



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

**“MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL
CONTRATO DE TELEFONÍA MÓVIL”**

Tutora: Dra. Vaccaro V. Valeria

Alumno: Ríos Juan Ignacio

Carrera: Abogacía

Título a obtener: Abogado

Marzo 2019

Agradecimientos.

Gracias a mi familia, profesores, amigos, compañeros y a toda persona que fue parte de mi vida durante estos años por haber contribuido cada uno desde su lugar para que pueda alcanzar este gran objetivo. Sobre todo, a mi madre y a mi padre, por haberme apoyado, acompañado y dado la posibilidad de estudiar, por haberme transmitido los valores y el compromiso necesario para llegar al final de mi carrera; la meta proyectada fue alcanzada, es por eso que este logro es dedicado especialmente a ellos dos.

A mi tutora, Valeria Vaccaro, por la cordial predisposición y su tiempo dedicado desde el primer momento.

Por último, gracias a Dios y a la vida por haberme permitido aprender, crecer, formarme y disfrutar de este proceso de aprendizaje lleno de satisfacciones. Concluye una etapa de mi vida y ello me causa gran cantidad de emociones, una de ellas es felicidad. De todos los proyectos, uno de ellos fue alcanzado, y es sin duda uno de los más importantes para mí. A partir de ahora, soy profesional, soy abogado, y soy mucho más feliz...

Índice.

Resumen.	5
Título.	6
Área temática.	7
Problema.	8
Justificación.	9
Objetivos.	10
1. Objetivos generales:	10
2. Objetivos específicos:.....	10
Marco teórico.	11
1. Contratos de adhesión.	11
2. Contratos de consumo.	11
3. Relación de consumo.....	11
4. Cláusulas abusivas.....	12
5. Modificación unilateral de contrato.	12
6. Usuario y empresa prestadora del servicio de telefonía móvil.....	12
7. Función resarcitoria, preventiva y punitiva.	13
8. Daño Punitivo.....	13
9. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).....	14
10. Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor (2018).	14
11. Rescisión unilateral.	14
Hipótesis.	15
Introducción.	16
1. CAPÍTULO I: La regulación del contrato.	21
1.1. Contratos de adhesión.	21
1.2. Cláusulas abusivas o leoninas.	22
1.2.1. Definición y noción de las cláusulas abusivas.....	22
1.2.2. La nulidad de las cláusulas abusivas y la nulidad parcial del contrato.....	23

1.2.3. Casuística en las cláusulas abusivas.	24
1.3. Modificación unilateral del contrato.	26
1.3.1. Introducción.	26
1.3.2. Concepto y nociones de la modificación unilateral de las condiciones generales de los contratos.	26
1.3.3. El pequeño daño.....	29
1.3.4. La ilicitud en la modificación unilateral y su legislación.	29
1.3.5. La cláusula leonina que pretende legitimar la modificación unilateral de los contratos.....	31
1.3.6. La propuesta de modificación y sus resoluciones.....	32
2. CAPÍTULO II: Relación de consumo (Usuario y Prestador del Servicio).	34
2.1. Sujetos activos y pasivos en la modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía móvil.	34
2.2. Hiposuficiencia en la relación de consumo y la discriminación positiva.....	35
2.3. Manifestaciones de la debilidad de los consumidores y usuarios.	36
2.4. Derecho a la información.	38
2.4.1. El deber de informar.	39
2.4.2. El fundamento del derecho a la información.	39
2.4.3. El suministro de información y su forma.....	40
2.4.4. El deber del proveedor de informar en las etapas que conforman el vínculo jurídico cliente – empresa.	42
2.4.5. Derecho a la información en nuestro ordenamiento jurídico.....	44
2.4.6. El aprovechamiento de la desinformación y la necesidad del usuario como práctica abusiva.....	46
2.4.7. El incumplimiento al deber de advertencia.....	47
3. CAPÍTULO III: La responsabilidad civil y el daño punitivo.	48
3.1. Las funciones de la responsabilidad civil.	48
3.1.1. Función resarcitoria.	48
3.1.2. Función preventiva.	48

3.1.3. Función punitiva.	50
3.1.3.1. Concepto de daño punitivo.....	50
3.1.3.2. Características del daño punitivo.	50
3.1.3.3. El propósito de la función punitiva.	51
3.1.3.4. El daño punitivo en nuestro ordenamiento jurídico y el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que no prosperó.	51
3.1.3.5. Observaciones al artículo 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor y el avance del Anteproyecto de la misma.....	53
3.1.3.6. Conveniencias del daño punitivo en las causas de modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía celular.....	57
4. CAPÍTULO IV: Propuesta de incorporación de normativa a la ley de Defensa del Consumidor.	60
4.1. La modificación unilateral del contrato (ARTÍCULO 1).....	61
4.2. Derecho a la rescisión por modificación unilateral (ARTÍCULO 2).	62
4.3. La prueba de la modificación unilateral (ARTÍCULO 3).	64
4.4. Cláusula abusiva (ARTÍCULO 4).	65
4.5. Sanción punitiva (ARTÍCULO 5).	65
Conclusión.....	67
Referencias.....	69
1. Bibliografía.....	69
2. Legislación.	70
3. Otros.	70

Resumen.

En el presente trabajo se desarrolla la problemática que gira en torno a las modificaciones unilaterales de las condiciones generales del contrato, introducidas por los proveedores de las empresas de telefonía celular, en tanto que las mismas implican una violación a los derechos de los usuarios y que hasta el día de hoy no han podido ser detenidas.

Se realiza un análisis pormenorizado de la situación, que comienza en el origen y características del vínculo jurídico creado entre el cliente y la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil, continuando por las conductas violatorias de derechos, los aspectos y causas que hacen a las mismas, constantemente considerando el ordenamiento que rige actualmente y las vulneraciones cometidas sobre el mismo hasta llegar a una posible solución a través de la implementación de normas que tengan una aplicación directa a la situación que se plantea.

Se pretende acreditar que las ejecuciones de las modificaciones unilaterales de los contratos se basan en la intención de obtener una ganancia a costas del daño generado y afrontar, en todo caso, una mínima sanción. Las soluciones planteadas por el legislador y que rigen actualmente no han sido lo suficientemente rigurosas y más aún, cuentan con algunas falencias que serán también abordadas.

Todo ello es fuente de motivación para implementar una serie de artículos con sustento directo en el desarrollo que a continuación se expone y se originan con la finalidad de proporcionar una solución concreta en la que el usuario pueda ampararse cada vez que sea objeto de trasgresiones que impliquen un daño para sí, y que, a su vez, esta solución sea ejemplificadora para los demás agentes dañadores pudiendo así cumplir, a través de la función punitiva, la finalidad de la función preventiva de la responsabilidad civil.

Palabras claves: contratos – telefonía - modificación – unilateral – daño – rescisión

Título.

“Modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía móvil”

Área temática.

El presente trabajo está focalizado principalmente en el **Derecho del Consumidor** –como conjunto de normas y principios que regulan las relaciones de consumo- y como consecuencia también se incluye en el análisis el régimen relativo a los **Contratos Civiles y Comerciales** ya que -en lo que respecta al tema de estudio- la relación de consumo tiene origen contractual –aunque hay que destacar que no es el contrato la única fuente que da nacimiento a dicha relación. En lo concerniente al contrato de telefonía móvil, como contrato de consumo, se abordará el tratamiento de las cláusulas abusivas con conllevan las modificaciones unilaterales que van a ser argumento del examen que se pretende.

Problema.

Una de las tantas problemáticas que giran en torno a la relación de consumo que existe entre los usuarios de telefonías móviles y las empresas proveedoras de este servicio son las modificaciones unilaterales de las condiciones generales de los contratos que son ejecutadas por las empresas y afectan los derechos de los clientes. Las mismas pueden recaer sobre diferentes aspectos que forman parte del contenido del contrato. Debe tenerse en cuenta que la relación jurídica que une al usuario y a la empresa tiene base en un contrato, y como tal, el mismo en principio, no debe ser modificado unilateralmente por alguna de las partes.

Por otra parte, la tutela que concede en la actualidad el ordenamiento jurídico no resulta suficiente.

Justificación.

Las relaciones de consumo se caracterizan por una desigualdad que existe entre los dos polos que conforman la misma, el usuario y el proveedor. El desequilibrio tiene diferentes aspectos y orígenes, principalmente en torno al conocimiento e información. El prestador del servicio de telefonía celular es una persona jurídica que desarrolla una actividad de manera profesional, lo cual evidencia un conocimiento diferenciado al del usuario. Al encontrarse en desventaja, el usuario el sujeto pasible de vulneraciones en sus derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe actualmente una norma que haya sido capaz de atacar correctamente las modificaciones unilaterales del contrato y lograr hacerlas cesar. Resulta fundamental una norma actualizada y en correlación con la realidad, que aborde la problemática directamente y que ofrezca una solución acorde a las características de los actos violatorios de derechos que son perpetrados en la actualidad.

Objetivos.

1. Objetivos generales:

Realizar una identificación concreta de la problemática que representan las modificaciones unilaterales de las condiciones generales del contrato de telefonía celular y examinar cuales son las causas que han de simplificar su realización.

2. Objetivos específicos:

- Examinar el ordenamiento jurídico vigente e identificar sus deficiencias.
- Proponer incorporación de normativa a la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240, 1993) vigente en la actualidad o la que posteriormente la reemplace a fin de proporcionar una solución a la problemática.

Marco teórico.

1. Contratos de adhesión.

Son contratos caracterizados por su modalidad de confección. No se trata de una categoría especial o una figura típica, tal como lo es un contrato de compraventa, locación, comodato, etcétera, sino que uno de los elementos esenciales de todo contrato, que es el consentimiento, en este caso es prestado mediante una adhesión a cláusulas preestablecidas por la otra parte o por un tercero y sobre las cuales el adherente no participo de su redacción, por eso es que se las denomina cláusulas preestablecidas unilateralmente.

2. Contratos de consumo.

Remitiendo a una definición legal, el artículo 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación llama contrato de consumo a aquel “celebrado entre un consumidor o un usuario final con una persona humana o jurídica, que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.” (Ley N° 26.994, 2014).

3. Relación de consumo.

Se denomina Relación de Consumo al vínculo jurídico que existe entre el proveedor y el consumidor, que no siempre tiene origen en un contrato de consumo, por eso es que se trata de una noción más amplia que abarca al contrato de consumo y otras situaciones fácticas en virtud de las cuales se crea también un vínculo jurídico que requiere ser de igual manera tutelado por la legislación y cuyos destinatarios de protección son los “sujetos equiparados al consumidor” y los “consumidores expuestos a una relación de consumo”, estos últimos en el supuesto de prácticas abusivas.

4. Cláusulas abusivas.

Cuando una cláusula contractual tiene como principal efecto el desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes se la denomina “abusiva” o “leonina”. Se trata de cláusulas que por lo general son predisuestas por una de las partes y sobre las cuales no ha habido una negociación, aunque cabe destacar que también puede ser abusiva habiendo previamente un tratamiento de las partes para su incorporación; es por eso que para determinar si es o no abusiva dependerá de varios factores como las circunstancias de celebración del contrato, la naturaleza del bien o servicio que se comercialice –en materia de derecho de consumidores y usuarios-, el resto de las cláusulas que conforman el contrato, entre otros elementos que puedan incidir en dicha calificación.

5. Modificación unilateral de contrato.

Un contrato puede ser susceptible de modificaciones válidas dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. La modificación se torna inválida cuando tiene origen en la sola decisión de una de ellas, sobre el contrato en ejecución, sin darlo por finalizado y cambiando su contenido, sus elementos, condiciones, etcétera. La modificación puede tener distintas finalidades e independientemente de cuál sea el contenido, la misma configura una trasgresión, ya que el contrato nace como un acuerdo de partes –que hasta puede ser por adhesión de una de ellas- pero siempre existe un consenso, no así cuando el unilateralismo es la génesis de la modificación donde una parte decide por y sobre la otra.

6. Usuario y empresa prestadora del servicio de telefonía móvil.

El usuario y la empresa prestadora del servicio son dos sujetos unidos jurídicamente a raíz de la posición que cada uno adopta en la realidad y que como consecuencia los encuadra dentro del mundo jurídico. Por un lado, un sujeto que facilita el acceso a un servicio de telefonía móvil –que es el proveedor- y el sujeto que disfruta del servicio –que lógicamente será el usuario-. Esta posición que cada uno de los sujetos adopta los enlaza bajo una relación de consumo sobre la cual recae la tutela de los Tratados Internacionales, la Constitución de la Nación Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley de Defensa del Consumidor, entre otra normativa que

pretende sortear el desequilibrio que existe entre las partes a través de una discriminación positiva.

7. Función resarcitoria, preventiva y punitiva.

Las funciones de la Responsabilidad Civil tienen un correlato armónico con el avance pretendido por el derecho. Históricamente la función principal de la Responsabilidad Civil fue y es la de reparar el daño causado pretendiendo lograr un efecto retroactivo al estado previo a la producción del hecho dañoso mediante una indemnización. Debido a que por más de que exista el riesgo de tener que afrontar el pago de una indemnización –como producto del daño causado- las conductas dañosas siguieron generándose el derecho proyectó lograr ubicarse antes de la conducta perjudicial, y así nace la Función Preventiva. Una función que intenta evitar que se genere el daño. El Derecho del Consumidor es un derecho de tipo preventivo, carácter este que se evidencia en el derecho a la información, protección de la salud del consumidor, educación, etcétera. Aun así, el derecho no se conformó con la función resarcitoria y la preventiva, por ello se dio lugar la Función Punitiva. Una función que viene acompañada de conflictos relevantes como es una incorporación de la misma en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que no prospera, generando su eliminación del articulado actual y por consiguiente acotando su aplicación solo a los casos donde exista relación de consumo-. Por ello al hablar de la Función Punitiva se debe mencionar el artículo 52bis de la ley N° 24.240 donde la misma encuentra sustento. Es una función que intenta lograr que el daño que no pudo ser prevenido y el cual dará lugar a un resarcimiento, no vuelva a producirse, para ello se aplica al autor del hecho dañoso una sanción de carácter económico –distinta de la indemnización por resarcimiento-.

8. Daño Punitivo.

Sanción civil, que consiste en la condena al pago de una suma de dinero, al margen de la indemnización reparadora del perjuicio que le es impuesta al sujeto generador de un daño. La sanción no tiene naturaleza reparadora sino sancionatoria o más bien, propiamente “punitiva”.

9. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

Se denomina TIC al conjunto de recursos, herramientas, equipos y programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la complicación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros. Esta definición surge del artículo 6 “Definiciones generales”, de la ley Argentina Digital (Ley número 27.078, 2014).

10. Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor (2018).

En el presente trabajo corresponde hacer mención al Anteproyecto de la ley de Defensa del Consumidor elevado el 06 de diciembre de 2018 por la Comisión Redactora ante los Sres. Ministros de Justicia y DDHH, y de Producción y Trabajo de la Nación que derogaría la actual Ley Número 24.240. Si bien, al día de hoy no está vigente, es importante destacar la importancia del mismo, su aporte en la materia y los avances en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

11. Rescisión unilateral.

La rescisión de un contrato, en línea general puede ser bilateral o unilateral. Este análisis de la rescisión se focaliza sobre la misma como derecho del usuario a extinguir el contrato frente a la modificación unilateral que realiza la empresa de telefonía celular. Es por eso que interesa la rescisión unilateral, conceptualizada como un medio de extinción que depende de la exteriorización de la voluntad de una de las partes contratantes y puede ser ejercida cuando ello se encuentra habilitado por una norma legal o convencional, incorporada por las partes en previsión de tal posibilidad (Herrera, 2015).

Hipótesis.

La normativa vigente es defectuosa al punto tal que resulta más redituable, para las empresas, afrontar el riesgo de cumplir con una potencial e ínfima sanción impuesta cada vez que se comete la trasgresión –y si es que por la misma se sustancia un reclamo-, que dejar de modificar unilateralmente los contratos.

Introducción.

La habitualidad en el uso de teléfonos celulares es en nuestro país una realidad, la necesidad de una comunicación constante es un hecho que puede verse en el día a día. Esto da cuenta de que, la mayoría de las personas necesariamente se van a encontrar ligadas a empresas prestadoras de servicio de telefonía móvil para satisfacer sus necesidades.

Teniendo en cuenta los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - Argentina (INDEC), a través del informe sobre “Acceso y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación” en la ciudad de Rosario, el 80,9% de la población utiliza teléfonos celulares –aproximadamente 8 de cada 10 personas- se puede afirmar que las empresas cuentan con un escenario propicio para el cumplimiento de sus finalidades.

Gráfico 1: “Población de 4 años y más en hogares por utilización de bienes y servicios TIC (celular, computadora y/o internet). Total 31 aglomerados urbanos. Cuarto trimestre de 2017”.

1.2 Población de 4 años y más en hogares por utilización de bienes y servicios TIC (celular, computadora y/o internet). Total 31 aglomerados urbanos. Cuarto trimestre de 2017

Área geográfica	Uso de TIC								
	Internet			Computadora			Teléfono celular		
	Sí	No	Ns/Nr	Sí	No	Ns/Nr	Sí	No	Ns/Nr
Total 31 aglomerados urbanos	74,3	25,6	0,1	44,8	55,1	0,1	81,2	18,7	0,0
Aglomerados del interior	75,4	24,6	0,0	44,4	55,6	0,1	80,9	19,1	0,0
Regiones									
Gran Buenos Aires	73,4	26,5	0,1	45,2	54,6	0,2	81,5	18,5	0,0
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (¹)	83,7	16,2	0,1	63,2	36,4	0,4	86,4	13,6	0,0
Partidos del Gran Buenos Aires (¹) (²)	70,8	29,1	0,1	40,7	59,2	0,1	80,3	19,7	0,0
Cuyo	74,6	25,4	0,0	43,4	56,5	0,1	77,7	22,3	0,0
Gran Mendoza (¹) (²)	77,8	22,2	0,0	43,7	56,3	0,0	73,3	26,7	0,0
Gran San Juan (²) (²)	66,7	33,2	0,1	37,1	62,7	0,2	83,8	16,2	0,0
Gran San Luis (²) (²)	78,5	21,5	0,0	56,2	43,8	0,0	82,5	17,5	0,1
Noreste	74,9	25,0	0,1	42,4	57,5	0,1	83,4	16,6	0,1
Corrientes (²)	81,2	18,7	0,1	29,7	70,3	0,0	85,6	14,4	0,0
Formosa (²)	63,7	36,3	0,0	50,0	50,0	0,0	79,3	20,7	0,0
Gran Resistencia (²) (²)	74,6	25,4	0,0	56,7	43,3	0,0	88,4	11,6	0,0
Posadas (²)	76,3	23,4	0,3	35,4	64,3	0,3	78,5	21,2	0,2
Noroeste	72,5	27,5	0,0	42,4	57,6	0,0	77,6	22,4	0,0
Gran Catamarca (²)	62,2	37,8	0,0	39,0	61,0	0,0	78,5	21,5	0,0
Gran Tucumán-Tafí Viejo (¹)	71,1	28,9	0,0	41,5	58,5	0,0	76,3	23,7	0,0
Jujuy-Palpalá (²)	77,6	22,4	0,0	51,5	48,5	0,0	81,4	18,6	0,0
La Rioja (²) (²)	76,5	23,5	0,0	51,6	48,4	0,0	85,6	14,4	0,0
Salta (¹)	78,6	21,4	0,0	46,8	53,2	0,0	75,9	24,1	0,0
Santiago del Estero-La Banda (²) (²)	65,1	34,9	0,0	26,4	73,6	0,0	75,1	24,9	0,0
Pampeana	76,3	23,7	0,1	45,0	54,9	0,1	81,7	18,3	0,0
Bahía Blanca-Cerril (²)	82,2	17,4	0,4	41,1	58,6	0,3	84,6	15,4	0,0
Concordia (²) (²)	74,9	25,1	0,0	38,4	61,6	0,0	75,7	24,3	0,0
Gran Córdoba (¹)	74,1	25,9	0,0	38,4	61,6	0,0	78,8	21,2	0,0
Gran La Plata (¹)	84,5	15,5	0,0	60,2	39,8	0,0	86,8	13,2	0,0
Gran Rosario (¹)	71,0	29,0	0,1	47,2	52,7	0,1	80,9	19,1	0,0
Gran Paraná (²) (²)	85,0	15,0	0,1	42,0	58,0	0,0	82,2	17,8	0,0
Gran Santa Fe (¹)	68,1	31,9	0,0	39,6	60,4	0,0	80,3	19,7	0,0
Mar del Plata (¹) (²)	82,2	17,7	0,1	48,9	51,0	0,1	82,4	17,5	0,1
Río Cuarto (²)	81,9	18,1	0,0	58,6	41,4	0,0	85,5	14,5	0,0
Santa Rosa-Toay (²)	72,4	27,5	0,1	20,7	79,3	0,0	84,2	15,7	0,1
San Nicolás-Villa Constitución (²) (²)	74,2	25,5	0,3	32,7	67,0	0,3	82,7	17,3	0,0
Patagonia	79,8	20,1	0,1	49,7	50,2	0,1	87,0	13,0	0,0
Comodoro Rivadavia-Rada Tilly (²)	85,2	14,8	0,0	48,6	51,4	0,0	91,5	8,5	0,0
Neuquén-Plottier (²)	69,4	30,4	0,2	43,4	56,1	0,5	84,3	15,7	0,0
Río Gallegos (²)	87,4	12,6	0,0	52,5	47,5	0,0	86,0	14,0	0,0
Ushuaia-Río Grande (²)	87,8	12,2	0,0	61,0	39,0	0,0	88,5	11,5	0,0
Rawson-Trelew (²) (²)	82,9	17,1	0,0	46,6	53,4	0,0	85,6	14,4	0,0
Viedma-Carmen de Patagones (²)	72,8	27,2	0,0	54,8	45,2	0,0	85,4	14,6	0,0
Total aglomerados de 500.000 y más habitantes	74,1	25,8	0,1	45,2	54,6	0,1	80,8	19,2	0,0
Total aglomerados de menos de 500.000 habitantes	75,2	24,7	0,1	43,0	56,9	0,1	82,4	17,6	0,0

Fuente: https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=26&id_tema_3=71

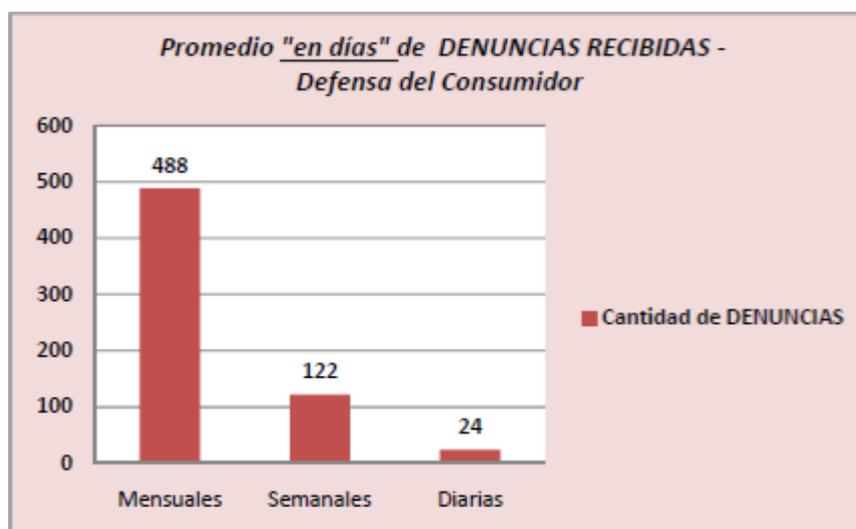
En esta planilla se puede observar la evaluación de 31 aglomerados urbanos en cuanto al acceso y uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). En la ciudad de Rosario, concretamente en razón al acceso y uso de teléfonos celulares, se ha obtenido un resultado del 80,9% de la población, contra un 19,9% que no utiliza de los mismos.

La violación a los derechos de los consumidores y usuarios es reiterada, basta con observar las estadísticas que evidencian la cantidad de denuncias que son realizadas para comprender la magnitud de la problemática y, particularmente, uno los más afectados son los usuarios de servicios de telefonía móvil. No toda persona que sea cliente de este tipo de empresas resulta necesariamente afectada, claro está, pero los

datos evidencian que la violación a sus derechos, perpetrada por los proveedores es, por lo menos, común. Se trasgreden todo tipo de derechos, desde la información sobre lo que se contrata hasta la libre elección de un determinado bien o servicio, siempre en desmedro de sus intereses.

La Secretaría de Comercio Interior y Servicio de la Provincia de Santa Fe ha dado a conocer, en el marco de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), la cantidad de denuncias realizadas, relativas al año 2017, ante Dirección General de Comercio Interior y Servicios, Defensa del Consumidor y los rubros que son más reclamados.

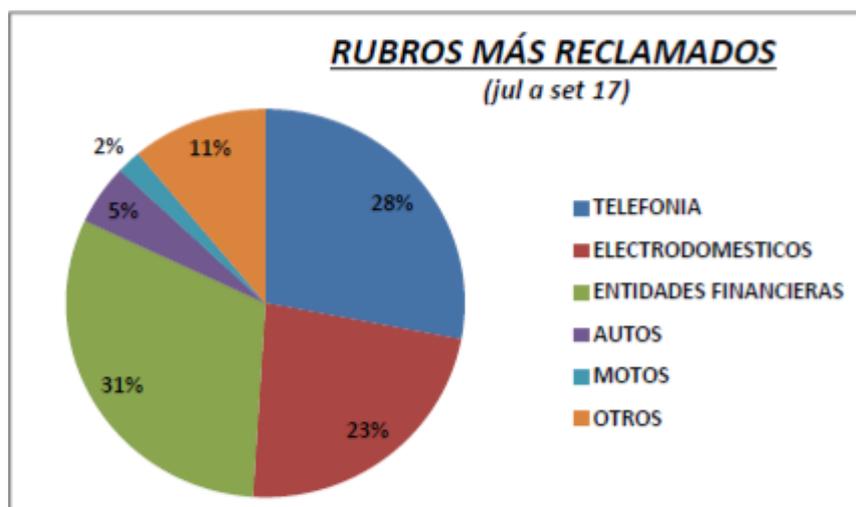
Gráfico 2: “Promedio en días de denuncias recibidas – Defensa del Consumidor”.



Fuente: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/view/full/219322>

En este gráfico se puede observar que, en el año 2017, aproximadamente se recibieron 488 denuncias al mes (100%), 122 semanales (25%) y 24 por día (4,9%). Todas ellas son presentadas ante Dirección General de Comercio Interior y Servicios, Defensa del Consumidor correspondientes a las ciudades de Santa Fe, Venado Tuerto y Rosario de la provincia de Santa Fe.

Grafico 3: “Rubros más reclamados (jul a set 17)”.



Fuente: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/view/full/219322>

En este gráfico se puede observar que en el período que va del mes de julio a setiembre del año 2017, entre las denuncias que fueron presentadas ante Dirección General de Comercio Interior y Servicios, Defensa del Consumidor correspondientes a las ciudades de Santa Fe, Venado Tuerto y Rosario de la provincia de Santa Fe, el 28% de las mismas corresponden al rubro telefonía, siendo el segundo rubro con mayor cantidad de reclamos.

También es cierto que no existe correlación alguna entre la cantidad de usuarios afectados y la cantidad de reclamos realizados –ya sea por falta de información, desinterés, desconfianza en los sistemas previstos para la protección de los derechos, etcétera-. Es por eso que más allá de la gran cantidad de denuncias que son presentadas, estas no alcanzan a cubrir la cantidad de trasgresiones a la norma que realizan las empresas. El proveedor aprovecha de tal situación y puede fácilmente emplear sus conductas sin encontrar mayores impedimentos, apelando a la violación de derechos, a la espera de que solo algunos afectados efectúen el reclamo correspondiente y en todo caso, cumplir con la sanción impuesta para luego repetir nuevamente su conducta.

En lo particular, este trabajo trata la modificación unilateral de las condiciones generales de los contratos de telefonía celular, una forma de obtener réditos económicos habitualmente utilizada que viola severamente la normativa que tutela los derechos de los consumidores y usuarios. A continuación, se va a intentar demostrar la propicia situación en la que se hayan las empresas de telefonía celular para llevar a cabo las

modificaciones unilaterales y, por otra parte, plantear una posible solución, luego de haber analizado que, actualmente, la norma no ha logrado alcanzar las conductas realizadas por las compañías, sino por el contrario, al haber quedado estancada, las empresas avanzaron notablemente sobre la tutela vigente en la actualidad, resultando esta última para el caso, insuficiente.

1. CAPÍTULO I: La regulación del contrato.

El hecho de que el usuario no participe en la redacción de las cláusulas a las que adhiere para poder obtener el servicio de telefonía que pretende contratar implica que en la mayoría de los casos se incluyan en el contenido del contrato cláusulas abusivas. Las empresas prestadoras del servicio utilizan, en algunos casos, de dichas cláusulas para intentar legitimar el acto de modificación unilateral de las condiciones generales de contratación. A continuación, se precisan los alcances de los contratos respecto de los cuales se desarrolla el vínculo jurídico usuario-prestador, de las cláusulas abusivas que forman parte de los mismo, y el impacto de éstos sobre las modificaciones unilaterales de los contratos de telefonía celular.

1.1. Contratos de adhesión.

El origen de la relación jurídica entre el usuario y la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil se remite a una adhesión por parte del usuario a una serie de cláusulas predispuestas unilateralmente por parte de la empresa respecto de las cuales rara vez el cliente –que no participa de la redacción, lógicamente- toma conocimiento y hasta en ciertos casos esto ocurre luego de haber sufrido un daño. Se genera una situación en torno a la cual la libertad contractual se encuentra reducida ya que en definitiva se contrata sobre algo que es desconocido –o conocido parcialmente- para el usuario. Estas cláusulas unilateralmente establecidas constituyen contratos de adhesión.

En la Sección 2^a del Código Civil y Comercial de la Nación, denominada “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” se define al contrato de adhesión, en el artículo 984 como: “...es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción” (Ley N° 26.994, 2014).

Lo característico de estos contratos es que el usuario manifiesta libremente su voluntad, pero del contrato se obtiene un resultado inequitativo, ya que a través de cláusulas generales predispuestas por la empresa prestadora de servicio se logra la eliminación de riesgos, tal vez de responsabilidades, la restricción de derechos, en fin, lograr someter al contratante a una situación desfavorable. Agrega Ossorio (2012) que:

Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en el tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad; es decir, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin posibilidad de discutir su contenido.

Por ello todo ello, puede que, en estos contratos, en los cuales el cliente no participa de la discusión a la hora de establecer su contenido, se vea facilitada la inclusión de las llamadas “cláusulas abusivas” que son materia de análisis en el siguiente punto.

1.2. Cláusulas abusivas o leoninas.

1.2.1. Definición y noción de las cláusulas abusivas.

Es fundamental abordar este punto comenzando por una definición de cláusulas abusivas, y respecto de lo que, a diferencia de la forma en la que se pronuncia la ley de Defensa del Consumidor (24.240) –que más adelante se detalla-, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Capítulo IV denominado Cláusulas Abusivas, define en su artículo 1119 con precisión que son este tipo de cláusulas bajo la premisa “Regla General”: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor” (Ley N° 26.994, 2014). Wajntraub (2017) explica:

Las cláusulas abusivas son aquellas que se imponen unilateralmente por una de las partes, perjudicando de manera inequitativa a la otra parte, o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores o usuarios, aunque también de cualquier contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor. (p. 212)

El desequilibrio al que se refiere el artículo debe ser examinado a través de un análisis integrador y no de manera aislada, debe tenerse en cuenta el contexto que hace a su inclusión, la naturaleza de las obligaciones y la finalidad del contrato, factores estos

que hacen que la inserción de las cláusulas abusivas en los contratos prestablecidos por empresas de telefonía celular sea simple. Corresponde partir de la lógica de que el contrato busca ser celebrado por la empresa para obtener un rédito económico; si hasta el día de hoy, la solución a la problemática planteada en el presente trabajo no ha podido ser superada es claro que la norma no ha podido alcanzar las prácticas desleales por parte de estas empresas y por lo que, las mismas, con conocimiento de esta situación apelan a la vulneración de los derechos de los usuarios ya que los beneficios que son obtenidos resultan ser más elevados que las sanciones o imputaciones que puedan llegar recibir –cuestión que resulta de gran complejidad y más adelante se precisa sobre ello-.

1.2.2. La nulidad de las cláusulas abusivas y la nulidad parcial del contrato.

Nuestro ordenamiento jurídico conoce de la inclusión de estas cláusulas y es por ello que crea un sistema en virtud del cual poder atacar los contratos que las hayan incluido. Aun así, esta solución no aplaca la inclusión de estas cláusulas en los contratos y es por ello que la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos prestablecidos por empresas de telefonía celular en la actualidad está presente.

Acreditada la desnaturalización de las obligaciones que perjudica la reciprocidad del esquema negocial en que se implanta, corresponde hacer lugar a la remoción de la cláusula para volver el equilibrio que haya sido perdido. Con respecto a ello, el artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor dispone que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...” (Ley N° 24.240, 1993) y a posteriori detalla las cláusulas que son consideradas abusivas; de igual manera, el artículo 988 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que “se deben tener por no escritas:...” (Ley N° 26.994, 2014) y especifica los supuestos de cláusulas abusivas; el artículo 989 del mismo cuerpo normativo denominado como “Control judicial de las cláusulas abusivas” establece que: “...Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato..”, haciendo referencia a la nulidad que recae sobre la cláusula abusiva; y por último, el artículo 1122 también del Código Civil y Comercial de la Nación aborda la solución de la siguiente manera: “El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:... b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;...”

Se trata de una invalidez parcial que afecta solo a la condición opresiva, pero no perjudica la subsistencia del contrato, en la medida que las restantes disposiciones del

acto sean separables y no perturben elementos esenciales del negocio. Así mismo, en caso de que resulte necesario, el juez, luego de haber declarado la nulidad parcial, debe integrar el contenido del contrato, solución que los tres artículos anteriormente mencionados disponen.

1.2.3. Casuística en las cláusulas abusivas.

En primer lugar, la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240, 1993) en el artículo 37 dispone una serie de supuestos en los cuales se configura una cláusula abusiva, estos son:

- a) Desnaturalización de las obligaciones;
- b) Limitación de la responsabilidad por daños;
- c) Renuncia o restricción de los derechos del consumidor;
- d) Ampliación de los derechos del proveedor;
- e) Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

El Código Civil y Comercial de la Nación, en la Sección 2ª denominada “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas” contiene el artículo 988, similar al artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor y que establece que, en los contratos incluidos en dicha sección, es decir, los contratos de adhesión “se deben tener por no escritas: ...” (Ley N° 26.994, 2014), aquellas cláusulas que el texto legal entiende como abusivas. Estas cláusulas son:

- a) Las que “desnaturalizan las obligaciones del predisponente”
- b) Las que “importan renuncia o restricción a los derechos del adherente”
- c) Las que “amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”
- d) Las que “por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”

El Anteproyecto de la ley de Defensa del Consumidor ampliaría el campo de entendimiento sobre las prácticas abusivas y en la Sección 5ª, denominada “Prácticas abusivas”, concretamente en el artículo 22 y 26 incluye situaciones, a modo enunciativo, que son consideradas como tales y que, tienen directa relación con el análisis que se realiza en el presente trabajo. Stiglitz, y otros (2018), establecen los siguientes puntos que serán materia de análisis, respectivamente, más adelante:

ARTÍCULO 22. Restricciones a las libertades del consumidor que configuran prácticas abusivas. Están prohibidas las prácticas que condicionan o restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario, en especial: 1. ... proveer cualquier servicio sin solicitud previa. Queda prohibida la realización de una propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un... servicio que no haya sido requerido previamente y que pueda generar un cargo que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efective. (...)(p. 39)

ARTÍCULO 26. Otras prácticas abusivas. Se consideran también abusivas, entre otras, las siguientes prácticas: 4. Prevalerse de las necesidades estructurales o coyunturales, la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor para concretar una contratación o hacerlo en condiciones menos favorables a sus intereses; (pp. 40 y 41)

Por otra parte, y sin agotar los tipos de cláusulas leoninas conocidas, en lo que hace a este trabajo y en relación al vínculo jurídico creado entre las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil y los clientes, Zentner (2015) destaca dos situaciones que resultan ser usuales, coincidentes y representativas o características de las maniobras llevadas a cabo por este tipo de empresas, según lo examinado en la jurisprudencia:

Modificación unilateral del contrato... el proveedor se vale de esta cláusula para readaptar a su arbitrio el contenido del contrato de acuerdo con las circunstancias sobrevinientes durante la ejecución. Esta condición es abusiva cuando la alteración del contenido obligacional constituye una decisión arbitraria del empresario, sin base en necesidades objetivas en función de la dinámica de las circunstancias sobrevinientes, o cuando, a pesar de ser eventos previsibles, el proveedor no cumple en informar adecuadamente al usuario al tiempo de contratar” ... “Imposición de prestaciones accesorias. Son cláusulas que facultan “cláusulas que facultan a proveedor a suministrar al consumidor otros productos o servicios ajenos a la prestación contratada, sin consentimiento de éste. Mediante este tipo de prácticas, el empresario impone prestaciones accesorias ajenas a la finalidad y economía del negocio, con el agravante de que se valen del silencio del usuario como manifestación de voluntad, en contravención a lo dispuesto por

Código Civil, y lo obligan a pronunciarse por la negativa dentro de un plazo, bajo apercibimiento de considerarlas aceptadas. A más de su calificación genérica como cláusula abusiva en los términos del art. 37, la imposición de prestaciones no requeridas que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito y que obliguen al consumidor a manifestarse por la negativa para evitarlo, es un comportamiento expresamente prohibido por el art. 35. Esta situación aparece con frecuencia en el sistema de tarjetas de crédito. El emisor incluye bienes o servicios no solicitados previamente, cuyo pago se integra en la liquidación mensual juntamente con los cargos que correspondan a los gastos efectuados (seguros, publicaciones, etc.). En el caso de los seguros, cuya contratación accesoria se prevé en determinadas operaciones jurídicas (ahorro previo, contratos bancarios), se suele verificar, asimismo, un acotamiento de la libertad de contratar, dado que el proveedor no ofrece al consumidor la posibilidad de elegir entre distintas aseguradoras. (p. 443)

1.3. Modificación unilateral del contrato.

1.3.1. Introducción.

Al ser el contrato un acto jurídico conformado por dos o más partes, basta con solo recurrir al sentido común para notar que la modificación que sea realizada solo por una parte y sin obtener el consentimiento de la otra, implica una trasgresión al vínculo jurídico formado entre las partes, a los intereses de aquel sujeto que no participa activamente en la alteración del contenido contractual y a la normativa en general. A continuación, se trata de explicar la ilegitimidad de la conducta y de qué manera impacta su realización.

1.3.2. Concepto y nociones de la modificación unilateral de las condiciones generales de los contratos.

A modo de conceptualizar a la modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía móvil se puede definir este acto como aquel en virtud del cual una de las partes que conforma el vínculo jurídico –entre la empresa y el

cliente- decide alterar el contenido del contrato por su sola voluntad, es decir, sin el consentimiento de la otra parte.

Para el análisis que compete en este caso se debe comprender la situación de la siguiente manera: estamos ante un contrato en curso de ejecución que en un momento determinado sufre una variación cuyo origen se encuentra solamente en la voluntad de uno de los contratantes –empresa de telefonía celular- que, trasgrediendo la bilateralidad que caracteriza este vínculo jurídico entre la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil y el cliente, causa un perjuicio en los derechos de este último.

Cabe destacar, una vez más, que como es lógico, se hace referencia a una modificación que causa detrimento en los intereses del usuario, comprendida ésta como una acción habitualmente desplegada que ha dejado en nuestra jurisprudencia casos de máxima importancia para la materia como por ejemplo “Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA”; “Ram, Carim c/Amx Argentina SA s/Sumarísimo”, entre otros.

Al hablar de la modificación en las condiciones generales de los contratos de telefonía móvil se da paso a un gran abanico de posibles alteraciones que pueden sufrir los contratos y que quedan abarcadas dentro de ésta noción. Se puede modificar un contrato de diferentes maneras y sobre diferentes aspectos del mismo. Solo a modo ejemplificativo podría mencionarse la modificación del plan elegido, beneficios otorgados, bonificaciones obtenidas y/o precio pactado, etcétera. Prueba de ello puede observarse a continuación:

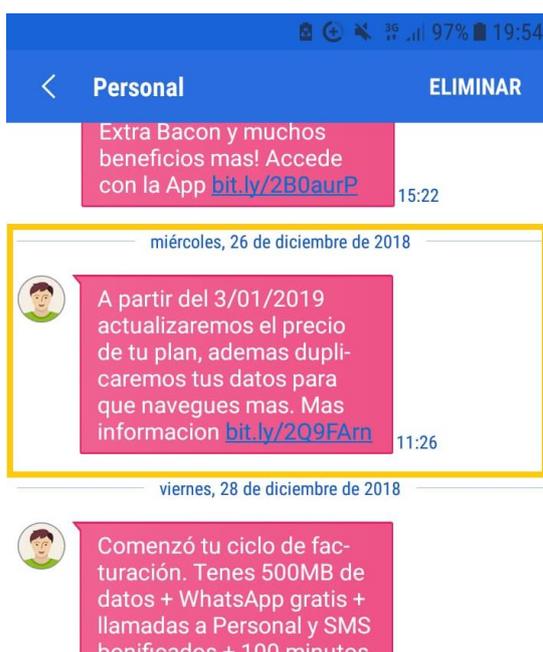


Figura 1: lo que se haya señalado a través del recuadro amarillo en la imagen corresponde a un SMS recibido el día miércoles 26 de diciembre de 2018 a las 11:26hs. por un usuario de la compañía y cuyo remitente es el número 813. En este caso la empresa, sin antes haber recibido solicitud alguna manifiesta una actualización de precio y un aumento de datos para navegación.

Se trate de una u otra modificación, siempre estamos ante una modificación sobre el servicio objeto de la contratación. En la gran mayoría de los casos, al haber experimentado el servicio una modificación conlleva a que el precio que se paga por el mismo también sea modificado, aumentando la suma que debe ser abonada por el usuario. En el marco de la causa Ram, Carim c/Amx Argentina SA s/Sumarísimo se dieron a conocer la serie de modificaciones en el precio que ejemplifican lo mencionado:

Relata ser usuario del servicio de telefonía móvil brindado por AMX – Claro desde aproximadamente septiembre de 2012, dice que originariamente contrato un plan de abono denominado “GMC 99 – Cta. Segura simple \$89. (...) Que a fines de noviembre de 2013 al consultar su saldo en la página web de la demandada descubrió que sin su consentimiento ni previa notificación o aviso por ningún medio, le habían modificado su plan de abono y las modalidades contratadas por otro plan denominado “GMC 60 – Plan abono control 11. \$110. (...) que poseía las mismas características al ya contratado pero con otro valor. (...) Señala que al poco tiempo, la demandada volvió a realizar modificaciones en su plan sin su consentimiento, que en fecha 7/04/2014 al concurrir a pagar su abono mensual, sin la factura ya que no le había llegado, se le informa de un monto a pagar superior al que venía abonando (de \$110,87 paso a pagar \$131,17) (...) Dice que en agosto de 2014 recibió la factura, junio y julio también, siendo la del último mes por un precio de \$150,24, (...) Destaca que a partir de noviembre de 2014 paso a pagar \$176,40; desde diciembre de 2014 pagar \$186,40; desde mayo de 2015 pago \$211,68; desde octubre de 2015 pago \$257,04; desde febrero de 2016 pago \$287,27 y desde junio de 2016 pago \$304,72.

Se genera de ésta manera un daño patrimonial ya que se menoscaban los bienes de la víctima a raíz de que se le exige un sacrificio superior de los mismos por un servicio

que tiene un valor distinto al que originariamente fue aceptado y en virtud de una modificación que no fue consentida.

1.3.3. El pequeño daño.

Cuando se lleva a cabo la modificación del servicio del contrato, la alteración tiene una incidencia directa en el precio. En la mayoría de los casos, la modificación viene acompañada de una variación en el precio que genera una obligación superior a la que originariamente se contrata. La variación en el precio, aunque no en todos los casos, no es de gran magnitud, por lo que el daño es cuantitativamente pequeño. Tal es así que también por ese factor es que los reclamos no son siempre sustanciados, los usuarios optan por aceptar resignadamente la modificación antes que reclamar por un daño de menor cuantía. Lo cierto es que, aunque el daño sea pequeño, la trasgresión a los derechos existe. Más aún, este trabajo se focaliza en estudiar cual es el impacto que tiene no la perpetración de una modificación aislada, sino el conjunto de ellas. Los pequeños daños, considerados íntegramente representan para la empresa una ganancia considerable. Allí radica la importancia de la problemática, teniendo en cuenta el monto de las ganancias que son obtenidas de esta manera, al establecer la norma una sanción que, no solo que es de una cuantía acotada comparada con la ganancia obtenida, sino que a su vez presenta deficiencias en cuanto a la posibilidad de hacerla efectiva, es propicia la situación en la que se encuentra la empresa prestadora del servicio para con el cliente.

A continuación, se examina la ilegitimidad de la conducta cometida y por lo que, por más pequeño que fuera el daño cometido, la ilegitimidad que también lo caracteriza.

1.3.4. La ilicitud en la modificación unilateral y su legislación.

Como ya se adelantó en la introducción al tema, la realización de la modificación unilateral implica en principio una vulneración de derechos e intereses -en principio porque podrían existir cláusulas válidas en virtud de las cuales se habilite la modificación, pero ésta no es la circunstancia que se describe en el presente trabajo. –

En primer lugar, ley de Defensa del Consumidor, al regular en el Capítulo V todo lo atinente a la prestación de servicios establece en el artículo 19 que “Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan

sido ofrecidos, publicitados o convenidos.” (Ley N° 24.240, 1993). Interesa en este caso el deber de respeto sobre lo acordado o convenido entre las partes que establece la norma para el proveedor del servicio. Si lo acordado originariamente resulta modificado existe entonces una violación a la disposición legal.

En este sentido, el Reglamento de Clientes de Servicio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a dispuesto en la Resolución Número 733 – 2017 en el artículo 62, 2do párrafo que: “El prestador no podrá facturar ni cobrar productos o servicios que no estén expresamente incluidos en el contrato o que no fueren solicitados expresa e inequívocamente con posterioridad a su celebración. Cuando no haya constancia que el cliente ha solicitado expresamente estos servicios adicionales, el prestador no permitirá efectuar este tipo de comunicaciones con cargo al cliente, el que tampoco estará obligado a su pago... Tampoco se podrán efectuar ni cobrar servicios ofrecidos en promociones especiales propias o de terceros sin la previa y expresa aceptación del cliente”. (Resolución N° 733, 2017).

El usuario cuenta con un derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico que es la libertad de elección, pero que, en estos casos, teniendo en cuenta que la modificación a lo que originalmente ha sido pactado le es impuesta lejos está de ser respetado. El artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina dispone que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, ... a la libertad de elección, ...” (Ley N° 24.430, 1994); en este mismo orden, el Código Civil y Comercial de la Nación regula la Libertad de contratar en el artículo 1099 estableciendo que “Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo” (Ley N° 26.994, 2014); también en la ley Argentina Digital se expresa, en el artículo 59 que “El usuario de los Servicios de TIC tiene derecho a: ... d) elegir libremente los servicios...” (Ley Número 27.078, 2014).

Las conductas desplegadas tendientes o que tienen por efecto restringir o desvirtuar la libre elección pueden identificarse bajo la expresión de prácticas comerciales abusivas; de esta manera fue comprendido por la Comisión Reformadora de la ley de Defensa del Consumidor, que incluyo en el anteproyecto el artículo 22 que expresa lo siguiente: “Restricciones a las libertades del consumidor que configuran prácticas abusivas. Están prohibidas las prácticas que condicionan o restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario, en especial: 1... proveer cualquier

servicio sin solicitud previa. Queda prohibida la realización de una propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un ... servicio que no haya sido requerido previamente y que pueda generar un cargo que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice...”.

Es importante recordar un deber genérico establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación que debe estar presente en todo acto o relación jurídica que sea celebrada o constituida: el código se pronuncia, en el artículo 961 referido de las disposiciones generales de los contratos, de la siguiente manera: “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.” (Ley N° 26.994, 2014). Este deber, presente en todo el derecho en general tampoco es respetado por la empresa prestadora del servicio de telefonía celular. No puede hablarse de buena fe cuando se realiza una conducta en desconocimiento de los derechos ajenos con la finalidad de obtener un rédito económico a costas del daño causado.

1.3.5. La cláusula leonina que pretende legitimar la modificación unilateral de los contratos.

En el análisis jurisprudencial puede observarse un argumento utilizado repetidas veces por el prestador que modifica el contrato unilateralmente, que es la existencia de una cláusula que habilita esta conducta.

Sobre esto, el ordenamiento jurídico, precisamente la ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240) establece la posibilidad de dejar sin efecto aquella cláusula incluida en el contrato que cause un desmedro en los derechos de los consumidores y usuarios.

Anteriormente, en este trabajo, se pormenorizó sobre el tema de las “Cláusulas Abusivas” y es a lo que se pretende hacer alusión en este punto. El hecho de que en el contrato se incluya una cláusula que habilite la modificación bajo cumplimiento de algún tipo de condición o requisito, en la gran mayoría de los casos resulta ser abusiva ya que en definitiva existe una desnaturalización de las obligaciones, por el hecho de que se le otorgaría al proveedor, en el caso concreto, facultades que vulneran la voluntad y la libre elección de la otra parte. Concretamente, esta noción elimina la

posibilidad de que el aviso previo a la modificación sea un argumento para sostener la validez de la alteración al contenido del contrato.

Para lograr una comprensión integral de la situación que gira en torno a la modificación unilateral se debe tener en cuenta lo enseñado por Lorenzetti (1999):

Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas objetivas por las cuales puede ser modificado, con derecho a rescisión por parte del consumidor. Las partes han previsto mecanismos contractuales de modificación del contenido obligacional, atendiendo a que es previsible que se produzcan cambios. En estos casos, la cuestión es examinar si estos instrumentos contractuales resguardan debidamente los derechos de las partes mediante mecanismos objetivos que inhiban las imposiciones unilaterales o potestativas.

No es la situación que se da entre la empresa de telefonía móvil y el usuario; basta con solo recordar el origen de la relación jurídica, en el cual se limita a una adhesión por parte del cliente a cláusulas predisuestas para comprender que en el caso en concreto resulta casi imposible que la empresa haya dado la posibilidad al usuario de convenir causas objetivas que permitan llevar a cabo la modificación.

1.3.6. La propuesta de modificación y sus resoluciones.

Las partes que conforman una relación jurídica tienen la posibilidad de determinar libremente el contenido del contrato que las vincula, tal y como lo dispone el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 958 al establecer que “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.” (Ley N° 26.994, 2014), es que se encuentra prevista la posibilidad de que el proveedor del servicio realice una propuesta para modificar el contenido del contrato.

En este sentido, el Reglamento de Clientes de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones dispone en el Título II (Servicios de Telefonía), Capítulo I (Prestación del Servicio), en el artículo 67: “Los precios establecidos por el prestador dentro de cada una de las diferentes modalidades de contratación y las condiciones comerciales de todos los planes deberán ser razonables y no discriminatorios”. Las modificaciones deberán ser publicadas en el sitio del prestador con al menos treinta (30) días de anticipación a su entrada en vigencia, esta publicación

será informada a clientes, mediante SMS o IVR.”; y en el artículo 30: “Toda modificación contractual que el prestador propusiere, se deberá notificar al cliente con una antelación no menor a sesenta (60) días corridos previos a su implementación e informarse en su sitio de Internet. Si el cliente no estuviere de acuerdo con la modificación propuesta podrá rescindir el contrato sin cargo, comunicando dicha decisión al prestador. Este derecho a rescindir, sin costo para el cliente, deberá incluirse en la notificación a cursarse al mismo e informarse en el sitio de Internet de cada prestador.”. (Resolución N° 733, 2017).

En el caso de que el contrato sea modificado cumpliendo con lo antedicho, en principio, no se estaría ante el supuesto de una modificación que menoscabe derechos ya que la misma es originada, como la norma dispone, con una propuesta del prestador, que como tal debería ser posteriormente aceptada por el cliente.

A modo de conclusión existiría la posibilidad de poder modificar el contrato que este en curso de ejecución en tanto y en cuando se resguarden los derechos de los usuarios y se cumpla con lo que haya sido dispuesto por la norma; en la realidad, pocas veces se lleva a cabo una propuesta dando la posibilidad al cliente de decidir ya que la empresa prestadora del servicio apela a la imposición por sobre la voluntad del usuario.

2. CAPÍTULO II: Relación de consumo (Usuario y Prestador del Servicio).

2.1. Sujetos activos y pasivos en la modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía móvil.

El consumidor o usuario es definido por el artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor de la siguiente manera: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (Ley N° 24.240, 1993). La modificación unilateral de contrato realizada por parte de las empresas telefónicas tiene como sujeto pasivo, en el presente trabajo, a toda persona humana que se comporta como usuario de un servicio utilizado onerosamente y como destinatario final del mismo en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La tutela sobre el consumidor o usuario tiene un alcance amplio y no se limita estrictamente al contrato de consumo, a la relación jurídica contractual propiamente hablando, por eso es que se habla de una relación de consumo evitando circunscribirse a lo contractual. La protección que se procura a través de la norma intenta alcanzar y regular situaciones fácticas que en materia de telefonía celular son habituales, como, por ejemplo: un hijo que utiliza una línea telefónica de la cual su padre es el titular, o un grupo de empleados a los cuales su empleador, titular de varias líneas telefónicas, les otorga las mismas para facilitar el desempeño laboral, etcétera. La norma adopta como sujeto protegido a quien es parte del grupo familiar o social del consumidor contratante, lo incluye dentro de la noción de “consumidor”, y lo hace bajo la categoría de “sujeto equiparado al consumidor” ya que éste último utiliza el servicio de telefonía móvil sin ser parte del contrato, pero está unido por un vínculo familiar o social con quien si contrata obteniendo igual trato o equivalente en el sistema de protección al consumidor.

La contracara de la relación de consumo es el proveedor, definido por la ley de Defensa del Consumidor en el artículo 2 como “... persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios...” (Ley N° 24.240, 1993). En este caso, el proveedor es una persona jurídica prestador del servicio, que puede tener naturaleza

pública o privada y que comercializa un servicio de telefonía celular, haciéndolo de manera profesional. “La profesionalidad distingue al experto del profano y constituye la causa del desequilibrio en la relación entre ambos, generadora de las distintas situaciones de vulnerabilidad o subordinación...” (Rusconi, 2015, p. 209). Se trata de quien va a llevar a cabo la modificación unilateral del contrato, que, posteriormente será tratada.

Estos dos sujetos, -el usuario y la empresa prestadora del servicio- son los dos polos que componen la llamada “Relación de Consumo”. Esta relación es definida por la ley de Defensa del Consumidor, en el artículo 3 de la siguiente manera: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.” (Ley N° 24.240). Podrá tener como fuente un contrato o una equiparación legal con origen fáctico, como antes se señala.

2.2. Hiposuficiencia en la relación de consumo y la discriminación positiva.

La relación de consumo es la relación sobre la cual recae el Derecho del Consumidor y su normativa concordante. Es en ésta relación que la legislación encuentra su razón de ser e intenta proteger al consumidor o usuario debido a las cualidades de la misma ya que no se trata de una relación entre iguales, sino todo lo contrario. El Derecho del Consumidor como derecho preventivo -aunque sin olvidar la función resarcitoria que también persigue- se posiciona antes de que se produzca el resultado dañoso y legisla con un criterio anticipado.

Respecto del Derecho del Consumidor, Rusconi (2009) enseña:

Esta rama del derecho, ha nacido para llevar protección al débil jurídico. Su antecedente radica en la situación de minusvalía en que se ve colocado el hombre moderno al interactuar con proveedores de bienes de consumo; y su corpus está integrado por un conjunto de mecanismos jurídicos específicos, desarrollados para paliar esa situación de hiposuficiencia y prevenir el acaecimiento de menoscabos a los derechos de los consumidores. (p. 1)

Partiendo del presupuesto de un contexto fáctico condicionante y potencialmente lesivo en el que se encuentra el consumidor podemos mencionar la llamada

“hiposuficiencia”, cualidad que caracteriza, en este caso, al sujeto débil de la relación de consumo. Concretamente considerando al usuario -sujeto pasivo que importa en este trabajo- hay que destacar que es un sujeto que no tiene la aptitud suficiente para valerse por sí mismo frente a los proveedores -como sucede en los contratos de adhesión, donde una vez impuestas las condiciones el usuario contrata o no sin posibilidad de discusión-. Esto es así porque su debilidad está compuesta por diferentes aspectos que lo posicionan “por debajo” del polo fuerte de la relación y que más adelante se desarrollan, pero en líneas generales y haciendo una mera aproximación genérica, el proveedor es un sujeto que se comporta de manera profesional en el desarrollo de su actividad, en cambio el usuario solo contrata y disfruta -o solo disfruta si se trata de aquel sujeto que está equiparado al usuario- un servicio con carácter de destinatario final, por lo que a simple vista importa una diferencia de cualidades y comportamientos de cada sujeto de acuerdo al lugar que ocupe en el marco del consumo.

No está en iguales condiciones y circunstancias la empresa prestadora del servicio de telefonía celular, que proporciona el mismo de manera profesional y lleva a cabo una actividad ante diferentes usuarios de manera cotidiana, con el propio usuario que tal vez, hasta en los casos más extremos de este análisis, tiene por primera vez contacto con un determinado servicio de telefonía móvil.

Es por ello que el derecho utiliza como herramienta la discriminación positiva intentando equilibrar a las partes mediante el dictado de normas que reconozcan la disparidad y ofrecer un catálogo de derechos orientados bajo la lógica de que el usuario es un sujeto susceptible de ser lesionado por el accionar de los proveedores.

2.3. Manifestaciones de la debilidad de los consumidores y usuarios.

La debilidad que caracteriza al consumidor -y sobre la cual se ha hecho una aproximación anteriormente - se manifiesta de diferentes modos, entre los cuales se puede destacar:

La “debilidad material o económica” que surge de una comparación entre el patrimonio con el que cuenta cada uno de los sujetos. En líneas generales el patrimonio del usuario es menor que el de la empresa prestadora del servicio, lo cual implica una ventaja por parte de la segunda, ya que tiene mayores posibilidades de accesos a medios y recursos con los cuales no cuenta el usuario. Una empresa prestadora de servicios de telefonía móvil por ser tal y por la magnitud que implica su actividad indudablemente

cuenta con asesoramiento especializado y profesional para lograr un mejor y facilitado desarrollo de la actividad.

Por el contrario, el usuario al momento de acceder a un servicio no tiene ningún tipo de asesoramiento más que aquel que tal vez le ofrezca la propia prestadora del servicio -que a su vez pretende captarlo como cliente-. Es por eso que, al contratar, el usuario solo lo hace guiado por su necesidad, por una recomendación de otro usuario o tal vez estimulado por aquellos que comercializan el servicio.

En definitiva, de una u otra forma e independientemente de la razón por la cual contrate lo hace sin un conocimiento especializado. De igual forma al momento en el cual se presenta una situación conflictiva es la prestadora de servicios que está provista de amplio asesoramiento, mientras que el consumidor solo aquel al que accede con sus propios recursos. De allí que resulta útil la facilitación de acceso a medios gratuitos para resolver conflictos, sea en un fuero administrativo o judicial pero que de igual forma e indiscutiblemente no llegan a igualar los recursos de las partes.

Otro aspecto que forma parte de la debilidad del usuario es la “debilidad psicológica” que se relaciona con su poder de decisión. No es tarea fácil decidir cuál es el servicio que resulta más conveniente al momento de contratar, o que se ajusta mayormente a las necesidades o posibilidades económicas. Se trata de una dificultad que tiene origen en la influencia que es ejercida a través de los estímulos publicitarios y estrategias de venta que constituyen un cúmulo de información que causa una alteración en la capacidad de raciocinio y de valoración en el usuario. Generalmente las empresas prestadoras de servicio de telefonía celular utilizan un mecanismo persuasivo que se basa en una influencia activa por parte del vendedor -persona o “máquina”- que impide al usuario analizar las condiciones contractuales a las que adhiere, la conveniencia en un análisis de costo-beneficio, comparar con otros servicios, etcétera. Los vendedores transmiten una oportunidad única e irrepitable, un beneficio especial dedicado al usuario, un premio obtenido, entre otras manifestaciones que tienen por finalidad precipitar la toma de decisiones impidiendo contar con la información necesaria para evaluar adecuadamente la operación, y que en la gran mayoría de los casos, paralelamente importa un otorgamiento de información parcial o incompleta.

Por último y no por menos importante, sino por el contrario, siendo uno de los aspectos más relevantes para el usuario es la “debilidad de conocimiento”. El desequilibrio es fácil de percibir porque es lógico que quien conozca con exactitud el servicio comercializado -y todo lo que el mismo conlleva- sea el proveedor que lo ingresa al mercado y no el usuario. Se trata de información a la cual el usuario no tiene

acceso al momento de contratar, y hasta en algunos casos, el conocimiento pleno no se llega a alcanzar ni aún luego de haber contratado. La información es el derecho-deber que tiene vital importancia en la relación de consumo, y es por eso que la normativa enfatiza repetidas veces en el mismo. El desconocimiento respecto del servicio que contrata conlleva directamente a una contratación vacía de argumentos que posiblemente implique durante su desarrollo una lesión en sus derechos como usuario.

Además, este conocimiento no se circunscribe únicamente al servicio prestado, sino también al conocimiento que tiene el proveedor en relación a los hábitos, costumbres y características de los consumidores de manera tal que orienta la comercialización a determinados sectores de la población, teniendo en cuenta el poder adquisitivo, el conocimiento de los receptores del mensaje, etcétera.

Es por ello que la Constitución de la Nación Argentina, como también otros textos legales, señalan que el Estado tiene el deber de proveer educación tendiente a disminuir el desconocimiento, preparando y educando al consumidor para que no caiga en un engaño al momento de tomar una decisión y que la misma tenga fundamentos que no se limiten meramente a una necesidad o un impulso del momento.

En definitiva, se puede señalar que el desequilibrio de conocimiento es el escenario ideal para que la empresa de telefonía móvil pueda aprovechar de su condición y configurar, entre otras conductas, la modificación unilateral del contrato ante la ignorancia por parte del usuario de sus derechos, de las condiciones y características de su plan contratado, los efectos que conllevan una variación de aquello que originalmente contrata, entre otros aspectos que facilitan la vulneración de derechos. “Es común que, en los contratos de telefonía celular, bajo el pretexto del facilitamiento de la gestión del servicio, conlleven una operatoria que se sostiene sobre vínculos absolutamente informales y variables con toda discreción por parte del proveedor.” (Rusconi, 2015, p.14).

2.4. Derecho a la información.

Los factores en virtud de los cuales se facilita la trasgresión a la voluntad del usuario son numerosos, pero sin duda, la ausencia de información es uno de los más trascendentales. Más aún, la falta de información conlleva a que otros factores internos del usuario como la necesidad en un caso concreto, el simple deseo, entre otros, se potencien y sea aún más fácil vulnerar su voluntad. La información es de gran

importancia en el ámbito de la contratación con empresas telefónicas: así como el usuario correctamente informado, consciente de las verdaderas características del servicio que se le ofrece y de las condiciones de la operación comercial que debe realizar, tendrá la posibilidad de contratar y utilizar de los servicios de manera favorable para sí, aprovechando los avances de la tecnología y el servicio que la empresa brinde, efectuar elecciones sustentadas en sus reales necesidades, adquiriendo servicios verdaderamente útiles, adecuados a sus expectativas, necesidades y posibilidades económicas. Por otra parte, el usuario, carente de información puede verse notablemente afectado en sus intereses y derechos por una contratación que se origina en incumplimiento de lo establecido por la norma, es decir, una contratación desinformada.

2.4.1. El deber de informar.

Lorenzetti (2009), respecto al deber de información, precisa lo siguiente:

Desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra. (p. 206)

Por su parte, Japaze (2015) entiende al respecto que se trata de un:

Deber jurídicamente impuesto al sujeto poseedor de información, en virtud del cual está obligado a transmitirla a la otra parte, en razón a lo que resulte necesario y útil respecto del bien o servicio ofrecido para que quien la recibe pueda evaluar los riesgos propios de la contratación, decidir y actuar en consecuencia, optimizar el aprovechamiento de sus intereses y evitar los daños que eventualmente deriven del intercambio. (p. 224)

2.4.2. El fundamento del derecho a la información.

El derecho a la información es un derecho fundamental –pilar sobre el cual se estructura la tutela particular- que deriva de la asimetría que existe entre los agentes de la relación de consumo. No solo existe en la órbita de los derechos de los consumidores

y usuarios, sino que también es considerado fuertemente en otras ramas como por ejemplo en el Derecho Ambiental.

A través de este derecho se logra la prevención del daño y la equiparación entre las partes, siempre el proveedor de un servicio –y en general todo proveedor- posee mayor información sobre el servicio que presta (que obviamente es ignorada por el usuario) ya que en cabeza del mismo se encuentran todos los procesos de investigación y desarrollo, así como la determinación de los posibles riesgos, encontrándose en una posición privilegiada –el conocimiento es fuente de poder- y como derivación de ello, el usuario en una situación de inferioridad que, como se señala al principio, no solo se origina en una falta de información, sino que también puede tener origen en otros factores, pero sin duda la información resulta ser determinante.

2.4.3. El suministro de información y su forma.

La información no debe ser suministrada de cualquier manera ni debe tratarse de cualquier tipo de información. Con respecto a ello, se debe precisar que la normativa en general coincide en cuanto a las características que la información debe cumplir; por ello es que solo resulta suficiente realizar este análisis en torno a dos artículos. En primer lugar, la ley de Defensa del Consumidor establece que la obligación del proveedor se refiere a suministrar información “...en forma cierta, clara y detallada...”, “La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico con claridad necesaria que permita su comprensión...” (Ley N° 24.240, 1993). Siguiendo con la misma noción, agrega la ley Argentina Digital que se debe “Proporcionar al usuario información en idioma nacional y en forma clara, necesaria, veraz, oportuna, suficiente y gratuita, que no induzca a error y contenga toda la información sobre las características esenciales del servicio que proveen al momento de la oferta, de la celebración del contrato, durante su ejecución y con posterioridad a su finalización.” (Ley Número 27.078, 2014).

Con relación a lo establecido por los textos legales, corresponden realizar algunas consideraciones sobre las características que mayormente son incumplidas por los proveedores. Las empresas prestadoras de servicios de telefonía celular incumplen con lo establecido en la norma ya que usualmente incurren en una práctica que es la de suministrar información carente de claridad. En su gran mayoría, los clientes desconocen aquello que contratan ya que en el marco de la tecnología y los servicios

que giran en torno a la misma son, muchas veces, conocimientos específicos que requieren de un cierto grado de entendimiento en la materia para comprenderlos. Es lógico que la mayor cantidad de personas que contraten el servicio de telefonía móvil ignoran las especificaciones que hacen a la materia. El avance de la tecnología puede observarse día tras día y aunque se trata ésta de una sociedad activa en cuanto a consumo, son pocos los que conocen a fondo aquello que contratan debido a que, como antes se menciona, la información en vez de ser otorgada con claridad termina por generar mayores confusiones y desconciertos, situación que en definitiva es aprovechada por las empresas.

Existe una relación en cuanto a la información necesaria y suficiente. Estas dos cualidades, vinculándolas, dan lugar a la idea de que al momento de informar no se debe ir de un extremo al otro. Es decir, no debe haber un exceso de información ni restricciones de ella, pues ambas situaciones conforman un cumplimiento irregular de la obligación legal. Las empresas de telefonía móvil suelen dar a conocer la información de manera limitada en la gran mayoría de los casos; de esta forma, el usuario al momento de tomar una decisión no es advertido detalladamente de las características que podrían generar un desistimiento en su decisión de contratar –por ejemplo: cuando a una persona se le comunica la posibilidad de ampliar el plan por un precio mayor que se encuentra en promoción, no se le advierte de que usualmente dicha promoción tiene un tiempo limitado y que después del mismo el precio que abona aumentará-. Esto implica lógicamente que tal vez, el cliente, tentado por una promoción –que es tal, pero que en definitiva lo termina desfavoreciendo- contrate y lo haga ignorando las consecuencias de su aceptación.

Siguiendo el mismo razonamiento, la información suministrada no debe ser sobreabundante o excesiva, ya que eso podría colocar al usuario en una situación de confusión. Como se señala anteriormente, el común de las personas no cuenta con un conocimiento específico en la materia por lo que la información excesiva –y que a consecuencia se torne de suma complejidad- que pueda recibir respecto del servicio dificultaría la adecuada comprensión. Las empresas utilizan de la situación en la que puede hallarse el usuario y de la misma manera que limitan la información que dan a conocer, en algunos casos abruma al usuario con la misma, aprovechando el efecto apabullante de una catarata de información que probablemente dará como resultado la adopción de decisiones erróneas. En este sentido, el Anteproyecto de la ley de Defensa

del Consumidor (2018) innova en la materia y establece una norma vinculada al presente punto; Stiglitz, y otros (2018), disponen lo siguiente:

Artículo 15. Sobreinformación. La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate. (p.37)

En definitiva, la información no debe ser limitada ni sobreabundante. Basta con que la misma resulte ser suficiente y necesaria de acuerdo a los fines previstos. Tal y como expresa Ricardo Lorenzetti: “Se debe hacer saber lo que es importante; lo es aquel dato que pueda alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se contrataría, o se lo haría en otras condiciones.” (p. 203).

2.4.4. El deber del proveedor de informar en las etapas que conforman el vínculo jurídico cliente – empresa.

El deber de información es definido por Lorenzetti (2003) de la siguiente manera:

Deber jurídico obligacional, de diversa causa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o ateniendo a actividades susceptibles de generar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o la inferioridad negocial que pueda generarse si éstos no son suministrados. (p. 172)

Este deber se debe encontrar presente en distintos momentos:

En principio en la etapa precontractual, donde el usuario debe evaluar libremente si el servicio ofrecido es el conveniente a sus necesidades, si cumple con las expectativas requeridas o no, la duración de la obligación y su forma de pago, las

consecuencias de un incumplimiento, entre otros. Se relaciona con la libre elección Es una etapa fundamental para la empresa prestadora del servicio ya que es donde el servicio y sus cualidades deben ser suficientes para captar la atención del usuario y obtener una eventual contratación. Es por eso que –paralelamente, constituye la etapa donde más se carece de información; donde la misma no va a ser suministrada en su totalidad o de forma clara, donde posiblemente el usuario sea abrumado con aspectos positivos del servicio y los aspectos negativos sean dejados de lado, etcétera.

Pero no solo se limita a la etapa contractual, sino que durante la ejecución del contrato también el usuario requiere de información para un mejor aprovechamiento de aquello que contrata. Es una práctica común por parte de las empresas durante le ejecución del contrato llevar a cabo la modificación del mismo. Al igual que existen modificaciones unilaterales que son realizadas sin la voluntad del usuario –materia que va a ser tema de análisis más adelante- existen también modificaciones donde se obtiene la conformidad del usuario.

Este consentimiento si bien es libre, en la gran mayoría de los casos es desinformado. Se hace referencia, en este caso, a modificaciones del plan que haya sido contratado. Modificaciones que se refieren por ejemplo a los gigabits mensuales, números designados para realizar llamadas ilimitadas, cantidad de mensajes de textos sin costos que puedan ser enviados, etcétera.

Es un momento en el cual se proporciona información limitada, reducida o acotada de manera tal que el usuario manifieste su conformidad sin conocer en totalidad aquello que contrata. Se parte de la hipótesis de que en la mayoría de los casos el usuario no conoce profundamente el servicio que contrata inicialmente; por lógica, al momento de modificarlo, mantiene su desconocimiento y así se desarrolla la relación jurídica. El usuario contratando y modificando su servicio cada vez que la empresa se lo ofrece, pero tratándose de una modificación respecto de la cual el usuario no logra conocer totalmente sus consecuencias. Es por eso que en el momento en el cual el usuario advierte que el servicio no es como realmente pretendió en un principio, tardíamente pueda, y si es que lo hace, iniciar algún tipo de reclamo. Pero como es fácil de observar, existió un desarrollo de la relación jurídica donde el usuario abono por dicho servicio -que a su vez a él no le es favorable o no era lo que pretendía- y la empresa telefónica obtuvo su ganancia.

Por último, en la etapa posterior a la conclusión del contrato debe suministrarse también la información. Particularmente en las contrataciones con empresas telefónicas, es la etapa que menos requiere de información. En algunos casos solo la información es suministrada para obtener una eventual y posterior contratación con la empresa de la cual el usuario se separa. Puede resultar también que se dé por finalizado un determinado contrato y se inicie otro -con la misma empresa-, caso en el cual se debe hacer una remisión nuevamente a la primera etapa. Si bien se da la conclusión de uno, no es extraño que el usuario acceda a otro servicio con el mismo prestador.

La responsabilidad por las afectaciones que sufra el usuario -relacionadas con la falta de información- tienen total relación con la conducta de la empresa prestadora del servicio. Esto es así porque el deber de suministrar información obliga a la empresa prestadora del servicio por la simple condición de experto respecto del servicio que inserta en el mercado. En el caso concreto el juez deberá analizar la conducta de la empresa prestadora del servicio, que de acuerdo a la reiteración que existe de éstas prácticas, es fácil observar la mala fe que existe por parte de la misma motivada por la finalidad de obtener un rédito que se origina en una equivocación por parte del usuario a raíz de la desinformación respecto de aquello que contrata.

2.4.5. Derecho a la información en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico tutela fuertemente el derecho de la información de la siguiente manera:

➤ En el plano internacional se puede señalar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Directrices Para la Protección del Consumidor) que al tratar los Principios Generales establece que se considera una necesidad legítima que debe ser atendida por los Estados Miembros “El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual” y como así también al tratar los Principios para unas buenas prácticas comerciales establece que: “Las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas. Las empresas deben velar por que se pueda acceder fácilmente a esa información, especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado”;

➤ La Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 42 dispone que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo [...] a una información adecuada y verás...”; (Ley N° 24.430, 1994)

➤ El Código Civil y Comercial de la Nación establece, en el artículo 1100, “El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión” (Ley N° 26.994, 2014);

➤ Atendiendo a la importancia del derecho que se examina –el derecho a la información-, la ley de Defensa del Consumidor, en el artículo 04 –modificado por la ley número 27.250 del año 2016-, instaura la idea de que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición” (Ley N° 27.250, 2016);

➤ La ley Argentina Digital (27.078), en su artículo 59 explica que “El usuario de los Servicios de TIC tiene derecho a: ... c) Tener acceso a toda la información relacionada con el ofrecimiento o prestación de los servicios...”, y el artículo 62 expresa que “Los licenciatarios de Servicio de TIC tienen las siguientes obligaciones ... e) Proporcionar al usuario información en idioma nacional y en forma clara, necesaria, veraz, oportuna, suficiente, cierta y gratuita, que no induzca a error y contenga toda la información sobre las características esenciales del servicio que proveen al momento de la oferta, de la celebración del contrato, durante su ejecución y con posterioridad a su finalización.” (Ley N° 27.078, 2014);

➤ El Reglamento de Clientes de Servicio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a dispuesto en la Resolución Número 733 – 2017 a través del artículo 14 que: “El prestador deberá suministrar al cliente toda la información asociada a las características esenciales de los servicios que comercialice. La información deberá ser proporcionada en forma clara, detallada, cierta, oportuna, gratuita y en idioma nacional,

a fin que el cliente tome decisiones informadas” (Resolución N° 733, 2017).

El legislador ha intentado resguardar el derecho a la información y lograr que el conocimiento del usuario respecto de aquello que contrata sea alcanzado en su totalidad, pero, corresponde destacar que aunque la norma lo disponga, la trasgresión se produce constantemente debido a que, como se detalla seguidamente, los proveedores de los servicios de telefonía celular se valen del desconocimiento por parte del cliente, por lo que el incumplimiento a lo establecido por la norma encuentra su razón de ser en un aprovechamiento de la situación.

2.4.6. El aprovechamiento de la desinformación y la necesidad del usuario como práctica abusiva.

El Anteproyecto de la ley de Defensa del Consumidor incrementa la importancia de la conducta violatoria de derechos y concretamente califica como práctica abusiva el aprovechamiento de la desinformación y la necesidad. Esto resulta acertado ya que en el texto legal vigente en la actualidad no se cuenta con una mención específica de esta circunstancia como abusiva por lo que facilitaría la interpretación de los actos realizados por las empresas y al momento de incoar acciones legales contra los prestadores de servicios por dicha circunstancia no se requeriría más que invocar el artículo expresado por Stiglitz, y otros (2018), que a continuación se menciona:

ARTÍCULO 26. Otras prácticas abusivas. Se consideran también abusivas, entre otras, las siguientes prácticas:

4. Prevalerse de las necesidades estructurales o coyunturales, la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor para concretar una contratación o hacerlo en condiciones menos favorables a sus intereses. (pp. 40 y 41)

No existe sujeto pasivo mayormente propicio a sufrir daños causados por estas empresas que aquella persona que cuenta con la necesidad de adquirir un determinado servicio –por la razón que fuere en el caso concreto- y que, a su vez, ignore las consecuencias que podrían resultar de una contratación. Por eso, resulta acertada la inclusión en el cuerpo normativo de esta circunstancia e identificarla concretamente como una práctica abusiva, contribuyendo de esta manera al objetivo de eliminar estos

escenarios de aprovechamiento de desventajas que en la realidad se repiten con frecuencia.

2.4.7. El incumplimiento al deber de advertencia.

Para dejar en claro el comportamiento de la empresa en miras de evitar la producción de daños que puedan ser sufridos por el usuario, se debe precisar un deber vinculado a la obligación de informar –pero que no es lo mismo- y en virtud del cual se pretende poner en conocimiento al usuario de la eventual afectación que pueda sufrir. Se trata del “Deber de advertencia” –mencionado por María Belén Japaze en el Manual de Derecho del Consumidor (2015) y en virtud del cual la empresa proveedora del servicio de telefonía celular, en cumplimiento de su buena fe como parte del vínculo jurídico que conforma con el cliente, debería llamar la atención al mismo sobre los riesgos que pudiera sufrir. Es un deber que en la realidad tampoco es cumplido. Así como no se cumple de manera total con el deber de informar, como derivación de ello tampoco se cumple con este deber de advertencia, exponiendo de esta manera al usuario a los daños que pueda sufrir sin intenciones, por parte del proveedor, de evitarlos.

3. CAPÍTULO III: La responsabilidad civil y el daño punitivo.

La responsabilidad civil es definida por Mosset Iturraspe (2004) como: “el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar el perjuicio ofreciendo a la víctima una compensación”. Es una definición que tiene dos ejes; por un lado, la víctima del daño y por otro la compensación. Esta noción no fue siempre así, en un principio la responsabilidad civil tenía un fin sancionatorio en contra del autor del daño. Es decir, el eje versaba en relación al autor del daño y la sanción correspondiente. Posteriormente la víctima del daño desplaza al autor del mismo convirtiéndose en el nuevo eje y la indemnización recibida pasa a ser una compensación por el daño sufrido y no una sanción. Actualmente las funciones se han visto ampliadas.

3.1. Las funciones de la responsabilidad civil.

Para realizar un análisis acabado de la responsabilidad civil originada a raíz de la trasgresión a las convenciones contractuales y su problemática en la actualidad corresponde comenzar con un desarrollo de las funciones que justifican la existencia de la responsabilidad civil; estas funciones son: la función resarcitoria, la función preventiva y la función punitiva.

3.1.1. Función resarcitoria.

Esta función pretende lograr que quien sufre un daño pueda volver a encontrarse en el estado en el cual se encontraba antes de producirse el hecho dañoso. De ésta manera, quien comete el hecho dañoso (y que genera daño) debe resarcirlo. Es la función principal en materia de responsabilidad civil.

3.1.2. Función preventiva.

La teoría clásica de la Responsabilidad Civil pensó en reparar el daño una vez producido volviendo las cosas a su estado anterior. En la actualidad, y con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se consagro expresamente en

nuestro ordenamiento jurídico la función preventiva. Esto significa que el sistema jurídico ya no se contenta con volver las cosas a su estado anterior reparando el daño, sino que pretende ir más allá logrando evitar que ese daño sea producido. Debido a que actualmente los daños son más concurrentes y cada vez de mayores dimensiones, el legislador no se conforma con una norma de aplicación ante un daño cometido, sino que ha legislado con la finalidad de evitar que el daño se produzca.

El cuerpo normativo dispone en el Título V, Capítulo 1, Sección 2ª, artículo 1710 lo siguiente:

“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.” (Ley N° 26.994, 2014);

Así mismo, dispone en el artículo 1711:

“Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.” (Ley N° 26.994, 2014);

En este sentido, la ley de Defensa del Consumidor consagra en el artículo 52 la posibilidad de los consumidores y usuarios de iniciar acción judicial cuando sus intereses resulten “amenazados”.

Corresponde adelantar que la función preventiva tiene una íntima relación con la función punitiva –que a continuación se desarrolla- ya que ambas persiguen, de una u otra forma, el propósito evitar la producción de un daño futuro.

3.1.3. Función punitiva.

Para comprender plenamente ésta función de la responsabilidad civil resulta esencial comenzar con un examen del instituto denominado “Daño Punitivo”.

3.1.3.1. Concepto de daño punitivo.

El daño punitivo es una institución en virtud de la cual, como enseña Pizarro (1993):

Se traduce en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que suman a las indemnizaciones por daños experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. (p. 291)

3.1.3.2. Características del daño punitivo.

- No se trata de una indemnización ya que no tiene la finalidad de mantener la indemnidad del patrimonio de la víctima ni volver las cosas a su estado anterior.
- Es una multa independiente y autónoma de otras indemnizaciones que pudieran corresponder ya que el propio art. 52 bis de la ley 24.240 indica que el juez puede aplicar dicha multa “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan” (Ley N° 24.240, 1993).
- Tiene lugar ante el supuesto de que el sujeto dañador actúe a sabiendas de que los beneficios que se procura tienen origen en la lesión de los derechos ajenos.
- “Los daños punitivos revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo” (Farina, 2008, p.566)

3.1.3.3. El propósito de la función punitiva.

Como se adelantó anteriormente, los objetivos del legislador descansan en la finalidad de evitar el daño.

Más allá del deber de toda persona de prevenir el daño y la buena fe que debe estar presente para disminuir la magnitud del mismo o evitar que sea producido, el ordenamiento jurídico establece un instituto que tiene el propósito de castigar a aquellos que vulneren derechos ajenos. A la función preventiva se suma la función punitiva.

La función punitiva tiene por fin desalentar conductas que generan un rédito a quienes las cometen y que, paralelamente, causan un daño a otro sujeto. De modo que, a través de la multa impuesta al sujeto dañador se intenta evitar que el daño vuelva a ser cometido por el mismo sujeto sancionado u otro.

La idea es, básicamente, que, frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos.

3.1.3.4. El daño punitivo en nuestro ordenamiento jurídico y el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que no prosperó.

Es de suma importancia aclarar que hoy por hoy, el daño punitivo es una institución que se encuentra vigente exclusivamente en la órbita del derecho del consumidor. En función a dicha aplicación, pueden mencionarse causas como: “Teijeiro c/ Quilmes”, Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina S.A., Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Boston Compañía Argentina de Seguros S.A s/ Ordinario, entre otras.

El proyecto del año 2012 del Código Civil y Comercial de la Nación –que rige en la actualidad- que fue escrito por Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y Ricardo Luis Lorenzetti, dispuso que la reparación civil debía incorporar la función punitiva y así fue que se redactaron dos artículos que en la versión final fueron suprimidos. En dicho proyecto, Lorenzetti et al. (2012) estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva. (p. 379)

ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. (p. 380)

Entre los fundamentos que fueron utilizados para concluir en dicha supresión puede destacarse que los mismos encuentran coincidencia con lo postulado por algunos autores destacados, como Jorge Bustamante Alsina o Sebastián Picasso, quienes explican que en la aplicación del instituto de daños punitivos se puede afectar el debido proceso legal y en general los principios del derecho penal ya que al aplicar una pena se debe garantizar el cumplimiento de los mismos, lo cual no sería posible. Por ejemplo, el principio de inocencia: al relacionarlo con el derecho del consumidor hay que recordar que en esta rama del derecho se parte de la premisa que en caso de duda se deberá estar a favor del consumidor, lo cual se contradice con el derecho penal que parte de una idea de inocencia en favor del imputado. La función punitiva no es propia del derecho civil, sino que es propia del derecho penal porque el primero repara el daño y el segundo es el que aplica las sanciones. Sostienen que el instituto es fundamentalmente extraño al sistema jurídico civil, que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas “penas privadas”, rigiendo en él una regla que es que el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el causado, siendo éste el comprendido en la indemnización de los daños compensatorios. La prevención de comportamientos lesivos graves de las normas es confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal, mientras que contrariamente a ellos, el derecho de la responsabilidad civil tiene en la actualidad una función esencialmente resarcitoria.

La figura del daño punitivo está presente en el campo del derecho de los consumidores y usuarios. Esto es así desde la reforma efectuada a la ley 24.240 (Defensa del Consumidor) por parte de la ley 26.361 (Modificaciones a la Ley N° 24.240) que fue sancionada y promulgada en el año 2008 e incorporó a través de su artículo 25 el artículo 52 bis que consagra la figura de los daños punitivos en nuestro

sistema jurídico. El artículo dispone lo siguiente: ARTICULO 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley. (Ley N° 26.361, 2008).

Autores señalan que la incorporación del instituto del daño punitivo en nuestro ordenamiento jurídico es positiva ya que la materia sancionatoria no es exclusiva del derecho penal, sino que existen otros sistemas de castigo que exceden el marco de la regulación criminal. Máxime, atendiendo a que la indemnización punitiva (además de su finalidad preventiva) procura castigar el indebido enriquecimiento del agente causante del daño, finalidad que no necesariamente es objetivo de la pena del derecho penal. Es una herramienta alternativa, complementaria o adicional que intenta lograr la mayor eficacia en la prevención de ciertos ilícitos, golpeando, si se quiere, donde más duele a los que buscan permanentemente lucros indebidos: el bolsillo (...) (Bru, 2015). La función punitiva no es propiedad exclusiva del derecho penal y que no se pretende que el derecho civil, daños punitivos mediante, usurpe funciones propias de aquel, ya que el derecho penal no es un fin en sí mismo sino un instrumento al servicio del derecho, que debe, mediante la utilización de todas sus ramas, lograr el bien común, objeto que frente a ciertas situaciones exige recurrir a la intervención del derecho civil por ser a veces un recurso más económico, menos devastador y más útil.

3.1.3.5. Observaciones al artículo 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor y el avance del Anteproyecto de la misma.

El texto de la ley posee ciertas particularidades que corresponde sean destacadas a fin de comprender su aplicación o no, ante los casos en los cuales ha existido una modificación unilateral del contrato entre una empresa prestadora del servicio y el usuario.

En primer lugar, el artículo 52 bis de la ley 24.240 cuenta con una deficiencia técnica que es condicionar la aplicación de la multa civil a la petición de parte. La norma dice: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...” (Ley N° 24.240, 1993), cuestión que resulta altamente criticable ya que un rol más activo de los jueces, al sancionar las modificaciones unilaterales de los contratos que afectan a los usuarios sin necesidad que exista un previo impulso del damnificado resultaría ser más fructífero en miras de lograr hacer cesar las conductas que demuestran un ostensible desprecio por los derechos ajenos. No se pretende una aplicación desmedida e imprudente de la sanción, sino que, por el contrario, cuando las circunstancias del caso evidencien una conducta inadmisibles por parte de las empresas, hacer lugar a la multa sin necesidad de que sea requerida por el damnificado previamente como requisito de procedencia.

Habida cuenta de ésta necesidad, el Anteproyecto de la ley de Defensa del Consumidor que derogaría la actual ley N° 24.240, Stiglitz, y otros (2018), disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 118. Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas: 1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal (...). Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio...”. (p. 65)

Resulta acertada la innovación en materia de la multa civil y su aplicación meramente de oficio por parte de los magistrados, contribuye a la formación de un servicio de justicia más dinámico y que este comprometido, que es en definitiva lo que precisa el usuario de una empresa de telefonía móvil cuyos derechos han sido vulnerados, a fin de lograr hacer efectiva la función preventiva a través de la sanción pecuniaria.

Desde un primer momento se ha dejado en evidencia a través del presente trabajo la habitualidad los comportamientos que vulneran los derechos de los usuarios –y en particular las modificaciones unilaterales del contrato- y es por ello que un accionar más activo, sin condicionantes, repercutiría de manera distinta y positiva en la realidad de los hechos, lográndose generar una presión mayor en los agentes generadores de daño a

fin de eliminar los comportamientos que menoscaban intereses ajenos y simplificar la posibilidad de los usuarios de obtener un resarcimiento luego de que sus derechos hayan sido atacados, ya que en definitiva son ellos quienes se encuentran en una situación de disminuida protección por parte de nuestro derecho y es por ellos –y sus intereses- que el sistema de justicia debe bregar.

En segundo lugar, deviene necesario observar la delicada rigurosidad que el legislador ha incluido en materia de daños punitivos, pero, aun así, en nuestro sistema de justicia no hay una correlación entre lo que dispone la norma y lo que en verdad sucede.

El art. 52 bis mencionado anteriormente exige, para que proceda la aplicación del instituto del daño punitivo, la presencia de un elemento objetivo. Antes de realizar precisiones sobre este punto cabe recordar que, además, la doctrina mayoritaria receptada por la jurisprudencia local ha agregado la necesidad de que se encuentre presente además un elemento subjetivo (culpa grave o dolo). Dejándose de lado por un momento el elemento objetivo, que es lo que concretamente exige la norma tratada, el elemento subjetivo también se encuentra presente en la mayoría de los casos en las modificaciones unilaterales por parte de las empresas de telefonía celular. Las empresas que son demandadas rara vez reconocen la ilegalidad de sus conductas, por el contrario, intentan justificar su comportamiento que configuran una práctica desleal comúnmente utilizada y respecto de la cual existe una deliberada decisión de cometerse para obtener réditos económicos. Se trata de comportamientos que son adoptados por las empresas de telefonía móvil en general, cualquiera sea. Ejemplo de ello es la causa Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA - Ordinario - Cobro de Pesos - Recurso de Apelación (2017), cuya Sentencia N° 17 menciona:

A los fines de determinar la existencia del elemento subjetivo establecido por la doctrina mayoritaria receptada por la jurisprudencia local como se ha señalado, corresponde tener presente que conforme surge de la prueba incorporada en autos, la demandada en ningún momento, reconoció la ilegalidad de su proceder. Por el contrario, intentó justificar el cambio de plan en un aumento tarifario. (p. 17)

El elemento objetivo que anteriormente fue mencionado es el mero incumplimiento, por parte del proveedor, de las obligaciones legales o contractuales. De esta manera la aplicabilidad del instituto queda librada a la existencia del simple

incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales y a la, en definitiva, decisión judicial sin más que el leal saber y entender del magistrado.

La letra de la norma resulto altamente criticada por gran parte de los autores ya que señalan que la figura se aparta de lo pretendido por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tanto nacional como extranjera, que es que dichas indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz y Pizarro, 2009).

En la actualidad, la aplicación indiscriminada de la figura ante cualquier incumplimiento convencional o legal se ha ido diluyendo ya que los jueces se muestran prudentes resaltando casi en forma unánime la necesidad de hallar, en caso de resolver sobre la procedencia de una sanción pecuniaria, una conducta del infractor que sea realmente grave y despreocupada de los derechos ajenos. Esa prudencia, se ha transformado en la baja imposición de sanciones que no alcanzan a conmover el costo beneficio del dañador, ni tener por ello un efecto disuasivo que evite la reiteración de la conducta en el futuro. Los jueces han sido temerosos en imponer condenas ejemplificadoras que consigan desbaratar la conducta grave a punto tal que no hay correlación entre las sanciones aplicadas y el número de causas que resuelven los tribunales y la gran cantidad de prácticas abusivas que aún proliferan en el mercado sin que la justicia consiga extirparlas definitivamente (Bru, 2015).

En materia de contratos con empresas telefónicas existe un pleno conocimiento de las estrategias que son utilizadas por las empresas para obtener beneficios y la facilidad con la cual los actos son consumados; es por ello que a fin de evitar que se continúen llevando a cabo resulta necesario el cumplimiento estricto de lo que dispone la norma. Basta con realizar una interpretación gramatical o literaria para comprender que la figura del daño punitivo debería de ser aplicada en todos los casos en los cuales ocurra una modificación unilateral del contrato. No existe mayor obstáculo que la configuración de la conducta descrita por el legislador, que es el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, para dar lugar a la multa civil a favor del consumidor y poder lograr hacer efectiva la finalidad del daño punitivo que es desarticular una actividad provechosa de quien decide dañar.

3.1.3.6. Conveniencias del daño punitivo en las causas de modificación unilateral de las condiciones generales del contrato de telefonía celular.

Para poder comprender la conveniencia del daño punitivo en el tipo de causas que son materia de análisis en el presente trabajo, es fundamental conocer cuál es la lógica perseguida por el instituto, que fue enseñada por Minetti Kern (2016) de la siguiente manera: “la multa civil se aplica con la finalidad de desarticular una actividad provechosa de quien decide dañar porque le resulta más económico”.

Se trata de una conducta llevada a cabo con intención y que persigue el fin de obtener un rédito económico; no toda conducta que genera un daño debe dar lugar a la aplicación del instituto, pero los actos realizados por las empresas de telefonía móvil se condicen con la lógica del daño punitivo antes mencionada.

La empresa de telefonía móvil tiene a su favor un marco de debilidad, dentro del cual se encuentra el usuario que facilita la perpetración de la conducta, que fue precisado anteriormente al tratar el tema de la relación de consumo y sus particularidades, punto al cual se debe remitir.

No todas las personas que toman conocimiento de que su contrato con la empresa ha sido modificado realizan el reclamo correspondiente, son pocas las que impulsan el proceso y son de menor cantidad las que en definitiva logran obtener un resultado positivo. En caso de que se obtenga un resultado positivo –como lo fue en la Sentencia N°. 17 Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA - Ordinario - Cobro de Pesos - Recurso de Apelación (2017) en la que se pronunciaron de la siguiente manera: “Por lo expuesto y el resultado de la votación que antecede, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación incoado por la parte demandada y confirmar la sentencia impugnada.” (p. 23)- se podría decir que en todos los casos no resulta para la empresa una lesión significativa atendiendo a las ganancias que son obtenidas por la misma, y es por eso que es económicamente más redituable cumplir con la multa que le sea impuesta y posteriormente continuar con las modificaciones unilaterales que cesar definitivamente con sus comportamientos. En un análisis de costo-beneficio que pueda realizarse es ínfima la condena económica comparada con los beneficios que se obtienen a raíz del daño que se genera.

Los daños que son generados por las empresas prestadoras a los usuarios no son elevados, son pequeños. Tal es así que, considerados en el plano individual, generan una

dificultad de reparación por las vías tradicionales y que hasta en algunos casos, además, se podría llegar a pensar que reclamar una variación insignificante carece de razonabilidad; corresponde precisar que, analizados colectivamente, los daños –que en favor a la empresa se traducen en réditos económicos- son de significativa importancia. De esta misma manera se detalla anteriormente en el análisis del “pequeño daño”.

Quienes proclaman que la figura del daño punitivo es una equivocación en el plano civil sostienen que basta con volver las cosas a su estado anterior y que la aplicación de, además, una multa civil, implicaría un enriquecimiento sin causa. Considerando que una empresa de telefonía celular, cualquiera sea, que cuenta con una cartera de miles de clientes, que resulta demandada por uno de sus usuarios y teniendo en cuenta que estadísticamente está comprobado que el valor del daño punitivo pasa a ser ínfimo con los ingresos que son percibidos por ella, no implica un enriquecimiento sin causa; existe un fin perseguido por la empresa que es el obtener ganancias a costas de vulnerar los derechos de los clientes y se obtiene aprovechándose del escenario obstaculizado en el cual se encuentra el usuario a quien la norma no ha podido lograr tutelar de manera razonable ante la comisión de conductas por parte de empresas prestadoras de un servicio de telefonía móvil que debido a su gran magnitud no llegan si quiera a percibir la incidencia de un reclamo legal.

Por todo ello es que se subraya la necesidad de aplicar una multa civil a fin de desalentar los comportamientos violatorios de derechos y cumplir con la finalidad de la misma. Es esencial lograr incluir en la norma un articulado que facilite la aplicación del instituto del daño punitivo en estas causas y que, en definitiva, el usuario encuentre la protección que el ordenamiento debe concederle. Lejos de encontrar limitaciones o espacios vacíos, la norma debe ser clara en su finalidad y redacción, debiendo velar por hacer cesar los comportamientos indebidos sufridos por los clientes de estas empresas con la aplicación del cuerpo normativo, sumada al leal saber y entender de los magistrados, conceder la reparación del daño generado, compensando al damnificado y demostrar: por un lado, a los agentes generadores de daño, que no es fructífera la forma utilizada; por otra parte, al usuario, que existe un respaldo por parte de la norma que se encuentra posicionado delante de los comportamientos que hasta el día de hoy, parecen haber superado a la ley.

Cabe destacar que el artículo 52 bis acertadamente dispone que: “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor” (Ley N° 24.240, 1993), lo cual es positivo a los fines pretendidos ya que si el valor de la multa no sería percibido por el

damnificado el mismo desistiría de su interés y tal vez sería un motivo más por el cual se desalentaría la voluntad de los dañados de impulsar causas en contra de las empresas de telefonía celular, desapareciendo paralelamente la función disuasiva.

4. CAPÍTULO IV: Propuesta de incorporación de normativa a la ley de Defensa del Consumidor.

Para concluir con este trabajo que tuvo como principal foco de análisis las modificaciones unilaterales de las condiciones generales de los contratos de telefonía móvil, llevadas a cabo por las empresas, generadoras de réditos económico para las mismas y daños al usuario, corresponde establecer una posible solución a dicha problemática. Esta solución se trata de un proyecto de inclusión, de normas específicas en materia de contratos de telefonía móvil y las modificaciones unilaterales, en la vigente ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240, 1993) o en la que posteriormente la reemplace.

Este proyecto no pretende modificar aquello que ya fue establecido por el legislador en su momento, ni derogar ninguna norma, sino que se trata de una inclusión, un agregado dentro del cuerpo normativo que se origina en base a dos ejes: en primer lugar, la importancia de la sanción punitiva como forma de atacar las violaciones de derechos y, en segundo lugar, los inconvenientes en cuanto a su aplicación, más aún, en los casos de modificaciones unilaterales. Estos dos factores han de motivar una norma de aplicación práctica, que otorgue una solución concreta y de esta manera favorecer al intento de disminuir las prácticas que son generadoras de daño.

Concretamente, la implementación consiste en 5 artículos bajo el título “**De las modificaciones unilaterales de las condiciones generales de los contratos de telefonía móvil**” que constituyen un anexo que debería formar parte de la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240, 1993) o la que posteriormente la reemplace.

La estructura es la siguiente:

ANEXO: De las modificaciones unilaterales de las condiciones generales de los contratos de telefonía móvil.

ARTICULO 1. La modificación unilateral del contrato;

ARTÍCULO 2. Derecho a la rescisión por modificación unilateral;

ARTÍCULO 3. Prueba;

ARTÍCULO 4. Cláusula abusiva;

ARTÍCULO 5. Sanción punitiva.

A continuación, se desarrolla cada el texto de cada uno de los artículos con su respectivo fundamento y explicación:

4.1. La modificación unilateral del contrato (ARTÍCULO 1).

“Hay modificación unilateral del contrato cuando el proveedor del servicio modifica el contenido del mismo sin el consentimiento expreso del usuario. Quedan comprendidas en ésta noción las modificaciones de planes, precios, beneficios, plazos, fechas, o cualquier otro aspecto que forme parte del contrato que vincula a las partes.

La falta de contestación del consumidor respecto de una modificación propuesta por el proveedor no implica aceptación por parte del primero.”

Es de suma importancia comenzar por precisar que entiende la norma por modificación unilateral de contrato específicamente en los contratos celebrados con empresas de telefonía celular. De esta manera se facilita poder encuadrar la conducta en el presupuesto legal y hacer aplicación de los artículos propuestos.

Se comienza por especificar el sujeto activo que lleva a cabo la modificación unilateral, que es el proveedor del servicio, es decir, la empresa de telefonía móvil. Basta con examinar todo lo expresado anteriormente en el presente trabajo para comprender porque a través de este proyecto se pretende colocar a la empresa como el agente dañador susceptible de ser sancionado.

Puede resultar que la empresa de telefonía celular lleve a cabo algún tipo de comunicación o aviso respecto de una futura alteración del contenido del contrato a través de un SMS o de cualquier otra forma. Sin importar la existencia de este aviso que puede ser efectuado, es de importancia que el cliente manifieste expresamente su conformidad ante ello para que no sea configurado el presupuesto que es exigido por la norma. De esta manera se evita que, la comunicación al respecto efectuada por la empresa sea un modo de justificar una posible modificación e intentar darle legitimidad al acto. Más allá de que la cláusula que sea incluida en el contrato que habilite la modificación luego de haber realizado la comunicación pertinente al usuario pueda ser declarada abusiva y tenerla por no escrita, resulta útil que la propia norma elimine la utilidad de dicha cláusula, desalentando así su inclusión en los contratos por carecer de provecho alguno, ya que, como se señala, es necesario el consentimiento manifestado expresamente.

Por último, se realiza una enumeración meramente enunciativa de las modificaciones que resultan, tal vez, las más comunes y repetidas en los casos concretos, dejando abierta la posibilidad de que se incluya dentro del presupuesto cualquier modificación que pudiera ser realizada. Así, se logra que la norma encuentre un amplio escenario de aplicación, sin limitarla evitando su inutilidad en algún caso concreto.

4.2. Derecho a la rescisión por modificación unilateral (ARTÍCULO 2).

“Si en un contrato de telefonía móvil queda acreditada, expresa o tácitamente, la modificación unilateral en los términos del artículo anterior, el mismo puede ser extinguido mediante rescisión unilateral planteada por el usuario, judicial o extrajudicialmente.”

El usuario de un servicio de TIC tiene, actualmente, derecho a solicitar la desactivación definitiva del mismo; el Reglamento de Clientes de los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones define a dicha desactivación, en el artículo 3, inciso “e” como “Baja de la relación contractual” (Resolución 733, 2017). Este derecho está plasmado, en el mismo cuerpo normativo, en el Capítulo II, artículo 8 que establece que: “El cliente tendrá, entre otros, los siguientes derechos: (...) e) A rescindir contratos o a dar de baja servicios o suscripciones.”. De esta manera el cliente pierde su condición de tal, como lo dispone el artículo 11: “La condición de cliente se pierde por: (...) b) La baja del servicio solicitada por el cliente o dispuesta con causa por el prestador.”. También, el Anexo III de la Resolución 10059 - 1999 denominado Derechos y Obligaciones de los Clientes del Servicio Básico Telefónico, sigue la misma línea y dispone: “(...) Los clientes tienen derecho a: Acerca del Servicio: rescindir el contrato, sin cargo alguno, previa notificación fehaciente con treinta días de anticipación.” (Resolución 10059, 1999).

En este orden y ya en un marco más amplio de contratos en general, quien sea parte de uno, puede tener derecho a rescindir el mismo. La rescisión unilateral es la que interesa en este caso, la cual es conceptualizada por Herrera et al. (2015) como:

Un medio de extinción de un contrato que depende de la exteriorización de voluntad de una de las partes contratantes y puede ser ejercida cuando ello se encuentra habilitado por una norma legal o convencional, incorporada por las partes en previsión de tal posibilidad. (p. 472)

Como base para comprender el artículo planteado en el proyecto, hay que tener en cuenta el artículo 1077 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone lo siguiente: “Extinción por declaración de una de las partes. El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.” (Ley N° 26.994, 2014).

Como se expresa, no siempre existe la facultad de rescisión, sino que la misma queda habilitada en los casos en que la facultad se encuentre establecida en el contrato o dispuesta por la ley. El proyecto que se plantea pretende sea facultad del usuario poder rescindir el contrato ante el supuesto de haberse configurado la modificación unilateral, que lógicamente, debe estar acreditada. Esta facultad debe encontrarse establecida en la ley, es decir, ser la misma la que habilite que en el caso de realizarse la conducta susceptible de sanción –modificación unilateral del contrato- tenga lugar la rescisión. Atendiendo a las características de estos tipos de contratos que son celebrados con empresas de telefonía celular –en los que las partes se vinculan por cláusulas predispuestas por la empresa- es que resulta necesario que sea la norma la que establezca la facultad, ya que, como entre el cliente y la empresa no hay una negociación respecto al contenido de las cláusulas, es poco probable que voluntariamente el proveedor incluya entre las cláusulas que predispone aquella que lo desfavorecería. De esta manera, el presupuesto que el artículo 1077 requiere, es decir, que la facultad de rescindir unilateralmente el contrato sea atribuida por la ley, estaría cumplido.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación, dispone reglas que tienen aplicación ante el caso de hacer uso de la facultad de rescindir unilateralmente el contrato, las cuales tendrían también aplicación en el caso concreto. Este artículo es el número 1078 denominado “Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes”.

El artículo 1078 establece en el inciso “a” que el derecho de rescindir se ejerce a través de la comunicación a la otra parte; en el artículo que se incluye en el proyecto se aclara que el planteamiento del usuario puede ser judicial o extrajudicial, siguiendo el razonamiento del comentario al artículo 1078 del Código Civil y Comercial de la Nación realizado por Herrera et al. (2015), en el cual expresaron:

Dado que la norma no lo establece, cabe considerar que la comunicación puede ser judicial o extrajudicial [...] No se exige recaudo formal alguno, pero lo razonable es que se haga por algún medio que pueda ser luego invocado como

prueba en un eventual proceso (carta documento, acta notarial, etc.). De acuerdo a lo que surge del inciso siguiente, también puede acudir directamente a la vía judicial, en la que la notificación del traslado de la demanda operará como comunicación suficiente. Perfeccionada la comunicación, de no mediar oposición de la parte destinataria, la extinción se produce de pleno derecho (inc. f). (p. 475)

El fundamental que el usuario pueda ejercer fácilmente sus derechos, es por ello que resulta favorable que la facultad la pueda hacer efectiva de una u otra forma –judicial o extrajudicialmente-, de acuerdo a sus intereses, y la norma sea la que indique ello, dejando de lado cualquier posibilidad de interpretación contraria al espíritu del cuerpo legal.

4.3. La prueba de la modificación unilateral (ARTÍCULO 3).

“La modificación unilateral puede ser acreditada por cualquier medio de prueba. La misma se tendrá por reconocida tácitamente luego de pasados cinco (5) días de efectuado el reclamo o la interpelación por medio fehaciente del usuario al proveedor, sin haber obtenido respuesta alguna; así mismo, habrá reconocimiento tácito si la contestación es evasiva o no guarda relación con el objeto de la interpelación.”

Se comienza por dar posibilidad al usuario de utilizar todos los elementos que estén a su alcance para probar la existencia de la modificación unilateral realizada por la empresa de telefonía celular; de esta manera puede esgrimir desde un SMS que haya sido recibido, una comunicación directa con algún miembro de la empresa (ej: empleado del servicio de atención al cliente), hasta la factura que refleje el aumento de precio, etcétera.

A su vez la norma proyectada pretende alcanzar aquellos casos en los que la empresa intenta desligarse de la problemática que plantea el usuario; para ello, la herramienta es la configuración de un reconocimiento tácito respecto de la modificación unilateral.

A este reconocimiento tácito se puede llegar a través de la comunicación que realice el usuario a la empresa, sea a través de un reclamo (ej: reclamo telefónico en el cual el cliente plantea su inconveniente y recibe una serie de dígitos con los cuales quedan registrado el reclamo que realiza) o a través de interpelación fehaciente (ej: carta

documento, telegrama, u otro) que cumpla con un efectivo anoticiamiento por parte del proveedor y el usuario pueda probar la realización de lo mismo.

Así mismo, tomando en consideración que la empresa podría llegar a manifestarse evasivamente, de manera extraña al objeto de la pretensión o directamente no expresar respuesta alguna es que la norma considera éstas conductas como generadoras de un reconocimiento tácito. En conclusión, a la empresa no le quedará más que acreditar la inexistencia de la modificación que se alega.

4.4. Cláusula abusiva (ARTÍCULO 4).

“Toda cláusula incluida en el contrato que contraríe la normativa del presente capítulo se tendrá por no escrita.”

Sin examinar profundamente la problemática de las cláusulas abusivas en estos tipos de contratos corresponde precisar que a través de este artículo se plasma la misma estrategia sostenida por el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240) que es dejar sin efecto este tipo de cláusulas. Se establece que será abusiva la cláusula que de alguna manera contraríe el capítulo, dejando abierta la posibilidad de incluir bajo la presente normativa cualquier supuesto de cláusula leonina sin, como ya se menciona anteriormente, limitar la aplicación a casos concretos.

4.5. Sanción punitiva (ARTÍCULO 5).

“Corresponde aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que altere unilateralmente el contenido del contrato en los términos establecidos en el presente capítulo, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. A los fines de la determinar el monto de la sanción se tendrá en consideración la gravedad de la falta, los antecedentes del prestador con relación al cliente, antecedentes en general, reincidencias, el reconocimiento de la infracción y su reparación.

La multa civil es a favor del usuario afectado y puede ser solicitada por él, por el Ministerio Público Fiscal o ser impuesta de oficio por parte del juez.

Se aplican subsidiariamente las normas del Título I, Capítulo XIII de la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 o las que posteriormente las reemplacen.”

En miras de lograr que la sanción punitiva sea operatoria en los casos de modificación unilateral de contratos es que se plasma, a través de este artículo, el deber en cuanto a su aplicación. La norma es clara y dispone que “corresponde aplicar...” sin dar posibilidad a una interpretación distinta. La multa civil no está condicionada al leal saber y entender de los magistrados, sino que deben aplicar la misma una vez configurada y acreditada la conducta dañosa.

Siguiendo el razonamiento de la finalidad perseguida por la sanción punitiva, en general, que es principalmente hacer cesar la comisión de conductas dañosas es que se concede la posibilidad de que la misma sea aplicada de oficio. Es decir, en el caso de que no haya requerimiento por parte del usuario afectado, los magistrados podrán hacer aplicación de la sanción pecuniaria y así contribuir a desalentar conductas que generan un rédito a quienes las cometen y que, paralelamente, causan un daño a otro. Cabe que el artículo 52 bis que actualmente rige en la ley de Defensa del Consumidor (Ley Número 24.240) establece que tendrá lugar la aplicación de la multa civil “a instancia del damnificado”.

Se coloca un gran énfasis en los antecedentes y reincidencias por parte del proveedor, de modo que su conducta no será considerada aisladamente, sino que se va a evaluar de acuerdo a las cometidas anteriormente, si es que las hay. Así, aquella empresa que cuente con una reincidencia mayor será sancionada más severamente.

Por último, en ánimos de lograr una correcta aplicación de la sanción pecuniaria se hace una remisión a las normas del Capítulo XIII denominado “De las acciones” en el cual se encuentran las generalidades en torno al instituto del daño punitivo. La finalidad pretendida es agregar a través de este artículo aquello que hoy en día dificulta cumplir con los fines pretendidos, por lo que, no se intenta derogar la norma existente sino lograr una aplicación integral que resulte ser más beneficiosa para el usuario.

Conclusión.

Luego de haber comprendido la relevante incidencia que tienen las modificaciones unilaterales del contrato en el mundo que gira en torno a las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil y sus clientes, es de suma importancia hallar una solución a la problemática.

Se podría pensar que la vulneración de los derechos reposa sobre la idea de que *el fin justifica los medios*, logrando observar que tales medios evolucionan constantemente y en correlación, trasgreden cada vez, mayor cantidad de derechos. El fin pretendido es la obtención de ganancias, el medio la trasgresión; no puede negarse el rédito económico obtenido por las empresas de telefonía celular si se piensa en la gran cantidad de personas que son clientes de las mismas. Tal vez un acto asilado no representa más que un “pequeño daño”, pero, valorado íntegramente, con cada una de las personas que lo sufren puede llegarse a la conclusión de que estamos ante un beneficio económico considerable para los prestadores del servicio. La modificación unilateral de las condiciones generales del contrato implica, de una u otra forma y entre otros aspectos, que el cliente deba pagar una suma mayor a la que se obligó originariamente. Por ejemplo, sea por directamente un cambio de plan que tiene otro valor, sea por el recorte en los alcances del mismo que conlleva a que el cliente se vea obligado a optar por otro plan que satisfaga sus necesidades, o mayores beneficios que implican un mayor costo sin que el usuario tome conocimiento de ello, etcétera, son todos casos concretos que desembocan siempre en una ganancia para la empresa.

A lo largo de este desarrollo se logra confirmar la hipótesis planteada: desde el punto de vista de la causa en la que se origina la ganancia, la forma a través de la cual es perpetrada la violación, el escenario propicio en el que se haya la empresa, la postura del usuario frente a la trasgresión y el resultado obtenido, en definitiva, se logra observar como es simple obtener a través de cada cliente una ganancia superior a la que debería ser.

El usuario no cuenta, actualmente, con una norma vigente que haya podido palear las modificaciones unilaterales del contrato de telefonía móvil; sea por las exigencias de su procedencia o las limitaciones en su aplicación, el reclamo muchas veces ni si quiera se sustancia, y si así fuera, la norma no alcanza para eliminar las conductas violatorias de derecho. Con una norma de práctica aplicación, que conceda amplias posibilidades al

usuario, se lograría atacar de una manera distinta y más beneficiosa las prácticas comerciales contrarias a la ley.

Las problemáticas que existen en el ordenamiento jurídico no se limitan exclusivamente a las modificaciones unilaterales, existen otras también, pero para poder dar lugar a sus soluciones, la norma no debe mantenerse estanca, sino por el contrario, debe perfeccionarse constantemente y avanzar en correlación con la realidad. En este caso, se propone una norma de simple comprensión y que condese las posibilidades necesarias no solo para que los usuarios encuentren una tutela efectiva, sino también atacar las prácticas comerciales contrarias a la ley e intentar eliminarlas del plano de la realidad.

Referencias.

1. Bibliografía.

- 1) Ossorio, M. (2012). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- 2) Rusconi, D.; Bru, J. M.; D'Argenio, I. A. y Japaze, M. B. (2015). *Manual de Derecho del Consumidor*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- 3) Lorenzetti, R. L. (1999). *Tratado de los contratos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- 4) Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores. Segunda Edición Actualizada*. Santa Fe, Argentina: Culzoni Editores.
- 5) Wajntraub, J. H. (2017). *Régimen jurídico del consumidor. 1º Ed. Revisada*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- 6) Lorenzetti, R. L. (2003). *Consumidores*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni.
- 7) Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad por Daños - Tº I – Parte General*. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- 8) Farina, J. M. (2008). *Defensa del consumidor y del usuario*. Astrea.
- 9) Pizarro, R. D. (1993). *Derecho de Daños*. Buenos Aires, Argentina: La Rocca.
- 10) Stiglitz, G. A.; Blanco Muiño, F.; D'Archivio, M. E. y otros. *Anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor*. Recuperado de: ftp://ftp2.errepar.com/Errepar/PDF/Anteproyecto_Ley_Defensa_Consumidor.pdf
- 11) Lorenzetti, R. L.; Highton, E. y Kemelmajer, A. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>
- 12) Stiglitz, R. S. y Pizarro, R. D. (2009). *Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*.
- 13) Herrera, M; Caramelo, G y Picasso, S. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III*. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC TOMO 3 FINAL completo_digital.pdf

2. Legislación.

1) Ley N° 24.240. Ley de Defensa del Consumidor. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 15 de octubre de 1993.

2) Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 8 de octubre de 2014.

3) Resolución N° 733, 2017. Anexo I - Reglamento de Clientes de Servicio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 04 de enero de 2018.

4) Ley N° 24430. Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 10 de enero de 1995.

5) Ley Número 27.078. Ley Argentina Digital. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 19 de diciembre de 2014.

6) Ley Número 27.250. Modificación. Ley N° 24.240. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 14 de junio de 2016.

7) Ley Número 26.361. Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 03 de abril de 2008.

8) Resolución N° 10059. Anexo III – Derechos y Obligaciones de los Clientes del Servicio Básico Telefónico. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 10 de mayo de 1999.

3. Otros.

1) Luciano Minetti Kern. [Campus Virtual PJRN]. (2016, septiembre 21). La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial [Archivo de video]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=2r3O_-q_b5o

2) Instituto Nacional de Estadísticas y Censos - Argentina. (2018). Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH. Cuarto trimestre de 2017. Recuperado de: https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=26&id_tema_3=71

3) Secretaría de Comercio Interior y Servicio de la Provincia de Santa Fe (2017). Defensa del Consumidor. APLICACIÓN DE LA LEY N° 24.240. Recuperado de: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/view/full/219322>

4) Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2016). NACIONES UNIDAS - DIRECTRICES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. Recuperado de: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

5) Ram, Carim c/Amx Argentina SA s/Sumarísimo, Juzgado Civil y Comercial de Salta, 11 de mayo de 2018. Recuperado de: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=4f8983a3407f8f9e9e150125d68e70bb&hash_t=1b250ea9103dad2bb1d4344f7b050f99

6) Sentencia N° 19, Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA - Ordinario - Cobro de Pesos - Recurso de Apelación, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Sexta Nominación de Córdoba, expte n.º 2308812/36.