en que la referida ley así lo establezca.

6.- Respecto de la *medida preventiva* dictada por la CNDC -en los términos del artículo 35 de la ley 25.156-, corresponde recordar que a la misma, debido a su carácter precautorio, le comprenden las exigencias normalmente requeridas por los principios generales del ordenamiento procesal aplicables en la materia para admitir la procedencia de una medida cautelar (confr. esta Sala, doct. causa 9601/02 del 20.3.03).

En este sentido, al analizar la procedencia de una medida cautelar, debe observarse si ella reúne dos aspectos imprescindibles: la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, que se complementan con el otorgamiento de una contracautela.

En cuanto al examen del primero de estos recaudos, reiteradamente se ha expresado que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado (cfr. esta Cámara, Sala 1, causa 6655 del 7.5.99, entre otras).

Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (cfr. esta Cámara, Sala 2, causas 19.392/95 del 30.5.95, 5558/95 del 7.12.95 y 1555/98 del 22.10.98; Sala 1, causas 9643/01 y 726/02 del 14 y 21 de marzo de 2002, respectivamente).

En este orden de ideas, el análisis de dicho requisito, aun con este alcance preliminar, también llamado *superficialidad del conocimiento judicial* (cfr. Palacio, L.E., *A Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, pág. 47), que configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, debe persuadir en términos suficientes de la razón que asistirá a quien peticiona el auxilio

jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, cabe destacar que -sin que ello implique formular afirmaciones de contenido sustancial, propias de la sentencia definitiva-, en este estado liminar del proceso, se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho invocado por la denunciante.

Efectivamente, es un hecho jurídico -*cuya existencia no ha sido controvertida por las partes*- que la empresa denunciada introdujo modificaciones en el acceso al número 0800 de la Alínea control Telefónica®, cuando el crédito de esa tarjeta mensual se encuentra agotado (al respecto, véase lo manifestado por el apelante a fs. 13, primer párrafo, en cuanto sostuvo *ALa modificación introducida por mi representada...*®; y a fs. 27, primer párrafo, de autos, en cuanto afirmó que al cliente A...sólo se le exige legítimamente que Acargue créditos® en la línea local prepaga®).

Tampoco se encuentra controvertido que la modificación introducida por la apelante importa, en los hechos, obligar al titular de la línea control a mantener siempre un saldo de pulsos en el crédito de su tarjeta Alínea control® para poder utilizar tarjetas telefónicas de larga distancia de otras licenciatarias, pese a que el cobro de la tarifa es revertido.

Ahora bien, en este estado preliminar de la causa, se advierte que las partes no alegaron la violación a normativa emitida por la autoridad administrativa, por lo que, se concluye, las modificaciones que introdujo Telefónica pudieron -como principio- constituir la expresión del ejercicio de su libertad de comerciar libremente, derecho garantizado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, como surge de la denuncia objeto de autos, estas modificaciones pueden, razonablemente, tener la virtualidad o los efectos jurídicos de restringir el acceso al mercado telefónico, supeditando la adquisición de las tarjetas telefónicas de terceras empresas a la compra de las tarjetas de la empresa

Telefónica.

Efectivamente, si bien el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, lo cierto es que la deliberada modificación introducida a su plan telefónico Alinea control@ provocaría ciertos efectos que, *prima facie*, quedarían subsumidos en las hipótesis reguladas por los artículos 1 y 2 de la ley 25.156.

Particularmente, en el inciso i), del artículo 21, en cuanto el legislador considera como práctica restrictiva de la competencia el subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien.

7.- La apelante se agravia sosteniendo que no puede prestar servicios en condiciones de gratuidad. Tal agravio debe desestimarse porque, como sostuvo la apelante, la operatoria de la Alinea control@ de Telefónica garantiza un mínimo de ingresos para el licenciatario, y esto debe mantenerse independientemente de que el titular de la línea, además de mantener el servicio Alinea control@ utilice tarjetas de larga distancia de otras licenciatarias, sea cual sea la razón de su elección.

Por lo demás, el argumento de que la falta de crédito equivale a falta de servicio es igualmente insostenible, y esto es así desde que la propia apelante admite en su escrito que esa Alinea control@ -mientras se encuentra agotada la tarjeta- continúa recibiendo llamados. Si recibe llamados no hay falta de servicio o desconexión.

Además puede llamar a ciertos números gratuitos.

En definitiva, la restricción es parcial y no es susceptible de ser asimilada a línea con falta de servicio. Esto se confirma con la documentación obrante a fs. 66 de autos.

8.- En sentido coincidente, debe señalarse que, de acuerdo a las constancias de la causa, los llamados salientes de la línea control realizados a los números 0800 son pagados por el destinatario del llamado telefónico,

usualmente denominado llamadas de Acobro revertido@.

En consecuencia, si el costo de la llamada es pagado íntegramente por el destinatario, el servicio que presta la licenciataria no es gratuito y por ello carece -en lo absoluto- de sentido o significación jurídica obligar al titular de la línea control a mantener un saldo a favor para efectuar un llamado telefónico que sera pagado por el destinatario, en el caso de las líneas control prepagas.

Esa imposición, desde que el prestador del servicio recibe el integro pago del servicio que presta, constituye, sin lugar a dudas, la implementación de innecesarias obligaciones al titular de la línea, pues suponen subordinar o condicionar la utilización del servicio provisto por las tarjetas de larga distancia de otras licenciatarias a la compra de Atarjetas línea control@ de Telefónica, mecanismo que podría quedar subsumido en las previsiones del artículo 2, inciso i), de la ley 25.156.

En definitiva, el agravio de la apelante, en el sentido de que cumplir la medida preventiva dictada por la CNDC *Aobviaría todos los costos relativos a la red local, que se traducirían en perjuicio económico de mi representada@* (conf. pag. 31, tercer párrafo, de autos) debe ser desestimado.

9.- Distinto es el caso -según surge de los antecedentes de la causa- para las llamadas al número 0810, puesto que con esa numeración se identifica el sistema de cobro de la tarifa por la cual una porción del costo de la llamada es pagada por el destinatario, y la porción remanente es pagada por el titular de la línea emisora del llamado.

En consecuencia, para el caso en que el titular de una línea control de Telefónica no tuviera saldo o pulsos disponibles en su tarjeta, no podría obligarse a la apelante a que preste un servicio prepago por la porción de la tarifa que le corresponde al titular de la línea emisora de la llamada -siempre para el caso de tarifas parcialmente pagas por el destinatario según número 0810-.

10.- Respecto del peligro en la demora, se considera

verificada la presencia de ese requisito desde que, con la nueva operatoria impuesta, se obliga a todo un universo de usuarios telefónicos a adquirir la tarjeta telefónica que pudiera presumiblemente resultar mas cara o gravosa -o menos económica si se quiere- a sus intereses. De la misma forma, se limitan las alternativas de consumo telefónico para un universo considerable de usuarios telefónicos, además de impedir -en los hechos- a la licenciataria denunciante desarrollar la actividad comercial para la cual ha sido autorizada por la autoridad administrativa.

A esto debe sumarse el hecho de que la autoridad administrativa autorizó a la aquí denunciante para que ejerza la prestación de servicios aquí reseñada; en consecuencia, su actividad se presume legítima y susceptible de ser ejercida sin restricciones deliberadamente impuestas por una de las licenciatarias, puesto que dicha restricción no solo podría provocar en perjuicio a la denunciante, sino que principalmente, podría provocarse un concreto perjuicio a los clientes telefónicos, quienes ven reducidas las diferentes alternativas telefónicas susceptibles de ser elegidas por ellos.

En otras palabras, la medida preventiva dispuesta por la CNDC -hasta tanto se resuelvan de manera definitiva las actuaciones administrativas- importa ampliar las alternativas de consumo disponibles para los clientes telefónicos, y no lo contrario, que es específicamente la finalidad perseguida por la ley 25.156.

11.- En conclusión, corresponde confirmar la resolución apelada, por lo menos, hasta el momento en que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus competencias específicas, dicte la normativa reglamentaria en la materia y regule lo referente a estos contratos de prestación de servicio telefónico prepago.

Todo ello, con el alcance de que la obligación de restaurar el acceso a los números 0800 no comprende a aquellas alternativas numéricas (por ejemplo la 0810) en las cuales el cobro revertido sea parcial, y por ende, que el remanente de la tarifa sea susceptible de cobro previo -o prepago- al titular de la línea

control, en el caso en que el titular tenga agotado su crédito de pulsos en la tarjeta línea control de Telefónica.

12.- Por último, la CNDC deberá fijar una contracautela suficiente que garantice el cumplimiento de la medida preventiva dictada, la cual deberá ser satisfecha -en las condiciones que la CNDC disponga- por la parte denunciante.

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE:** confirmar la resolución CNDC de fecha 3.12.02 (expte. S01:0252016/2002 (C. 835) OB/LG, que obra en copia a fs. 113/118, con el alcance dispuesto en el considerando 11, segundo párrafo; y con el cumplimiento de lo dispuesto en el considerando 12. Con costas a la apelante en su carácter de vencida (art. 531, del Código Procesal Penal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

María Susana Najurieta Francisco de las Carreras

Martín Diego Farrell