

LA PUBLICIDAD NO DESEADA VÍA TELEFÓNICA COMO PRÁCTICA ABUSIVA

Carlos E. TAMBUSSI*

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante, el “Código”) contempla las prácticas abusivas en el artículo 1096. Éstas no están caracterizadas en la

* Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA – Argentina). Ejerció libremente la profesión de abogado. Auditor Legal de la Administración de Parques Nacionales (2007-2010). Procurador Adjunto de Asuntos Patrimoniales y Fiscales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010-2012). Secretario del Juzgado N° 18, Secretaría 35 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (2013-actualidad). Profesor Adjunto Regular de la Facultad de Derecho (UBA - Argentina). Asignatura: Derechos Humanos y Garantías. Profesor a cargo de curso “Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios” del Ciclo Profesional Orientado en la Facultad de Derecho (UBA - Argentina). Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre Derechos de Consumidores y Usuarios. Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA – Argentina). Autor de los libros *El consumo como derecho humano*, (Editorial Universidad, 2009), *Juicios y Procesos de Consumidores y Usuarios* (Ed. Hammurabi, 2014), *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos de Consumo* (Ed. Hammurabi 2015), *Práctica y Estrategia. Derechos del Consumidor* (La Ley, 2015), *Ley de Defensa del Consumidor comentada, anotada y concordada* (Hammurabi, 2017), coautor de *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y Concordado* (título III, arts. 1092 a 1122, t. 1, pp. 626-45) (Ed. Hammurabi. 2014), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y Concordado*, tomo 3, parte A, punto 3, pp. 45-97 (Ed. Hammurabi. 2015), *Manual de Derecho Comercial*, cap. 22, pp. 573-90 (La Ley, 2016), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, vol. 5, pp. 733-66 (Hammurabi, 2016), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, capítulo 15, pp. 891-1112 (La Ley, 2016), entre otros, además de numerosos artículos en revistas de la especialidad nacionales y extranjeras. Correo electrónico de contacto: cetambu@uolsinectis.com.ar.

normativa, no hay un concepto o definición; por lo que entendemos que se trata de una voz comprensiva de toda manifestación de la profesión mercantil, cualquier hecho generado por los proveedores vinculado a su actividad y que pueda afectar a un sujeto expuesto, que tendrá la posibilidad de reclamar por el respeto a sus derechos.

La Sección 1 del Capítulo 2 del Título III “Contratos de consumo” del Código se denomina “Prácticas abusivas” y el artículo habla de prácticas comerciales, término que en el Código sólo vuelve a utilizar en el Libro VI (Disposiciones comunes a los derechos personales y reales), Título IV (Disposiciones de derecho internacional privado), Capítulo 3 (Parte Especial), Sección 11ª (Contratos), artículo 2651, el cual establece en su parte pertinente:

[a]utonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: [...] d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.

Por tanto, y aunque no exista definición conceptual, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia venían extendiendo la aplicación del concepto de cláusula abusiva a aquellas prácticas comerciales que importan una desventaja comparativa para el consumidor; ya sea porque se vea afectada su capacidad de discernimiento para ejercer la elección del producto o servicio a adquirir, o que por las particularidades a través de las cuales el proveedor oferta sus productos o servicios, los consumidores resulten alcanzados por prácticas vejatorias, intimidatorias y/o discriminatorias de todo tipo; que son, muchas veces, verificables en la práctica cotidiana. Se trata, en suma, de prácticas de comercialización que vulneran el derecho del consumidor a un trato equitativo y digno, afectan la libertad de elección, transgreden el principio de buena fe o importan abuso del derecho. Señala la doctrina que no se reducen a “prácticas de comercialización” sino todas las “prácticas empresariales” y que al ser implementadas “tratan de obtener una maximización de la tasa de beneficio o ganancia sin causa, vulnerando así la equidad

económica" (WEINGARTEN y GHERSI, 2010: 1). También han sido definidas como "las que enferman al mercado" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2015: 237).

Este concepto se vincula con el de cláusulas abusivas pero la configuración de una práctica de estas características no se vincula con la contratación necesariamente. Así se ha dicho que "la lesión al interés de consumidor puede surgir no sólo de una cláusula contractual, sino también de un modo de aplicación de ésta o de conductas no descriptas en el contrato pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas, siendo que las partes deben dar un caudal de información tal que el contratante pueda obtener los fines esperados con la ejecución del contrato".¹ Por su parte, dentro del mismo capítulo, se consagra en el Código Civil y Comercial el trato equitativo y digno, ya incluido en el artículo 8 *bis* del estatuto especial o Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.

En el código unificado se incorpora el concepto de dignidad conforme los tratados internacionales de derechos humanos,² comprensivo de los que tienen jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en otra clara muestra de la condición del derecho del consumo como perteneciente a esa categoría. Guarda relación y correspondencia con lo establecido en el artículo 1 del Código,³ respecto a la normativa aplicable para la solución de controversias, y con la letra del artículo 2,⁴ que

1 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael *in re* "Ortiz Ramona y Humberto J. Rodríguez c. Cerro Nevado Aut. S.A. y Surcred S.A.", sentencia del 30.07.2009, en *La Ley Online*, AR/JUR/28002/2009.

2 Artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 1 y 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, y artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

3 Artículo 1.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

4 Artículo 2.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

establece que los tratados de derechos humanos son pauta insoslayable para la interpretación de la ley.

En particular, "dignidad" se entiende como "cualidad de digno", del latino *dignus*, que se traduce por "valioso". La dignidad es un atributo exclusivo del ser humano como valor intrínseco y supremo que tiene cada persona independientemente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o forma de pensar. Es el fundamento de todos los demás valores y, en definitiva, de todos los derechos individuales. Es lo que liga al individuo a la familia humana (DE LORENZO, 2011: 1258) y es un principio material de interpretación de los derechos fundamentales, destinado, también, a servir de reacción frente a los abusos del mercado.

La expresión supralegal de trato equitativo y digno se hace operativa a través de la obligación impuesta, a los proveedores, de garantizarlo a los consumidores y usuarios, mediante la abstención de conductas que los coloquen en situaciones vejatorias, vergonzantes o intimidatorias.

El cumplimiento de estas conductas debe verificarse, en el caso concreto, encontrándose todo proveedor obligado a su observancia, el estado a velar por su cumplimiento (y a respetarlo cuando actúe como proveedor), y se extiende a los aspectos anteriores, concomitantes y posteriores a la realización del acto de consumo. Es decir todos los aspectos fácticos de todas y cada una de las etapas del "iter" de la relación de consumo, comprendiendo tanto el trato durante ese decurso, como los supuestos donde no hay contacto directo (publicidad, ofertas, y otros). La obligación tiene varios frentes, ya que se impone tanto en cabeza del proveedor el respeto a los valores señalados, y al estado el deber de garantizar su observancia. Incluimos desde luego su afirmación como derecho del consumidor y por ende a su exigibilidad.

Si bien el papel del consumidor frente a las empresas ha evolucionado con el paso de los años, también se ha perfeccionado el marketing salvaje y fundamentalismo de las ventas a cualquier costo o mejor dicho a cualquier procedimiento, que puede ir desde el acoso hasta la utilización de la confusión permanente del cliente paradójicamente como constructora de la decisión de consumir (de contratar la adquisición de un bien o la

prestación de un servicio).⁵ En otros casos pueden provenir, como en este negocio, de la interpretación de los alcances de la cobertura respecto a los servicios incluidos entre los contratados.

La prohibición de las prácticas abusivas comporta, entonces, un conjunto de mediaciones, actitudes y prácticas que, en la relación de consumo, debe tomar el proveedor para que ésta se encuentre libre de humillaciones, frustraciones o exclusiones injustificadas para el consumidor. El trato digno para la ley deja de depender de la amabilidad, cortesía o de la política comercial del prestatario, y pasa a ser una práctica de reconocimiento exigible para el consumidor y obligatoria para el prestador. El contenido concreto del ámbito protegido no es taxativo y alcanza distintas dimensiones asociadas al trato humano, la libertad en la relación de consumo, la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (arts. 8 y 10 del Código Civil y Comercial).

II. La publicidad no deseada vía telefónica. Normativa y reglamentación

Las técnicas de comercialización telefónica son creadas e implementadas con el objetivo de generar en el consumidor la contratación de un servicio o la compra de un bien, responden a la estrategia de "captación de clientes" y constituyen una dudosa forma de satisfacer el derecho a la información, previsto legal y constitucionalmente, ya que se realiza en un ámbito que para el consumidor es poco reflexivo y escasamente favorable para un correcto discernimiento y comprensión de las características, alcances y costos de lo que se está contratando. Es, además, una irregular metodología publicitaria.

Desde 2009, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, rige la Ley N° 2014,⁶ y en las postrimerías del mes de julio del 2014, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Creación del Registro Nacional "No llame" N° 26.951, promulgada por Decreto N° 1233/14 el día treinta de ese mes y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el cinco de agosto. Su reglamentación finalmente llega por el Decreto Reglamentario N° 2501/14, publicado el 17 de diciembre del mismo año, aunque el artículo 13 estableció que la norma

⁵ Véase nuestra opinión en TAMBUSSI, C., ARALDI, L y BAIGORRIA, M. (2014) "La responsabilidad social empresaria y los derechos del consumidor", diario *La Ley* del 6 y 7 de enero de 2014. Cita On Line: AR/DOC/3999/2013.

⁶ Reformada por Leyes Nros. 3175 (BOCBA N° 3276 del 09.10.2009) y 4208 (BOCBA N° 3969 del 08.08.2012).

debía ser reglamentada dentro de los noventa días a partir de su promulgación, plazo que venció el 30 de octubre de ese año.

En ese registro pueden optar por inscribirse las personas físicas o jurídicas titulares o usuarias de los servicios alcanzados “que manifiesten su voluntad de no ser contactadas por quien publicitare, ofertare, vendiere o regalare bienes o servicios”, haciendo la salvedad del artículo 27 de la Ley de Datos Personales N° 25.326.

Por su parte, la ley local prevé la posibilidad de inscripción vía internet, por teléfono (en la línea 147) o personalmente en los Centros de Gestión y Participación Comunal (CGPC). Sus principales diferencias son: (a) la referencia a la práctica del telemarketing y el uso de datos personales en ella (arts. 2 y 3) y la mención genérica a los usuarios de servicios telefónicos, sin mencionar la telefonía celular,⁷ deficiencia muy significativa por cierto; (b) una curiosa vigencia de la inscripción en el registro por dos años, pero renovable automáticamente salvo manifestación en contrario del registrado (art. 6) y algo sobre lo que luego volveremos: la autoridad de aplicación es la de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 9), el régimen sancionatorio aplicable es el de las Leyes Nros. 22.802 y 24.240; (c) la aplicación de un procedimiento administrativo ya existente (Ley CABA N° 757) y el periodo de consulta de bajas e inscripciones se reduce a quince días (art. 11). Fue reglamentada muy débilmente por el Decreto CABA N° 932/09 (BOCBA N° 3288 del 28.10.2009).

El objeto de la ley nacional es proteger a los titulares o usuarios de telefonía en cualquiera de sus modalidades (telefonía básica, móvil, radiocomunicaciones móviles, IP de voz y cualquier otro que la tecnología proporcione en el futuro —conforme su artículo 4—), de los abusos del procedimiento de contacto, publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados (art. 1). El artículo 1 se reglamenta estableciendo el principio rector basado en el requerimiento del interesado y el artículo 4, mas allá de la enumeración de la ley, faculta a la Autoridad de Aplicación (Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, conforme el art. 9 de la ley) a incorporar dentro de la nómina a cualquier otro servicio que la tecnología ofrezca en el futuro, previa intervención de la

7 Grave deficiencia, dado que esta modalidad de telefonía comprende tanto las llamadas de voz, como los mensajes de texto o SMS.

Secretaría de Comunicaciones, lo cual desdibuja el rol que le adjudicara la norma.

No obstante, la reglamentación faculta a la Autoridad de Aplicación a dictar el procedimiento tanto para la inscripción como para la baja en el registro (reglamentación de los arts. 5 y 6). ¿De qué manera? Mediante la creación del Registro Nacional "No Llame", en el ámbito de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, autoridad de aplicación de la Ley (art. 9), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En dicho registro pueden optar por inscribirse las personas físicas o jurídicas titulares o usuarias de los servicios alcanzados "que manifiesten su voluntad de no ser contactadas por quien publicitare, ofertare, vendiere o regalare bienes o servicios", haciendo la salvedad del artículo 27 de la Ley de Datos Personales N° 25.326.⁸

La norma establece la gratuidad y la simplicidad del procedimiento de registro, con la sola exigencia de acreditar identidad del usuario y del número telefónico, sin dar más precisiones (que se entienden remitidas a la reglamentación), estableciendo el mismo principio para la baja, que ha de tener inmediatos efectos (art. 6).

La inscripción impone a quienes usen las modalidades de telefonía como medio de contacto para ofrecer, vender o regalar bienes o servicios el deber de no dirigirse a los usuarios inscriptos y consultar las inscripciones y bajas con una periodicidad de treinta días (art. 7, segundo párrafo). Quienes hagan esa tarea son considerados usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos en términos de la Ley N° 25.326 (primer párrafo) y pueden ser denunciados por los usuarios del servicio de telefonía ante la autoridad de aplicación (art. 10), generándose actuaciones administrativas que pueden derivar, de verificarse infracción, en la aplicación de las sanciones de la Ley de Datos

⁸ Ley N° 25.326: Artículo 27. — (Archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad). // 1. En la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios; o permitan establecer hábitos de consumo, cuando éstos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento. // 2. En los supuestos contemplados en el presente artículo, el titular de los datos podrá ejercer el derecho de acceso sin cargo alguno. // 3. El titular podrá en cualquier momento solicitar el retiro o bloqueo de su nombre de los bancos de datos a los que se refiere el presente artículo.

Personales.⁹ Están exceptuadas: (a) las campañas de bien público, (b) las llamadas de emergencia conducentes al resguardo de la salud y seguridad de la población, (c) las campañas electorales, (d) las llamadas de quienes tienen un vínculo contractual vigente, siempre que se refieran al objeto estricto del vínculo y sean realizadas en forma y horarios razonables¹⁰ conforme lo establezca la reglamentación, y (e) las llamadas que los inscriptos hayan permitido expresamente.

Por último, el artículo 13 impone al Poder Ejecutivo Nacional la implementación de una campaña de difusión de la ley y del registro, y establece que la norma debe ser reglamentada dentro de los noventa días, habiendo sido dictada la Resolución N° 67/14 de la entonces Secretaría de Comunicaciones, que asigna a la autoridad de aplicación el número “146” para la atención de comunicaciones relacionadas con su labor institucional del Registro Nacional “No Llame”.

Es interesante la reglamentación del artículo 7, que establece que están obligados a cumplir con la ley los que publiciten usando los medios mencionados en el artículo 4 de la ley, actuando por cuenta propia o de terceros, sin perjuicio de la responsabilidad del contratante de la campaña o el beneficiario directo de ésta, a los que se les aplican las previsiones del artículo 11 inciso 4 de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

Esa previsión se conjuga con el segundo párrafo de la reglamentación de ese artículo, que prevé el caso de contratación de empresas del exterior para publicidad desde el extranjero, éstas quedan compelidas a adoptar las medidas apropiadas para que la empresa foránea se ajuste a la normativa y deben estar inscriptas para actuar en el país en el Registro Nacional de Bases de Datos, consultar el Registro “No llame”, respetar el

9 Ley N° 25.326: Artículo 31. — (Sanciones administrativas). // 1. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan en los casos de responsables o usuarios de bancos de datos públicos; de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de la presente ley, y de las sanciones penales que correspondan, el organismo de control podrá aplicar las sanciones de apercibimiento, suspensión, multa de mil pesos (\$ 1.000.-) a cien mil pesos (\$ 100.000), clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos. // 2. La reglamentación determinará las condiciones y procedimientos para la aplicación de las sanciones previstas, las que deberán graduarse en relación a la gravedad y extensión de la violación y de los perjuicios derivados de la infracción, garantizando el principio del debido proceso.

10 El Decreto Reglamentario N° 559/13 del “No llamar” bonaerense, sólo permite llamadas en días hábiles de 10.00 a 12.00 y de 16.00 a 19.00 horas (art. 8°).

derecho al bloqueo individual y llevar el registro de los titulares de datos inscriptos, cuya actualización mensual se prevé en la reglamentación, siendo obligatoria la consulta de la última realizada. Se intenta así, atento el alcance nacional de la norma (conforme su art. 12), superar las dificultades de las precursoras leyes locales que eran fácilmente eludidas instalando los centros emisores de llamadas o "call center" fuera de la jurisdicción prohibitiva.

Estando exceptuadas del régimen de la ley las campañas de bien publico (conforme artículo 8, inciso a), la reglamentación determina que dicha excepción pierde aplicación cuando bajo la modalidad de una campaña de ese tenor se publiciten, oferten, vendan o regalen bienes o servicios en forma indirecta, en lo que entendemos una sana aclaración. Es, además, de buen enfoque que la excepción del inciso c), referida a las llamadas permitidas por el usuario de los servicios, deban serlo mediante un consentimiento libre, expreso e informado, plasmado por escrito o medio similar, y en caso de ser de origen contractual, consignarse por instrumento separado la aceptación. Se apunta en la formulación de la exigencia a eliminar toda estrategia que tienda a establecer formas de consentimiento presunto, o de diluir en el contenido de frondosos contratos la aceptación del consumidor y que obligaba a realizar planteos para considerar abusivas, por ejemplo, las cláusulas de muchos contratos de telefonía celular, perdidas entre las predisuestas, que facultan a las compañías a facilitar los números de teléfono para mensajes de marketing y acciones promocionales, aplicando el artículo 11 de la Ley de Datos Personales (relativo a la cesión de datos), sobre las cuales nunca se tiene demasiada conciencia de prestar consentimiento.

Las previsiones reglamentarias respecto del artículo 10 son razonables exigencias de datos que deben contener las denuncias que se presenten a la autoridad de aplicación, generándose actuaciones administrativas que pueden derivar, de verificarse infracción, en la aplicación de las sanciones de la Ley de Datos Personales.

Por último, y en lo pertinente al procedimiento de denuncias, se determina que será base de su tramitación lo previsto para las comprendidas dentro de la Ley N° 25.326 siendo lo mas importante, a los efectos de la implementación efectiva en materia probatoria de las denuncias, que la reglamentación haya determinado que: (a) los sujetos obligados a cumplir con la ley conforme al artículo 7 están obligados a realizar los llamados desde un numero visible por identificador y a proporcionar registro de llamadas salientes en el marco del procedimiento, y (b) la Autoridad de Aplicación tendrá en cuenta

los elementos de hecho aportados por el denunciante, quedando a cargo del denunciado acreditar que ha cumplido con las previsiones de la norma creadora del registro y de la reglamentación.

De esta manera se precisan por vía reglamentaria aspectos adecuados de regulación de publicidad no deseada, que responde a la estrategia empresarial de “captación de clientes” y constituye una dudosa forma de satisfacer el derecho a la información del consumidor, previsto legal y constitucionalmente, ya que se realiza en un ámbito poco reflexivo y escasamente favorable para un correcto discernimiento y comprensión de las características, alcances y costos de lo que se está contratando. Es además, una irregular metodología publicitaria.

Por Disposición N° 3/15 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, se regula la inscripción y baja del Registro “No llame”, creado por la Ley N° 26.951 y reglamentado por el Decreto Reglamentario N° 2501/14, que encomienda dicha tarea al órgano mencionado, que es la Autoridad de Aplicación de la ley.

Las pautas aportadas por el legislador y el poder reglamentario refieren a los principios de gratuidad y sencillez (arts. 5 y 6, Ley N° 26.951) como rectores del sistema.

En cuanto a la inscripción y baja, previstas en el Anexo I de la norma, el interesado puede utilizar dos mecanismos. El primero, llamar (necesariamente desde la línea que desea inscribir o dar de baja) a la 146, canal creado por Resolución N° 67/14 de la entonces Secretaría de Comunicaciones para la atención de trámites relacionados con el Registro “No llame”, donde será guiado por un sistema automático para completar la diligencia. La necesidad de usar la línea involucrada en la gestión se exige a fin de verificar la procedencia de la llamada. Arroja algunas dudas al respecto que de esta manera se cumpla la exigencia legal del artículo 6 que establece la necesaria “verificación de la identidad del titular o usuario autorizado” y del número telefónico.

La otra vía para ambas gestiones es la web, a través del ingreso en un sitio que será habilitado por la autoridad de aplicación y que para este supuesto prevé la generación automática de una llamada al número telefónico en cuestión, donde un sistema automático “permitirá completar el trámite iniciado”, con lo cual Internet es sólo un punto de partida para entrar al sistema, mereciendo entonces esta manera de acceder la misma observación que formulamos en el párrafo anterior. La llamada se hará dos veces y de no

ser atendida, deberá reiniciarse el trámite.

En ambos casos, un aspecto vacante de la implementación es la necesidad que quede o se emita constancia para el usuario de cualquiera de los dos cometidos, más allá que pueda controlarse o verificarse su figuración o eliminación del registro. Máxime teniendo en cuenta que la baja tiene por disposición legal efectos inmediatos (art. 6 in fine de la ley).

A los efectos que los publicitarios puedan cumplir con la prohibición legal de no dirigirse a los números de teléfono inscriptos (art. 7, párrafo segundo, de la ley), y conozcan la nómina correspondiente, el Anexo II de la disposición referida regula el procedimiento para que puedan acceder a la última versión de la lista actualizada cada treinta días conforme lo prevé la misma norma, artículo y párrafo citados. A tales fines, deben habilitarse con usuario y contraseña en el sistema, que deben coincidir con los que ya cuentan al inscribirse en el Registro Nacional de Bases de Datos, exigido según el artículo 7 de la Reglamentación de la Ley N° 26.951 para poder realizar este tipo de acciones publicitarias. Pueden optar por consignar nombres de usuarios alternativos, habilitarlos en el sistema y seguir el procedimiento para descarga de un formulario que debe ser llevado personalmente o por correo a la autoridad de aplicación, conjuntamente con el comprobante de pago de un arancel (no rige la gratuidad para los publicitarios), y acreditando la personería invocada.

Resulta peculiar la exigencia de firma certificada (notarial o bancaria) para el formulario, conjuntamente con la permisión de la presentación de copias simples de la documentación a presentar para acreditar personería.

En este caso, la culminación satisfactoria del trámite no precisa la emisión de constancias, ya que quedaría perfeccionada con la habilitación de el/los usuarios solicitados. Culmina entonces, el Anexo II, con las indicaciones técnicas para acceder al listado actualizado, reiterándose la obligatoriedad legal de su consulta cada treinta días y con anterioridad a efectuar las comunicaciones. El sistema prevé, a su vez, que de cada descarga de listado al día quede constancia de la fecha en el sistema, estableciéndose la obligatoriedad de su conservación por el usuario.

III. Conclusiones

Sin duda, la publicidad es un factor que puede contribuir en gran medida a la acentuación del desequilibrio proveedor-consumidor. La publicidad comercial es el recurso del que se valen las empresas para colocar sus productos y servicios. Y el signo de los tiempos es que la información no es precisamente el denominador común de la actividad publicitaria en el presente. Tal como viene siendo desarrollada, muchas veces la publicidad presiona sobre el consumidor y afecta su capacidad crítica.

Ello así, en cuanto a que el bombardeo publicitario induce y cataliza el negocio consumista, configurando un verdadero "ataque", con influencias tanto sobre los consumidores a quienes se dirige, como sobre los demás agentes del mercado, que pueden ser competidores con el anunciante (MUGUILLO, 2007: 749).

La publicidad abrevia en las fuentes del "marketing", entendido como el conjunto de actividades y operaciones que transcurren desde la creación de un producto o servicio hasta su destrucción o término de vida útil en manos del consumidor final. Es un complejo análisis del mercado, del producto o servicio en sí, su sistema de distribución, la información y la publicidad. El marketing se introduce en la psiquis de los consumidores para captar su voluntad, utilizando técnicas de publicidad muchas veces engañosas o inductivas, por ejemplo ofreciendo créditos para acceder al consumo de productos sobre los que no se tiene conciencia de su necesidad, creándose la confusión entre deseos y necesidades, generando la inducción cultural al consumo en busca de status o pertenencias, no necesariamente correlativas a necesidades reales que satisfacer.

Son principios de la publicidad: (a) la libertad (en el marco de la libertad del mercado y de las regulaciones que ordenan su desenvolvimiento); (b) la identificación (que el destinatario tome conciencia que se trata de publicidad comercial, con fin de vender, como contracara del anuncio clandestino y subliminal); (c) la veracidad o exacta correspondencia entre el contenido del mensaje y las características del producto o servicio; (d) la lealtad: orientada a la relación con otros empresarios; y (e) el orden público: ya que el interés general está comprometido en el fenómeno regulado, descartando la publicidad abusiva discriminatoria o desconocedora de derechos. En tal carácter, debe reputarse ilícita toda publicidad o mecanismo de venta que vulnere la dignidad de la persona o atente contra valores y derechos protegidos por la Constitución Nacional, las leyes, o los tratados internacionales.

Dada esta influencia, las expresiones de los mensajes —adelantamos— deben estar contestes con el principio de buena fe-lealtad, en resguardo de los intereses y derechos en juego, que son la debida satisfacción del derecho a la información del consumidor (visto en este caso como deber del proveedor) y la transparencia o las buenas conductas de mercado (responsabilidad social empresaria).

No nos cabe duda que la intromisión de los llamados, la estrategia salvaje de marketing que describimos, la tentativa de venta impuesta, afecta la intimidad de las personas (art. 19, Constitución Nacional) y el derecho al trato digno, vulnerando la potestad de las personas de decidir cuándo se someten a los mensajes publicitarios y de determinar por quién y a qué fines pueden ser utilizados datos propios, como el número telefónico.

Vemos a este régimen de forma muy distinta, desde que se impone al titular de los datos la tarea de preservarse de los atropellos, en lugar de imponerse la obligación genérica de no emitir publicidad no requerida, y habilitar la registración solamente para quienes quieran recibirla, en una verdadera inversión de los términos de la proposición. Es refractario a los principios protectorios del régimen tuitivo consumidor, y a la vigencia de los derechos constitucionales en juego, que deba ser el posible afectado quien deba registrarse para no serlo. El Estado debe aparecer para poner freno a los abusos del mercado, pero tal objetivo no ha de cumplirse imponiendo cargas al consumidor.

Sin perjuicio de lo anterior, será necesario tener presente la observación realizada respecto al sustento y régimen legal de las sanciones, y a la hora de la reglamentación, clarificar por esa vía las dificultades probatorias que tendrá el denunciante, por ejemplo, considerando prueba suficiente del mensaje infractor los registros de casillas de mensajes, la contratación gratuita de identificador de llamadas entrantes, la obligación de las empresas telefónicas y de celulares de suministrar detalles completos de las llamadas o mensajes de texto recibidas por el afectado, la imposición de la obligación a los telemarketers de transmitir información al registro de llamados y no bloquear para la identificación su número de teléfono —emisor del mensaje no deseado—, la determinación específica del lapso considerado "horario razonable" permitido para los mensajes aceptados, y la obligación de todo aquel que haga promociones de identificarse, indicar el nombre de la empresa y un número de teléfono o dirección que permitan ponerse en contacto con dicha entidad.

Una visión empresaria integradora y social debería concluir en que cumplir con la ley y honrar los derechos protegidos por el régimen tuitivo consumidor es la mejor estrategia para fidelizar su política de comercialización, prestigiar su marca y su servicio, en lugar de una gracia del poderoso que puede o no darse. Entenderemos esto como asumido el día en que esta disciplina sea internalizada en las planificaciones empresarias, en validez, vigencia y acatamiento de las normas, sin temor a nuevos institutos protectorios solo aplicables en caso de incumplimientos, violaciones a la buena fe o trato indigno, que como grupo económico siempre reclaman como motores de la economía y agentes del mercado que se consideran.

La responsabilidad social empresaria es complementaria, forma un conjunto con los derechos de usuarios y consumidores. Su concientización es el primer remedio contra la persistencia de las prácticas abusivas en los señeros ejemplos que desarrollamos en este trabajo.

Referencias

DE LORENZO, M. (2011) "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", en *La Ley* 2011-E, 1258.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015) "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", en STIGLITZ, R. (dir.) *Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos*, febrero 2015. Buenos Aires, La Ley.

MUGUILLO, R. (2007) "Publicidad, consumidores y publicidad correctiva", en *La Ley* 2007-E, 950.

WEINGARTEN, C. y GHERSI, C. (2010) "Principios esenciales en la prestación de servicios masivos" en diario *La Ley* del 06.12.2010, p. 1.