

Regulación de los términos de uso de servicios de video a demanda en Argentina: los casos de Netflix y Max

Fernando Krakowiak*

<https://orcid.org/0000-0002-2932-6296>

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina.

ferkrako@gmail.com

Fecha de finalización: 6 de julio de 2024.

Recibido: 6 de julio de 2024

Aceptado: 12 de septiembre de 2024.

Publicado: 24 de octubre de 2024.

DOI: <https://doi.org/10.26422/aucom.2025.1401.kra>.

Resumen

El artículo analiza la intervención de la Dirección Provincial de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires contra las empresas de video a demanda por *streaming* Netflix y Max por la inclusión de cláusulas abusivas en sus términos de uso. A partir del método de estudio de caso, el trabajo reflexiona sobre las debilidades que evidencia la autorregulación empresaria y la importancia de la regulación estatal. Este organismo oficial perteneciente a una administración subnacional de la Argentina intervino de oficio para analizar los contratos de adhesión e identificó una serie de cláusulas violatorias del derecho del consumidor. Las empresas limitaban su responsabilidad por fallas surgidas en la prestación del servicio, se negaban a ofrecer garantías, rechazaban el otorgamiento de cualquier tipo de reembolso, recortaban las opciones del usuario para darse de baja, se reservaban la posibilidad de cancelar contratos sin causa alguna, conservaban datos del cliente una vez interrumpido el vínculo comercial y



para cuando el conflicto era inevitable lo obligaban a renunciar a cualquier tipo de acción colectiva, imponían acuerdos de arbitraje y fijaban jurisdicción en tribunales extranjeros para dirimir las controversias. A raíz de ello, la autoridad regulatoria provincial imputó a las dos compañías multinacionales entre agosto y octubre de 2022, y logró que modificaran las cláusulas observadas para adaptarlas a la legislación nacional, con vigencia para todo el país.

Palabras clave: Netflix, Max, servicios VOD, regulación, términos de uso, Argentina.

Regulation of the terms of use of video on demand services in Argentina: the cases of Netflix and Max

Abstract

The article analyses the intervention of the Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios of the Province of Buenos Aires against the video-on-demand streaming companies Netflix and Max for including abusive clauses in their terms of use. Using a case study approach, the paper reflects on the weaknesses of corporate self-regulation and the importance of state regulation. This official body, part of a subnational administration in Argentina, intervened *ex officio* to review adhesion contracts and identified several clauses that violated consumer rights. The companies limited their liability for service failures, refused to offer guarantees, denied any form of refund, restricted the user's options to unsubscribe, reserved the right to cancel contracts without cause, retained customer data after the commercial relationship had ended, and, when conflict was inevitable, forced customers to waive any form of collective action, imposed arbitration agreements, and established jurisdiction in foreign courts to resolve disputes. As a result, the provincial regulatory authority charged the two multinational companies between August and October 2022, achieving modifications to the observed clauses to bring them into compliance with national legislation, applicable throughout the country.

Keywords: Netflix, Max, VOD services, regulation, terms of use, Argentina.

Regulamentação dos termos de uso dos serviços de vídeo por demanda na Argentina: os casos Netflix e Max

Resumo

O artigo analisa a intervenção da Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios da Província de Buenos Aires contra as empresas de streaming de vídeo sob demanda Netflix e Max pela inclusão de cláusulas abusivas em seus termos de uso. Com base no método de estudo de caso, o trabalho reflete sobre as fragilidades evidenciadas pela autorregulação empresarial e a importância da regulação estatal. Este órgão oficial, pertencente a uma administração subnacional da Argentina, interveio de ofício para analisar os contratos de adesão e identificou uma série de cláusulas que violavam os direitos do consumidor. As empresas limitaram sua responsabilidade por falhas na prestação do serviço, recusaram-se a oferecer garantias, negaram qualquer tipo de reembolso, restringiram as opções do usuário para cancelar a assinatura, reservaram-se o direito de rescindir contratos sem justa causa, mantiveram os dados dos clientes após o término da relação comercial e, quando o conflito era inevitável, forçaram os consumidores a renunciar a qualquer tipo de ação coletiva, impuseram acordos de arbitragem e estabeleceram jurisdição em tribunais estrangeiros para resolver litígios. Como resultado, a autoridade reguladora provincial autuou as duas multinacionais entre agosto e outubro de 2022, conseguindo que modificassem as cláusulas observadas para adaptá-las à legislação nacional, válida em todo o país.

Palavras-chave: Netflix, Max, serviços VOD, regulamentação, termos de uso, Argentina.

Introducción

Los servicios de video a demanda (VOD) que utilizan la tecnología *streaming* han venido creciendo de manera acelerada durante la última década hasta convertirse en actores predominantes de la industria cultural, tanto en los países centrales como en los periféricos. Ese crecimiento no sólo ha desafiado a las empresas tradicionales que dominaban el

mercado audiovisual, forzándolas a reconvertirse, sino también a los organismos regulatorios con jurisdicción dentro de los límites de los Estados Nación.

Como parte de su proceso de internacionalización, estos nuevos actores que operan a través de internet comenzaron a ofrecer sus servicios en numerosos países de América Latina donde ni siquiera habían llegado inicialmente a constituir una sociedad y abrir una oficina. Ese desembarco expuso en muchos casos las limitaciones para regularlos, porque no están alcanzados por la normativa vigente o por la falta de herramientas para lograr que la cumplan.

A diferencia de lo ocurrido en la Unión Europea, donde la Comisión Europea impulsó en 2016 la revisión de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual para nivelar el terreno de juego en el que actúan empresas tradicionales de radiodifusión, proveedores de servicios audiovisuales bajo demanda y plataformas para compartir videos (García Leiva y Albornoz, 2021), las entidades regionales intergubernamentales de América Latina (Mercosur, Comunidad Andina, SEGIB, ALADI, etc.) no han propiciado un debate ni una posición coordinada sobre cómo regular a estos servicios. Lo que hubo en esta última región fueron diversas iniciativas nacionales para intentar cobrarles impuestos, fijarles obligaciones de inversión y cuotas de catálogo que incluyan obras locales. En materia impositiva se han observado algunos avances concretos, aunque por lo general es el usuario quien termina asumiendo ese costo adicional, mientras que las otras propuestas regulatorias no han alcanzado los consensos suficientes para ser aplicadas (Albornoz y Krakowiak, 2023; Gómez y Muñoz Larroa, 2023; Mastrini y Krakowiak, 2021; De Marchi y Martins Ladeira, 2019; Baladron y Rivero, 2019).

En este contexto, sobresale una iniciativa regulatoria llevada adelante en la Argentina por la Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, “la Dirección Provincial”). En agosto de 2022, ese organismo inició una actuación de oficio para analizar los contratos de adhesión a los servicios que venían prestando las empresas Netflix, Max (hasta febrero de 2024 se llamó HBO Max), Disney Plus y Spotify.

Los contratos de adhesión están redactados de manera unilateral por los proveedores de un determinado servicio y los usuarios, la parte más débil de esa relación comercial, no tienen posibilidades de negociar. En este caso, la autoridad de aplicación revisó si en los términos de uso del servicio figuraban cláusulas abusivas violatorias de la Ley nacional de Defensa del Consumidor 24.240, de sus modificaciones y/o reglamentaciones y de otras normas vinculadas en lo que refiere específicamente al derecho del consumidor, como el Código Civil y Comercial.

Si bien la Dirección Provincial es un organismo dependiente de un gobierno subnacional, la Ley 24.240 es una norma nacional de orden público que rige en todo el país y en su artículo 41 establece que “la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias” (Congreso de la Nación Argentina, 1993).

El organismo basó su accionar en el artículo 37 de esa misma ley donde se establece que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplíen los derechos de la otra parte o contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. A su vez, la autoridad de aplicación tomó en cuenta la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor que en el Anexo 1 explicita qué cláusulas deben ser consideradas abusivas (SCDDC, 2003).

El objetivo de este artículo es dar cuenta de cuáles fueron las cláusulas abusivas identificadas en los contratos, cómo procedió el regulador para tratar de que esas cláusulas fueran modificadas y/o eliminadas y cuál fue la reacción de estas compañías multinacionales frente a la intimación de un organismo oficial perteneciente a una administración subnacional en un país periférico como la Argentina. El análisis se circunscribe a los casos de las compañías de VOD Netflix y Max. Disney Plus fue descartada porque la autoridad de aplicación no detectó ninguna cláusula abusiva en sus términos y condiciones de uso.

El artículo está organizado de la siguiente manera: primero se expone la estrategia metodológica. Segundo, se detalla el marco teórico poniendo el foco en las políticas regulatorias y puntualmente en los contratos de adhesión. En tercer lugar, se analizan las imputaciones formuladas a Netflix y Max por la inclusión de cláusulas abusivas en sus términos de uso. Después se explica cómo fue el proceso que derivó en la intimación de las compañías, cómo reaccionaron y cuál fue la resolución del tema. Finalmente, se reflexiona sobre las fortalezas y debilidades que enfrenta un organismo regulador al momento de hacerle cumplir la legislación nacional a corporaciones multinacionales que operan a través de internet.

Estrategia metodológica

El estudio de caso es el método elegido para llevar adelante esta investigación por considerarlo una estrategia apropiada para analizar políticas públicas y apreciar la complejidad de cualquier proceso administrativo (Yin, 1994). Se caracteriza por tres rasgos esenciales: focaliza sobre una situación particular; posee un alto contenido descriptivo, que incluye citas y transcripciones que lo muestran en detalle; y es heurístico, ya que admite abordar explicaciones en términos de cómo suceden los hechos y por qué, y cuáles son las razones inmediatas y el contexto en el que tienen lugar (Sautu, 2003). En otras palabras, la esencia de un estudio de caso “es que intenta iluminar una decisión o juego de decisiones” (Schramm, 1971, p. 6).

En lo que se refiere a las técnicas de recolección de datos, la estrategia metodológica de la investigación consistió inicialmente en revisar las imputaciones formuladas por la Dirección Provincial a Netflix y Max entre agosto y octubre de 2022 por la inclusión de cláusulas abusivas en sus términos de uso. Para acceder a esas imputaciones, que no habían sido publicadas por ser parte de un procedimiento administrativo que estaba en curso, el 5 de enero de 2024 se realizó una solicitud de información a la Dirección Provincial a través del área de Acceso a la Información Pública del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, la cual fue respondida satisfactoriamente el 16 de enero de 2024. Una vez que se tuvo

acceso a la información, se elaboró una matriz en la que se detallaron las condiciones abusivas detectadas en los términos de uso de ambas empresas.

También se realizaron dos entrevistas semiestructuradas al titular de la Dirección Provincial. La primera entrevista tuvo lugar en la Ciudad de Buenos Aires en diciembre de 2023 para conocer los motivos que habían llevado al organismo regulador a formular las imputaciones de oficio y obtener detalles sobre cómo había sido la negociación con Netflix y Max. En ese momento, Netflix ya había aceptado modificar sus términos para adecuarse a la legislación nacional, mientras que la negociación con Max todavía estaba en curso. La segunda entrevista se realizó en la sede central del organismo, en la Ciudad de La Plata, en mayo de 2024, luego de que Max ya hubiera hecho público en febrero de ese año sus nuevos términos de uso adecuándolos a los requerimientos gubernamentales.

El análisis de las imputaciones y las entrevistas se complementó con la revisión de los términos de uso de ambas empresas, para ver lo que figuraba antes y después de la adecuación, y de la legislación referida al tema, puntualmente la Ley 24.240, sus modificaciones y/o reglamentaciones y el Código Civil y Comercial. Además, se profundizó la búsqueda de bibliografía específica sobre políticas regulatorias y puntualmente contratos de adhesión.

Marco teórico

La regulación de los medios de comunicación se produce en un contexto más amplio de teorías y políticas. Las teorías son los principios sociales, políticos y filosóficos que organizan la relación entre la sociedad y los medios de comunicación; las políticas son las que establecen los objetivos y mecanismos de acción, y las regulaciones refieren a todo el proceso de control y guía, a través de reglas y procedimientos (McQuail, 2010). Se pueden definir tres formas de regulación (Ofcom, 2006):

- i) Regulación directa: un organismo legal está facultado por ley para desarrollar sus propias regulaciones, que mantiene, supervisa y hace cumplir.
- ii) Corregulación: un organismo con autoridad regulatoria legal delega en la industria pertinente la responsabilidad de mantener y aplicar un código de

prácticas que el regulador legal ha aprobado, y continúa supervisando, con poderes para intervenir cuando sea necesario.

- iii) Autorregulación: un grupo de empresas o individuos ejerce control sobre su propia membresía y comportamiento. La membresía es voluntaria y los participantes elaboran sus propias reglas utilizando herramientas como códigos de conducta, así como soluciones y estándares tecnológicos. Los miembros asumen la plena responsabilidad de la supervisión y el cumplimiento sin referencia a una autoridad regulatoria legal.

Los documentos contractuales que se analizan en este trabajo, denominados habitualmente “términos de uso”, “términos de servicio” o “términos y condiciones”, son textos estandarizados que definen los límites de lo que está o no está permitido por parte del prestador, forman parte de la categoría jurídica conocida como contratos de adhesión y son producto generalmente de prácticas de autorregulación.

Los contratos de adhesión

La forma clásica del contrato supone que las personas gozan de plena libertad e igualdad para deliberar, discutir y redactar sus cláusulas. Es el resultado de un acuerdo voluntario entre partes que se encuentran en una situación de equilibrio. Durante el surgimiento del capitalismo, la mayoría de los intercambios se realizaban bajo esta modalidad, pero a medida que la economía evolucionó hacia una distribución más centralizada, de la mano de la industrialización y la mecanización de los procesos productivos, y con la fabricación y comercialización de bienes y servicios en serie, se volvió predominante un contrato de adhesión por el cual una de las partes impone las condiciones, mientras que la otra solo tiene la alternativa de rechazarlas o consentirlas (Goodman, 1999). Shubha Ghosh denomina esta imposición como “autoritarismo contractual” (Ghosh, 2015).

Los defensores de los contratos de adhesión argumentan que resultan esenciales para el funcionamiento de la economía moderna, pues en la era actual de producción masiva de bienes y servicios estandarizados se requiere que las transacciones no se vean obstaculizadas por largas negociaciones sobre los términos en los que se efectúan esos

intercambios, tendencia que se acentúa de la mano del auge del comercio electrónico (Kim, 2014). Además, si bien reconocen que son una forma de autorregulación en la que la igualdad y libertad económicas de oferente y adherente se encuentran desequilibradas al momento de contratar un determinado servicio, autores como Schwartz y Wilde (1983) y Priest (1981) han remarcado que son los mismos consumidores quienes, a través de sus decisiones agregadas, deben presionar a las empresas para que estas quiten las cláusulas abusivas de sus contratos porque la mejor protección contra la explotación no es la regulación estatal o los tribunales sino su propia vigilancia. En esa línea, Priest sostuvo que aquellos oferentes que persisten en la incorporación de cláusulas abusivas y las ejecutan judicialmente obtienen una reputación similar a quienes comercializan productos defectuosos porque los consumidores son capaces de discriminar no solo sobre la base de la calidad de un bien o servicio sino también tomando en consideración las condiciones bajo las cuales es ofrecido (Priest, 1981). Sin embargo, como veremos más adelante la vigilancia del consumidor y su poder de presión se revela bastante acotado.

Hay distintas formas en que los usuarios pueden dar su consentimiento a este tipo de contratos de adhesión:

- i) Consentimiento informado: es una declaración, por lo general escrita, con la que una persona acepta de manera explícita las condiciones que se le imponen. Esa autorización implica que la persona ha recibido y comprende toda la información importante sobre la decisión que va a tomar. Dentro de los contratos de adhesión, supone el estándar más alto de consentimiento: Como señalan Jonathan Obar y Anne Oeldorf-Hirsch, “en su forma más pura, este ideal teórico sugiere que los individuos conocen todos los aspectos de aquello a lo que dan su consentimiento: una forma completa de autogobierno” (Obar y Oeldorf-Hirsch, 2018b, p. 2).
- ii) Adhesión al abrir una envoltura retráctil (*shrink-wrap*): el contrato generalmente se presenta en forma física, por ejemplo, en papel, CD o DVD, dentro del paquete que contiene el producto, y la aceptación de los términos de uso ocurre de modo tácito cuando el usuario abre el paquete sellado. Es un

tipo de acuerdo que adquirió su nombre del plástico en el que venían envueltos los productos de la industria del software (Goodman, 1999).

- iii) Adhesión por navegación (*browse-wrap*): es una forma de aprobación en la que no se otorga reconocimiento directo. Por lo general se cumple cuando el proveedor de un servicio pone a disposición los términos de uso y las políticas de privacidad a través de enlaces ubicados en los márgenes de su sitio web para que el usuario pueda consultarlos, pero no le exige que brinde su aprobación de modo explícito. Kunz et al. (2003) afirman que se considera que un usuario acepta de manera válida y confiable los términos de un acuerdo de navegación si se le proporciona un aviso adecuado de la existencia de los términos propuestos, si tiene una oportunidad significativa de revisarlos, si se le proporciona un aviso adecuado de que al realizar una acción específica se manifiesta su consentimiento a esos términos, y si realiza la acción especificada en ese último aviso. A su vez, Jensen y Potts (2004) remarcan que la advertencia sobre la existencia del material debe ser visible y comprensible para cualquier persona que haga un esfuerzo de buena fe y agregan que a esa persona se le debe ofrecer también una forma para expresar inquietudes y preguntas.
- iv) Adhesión por clickeo (*clickwrap*): es un mensaje digital que facilita los procesos de consentimiento al brindar a los usuarios la oportunidad de aceptar o rechazar rápidamente las políticas de medios digitales, haciendo clic en un botón, marcando una casilla o completando alguna otra acción mediada digitalmente que le permite explicitar si está de acuerdo. Es una opción más cercana al consentimiento informado, aunque hay autores que señalan que esta modalidad en los hechos ayuda a eludir la lectura de las políticas de privacidad y los términos de uso del servicio (Obar y Oeldorf-Hirsch, 2018b).

Los proveedores de entretenimiento audiovisual por *streaming* suelen optar por poner a disposición del usuario los términos de uso de su servicio a través de las modalidades de adhesión por navegación o clickeo. Sin embargo, existe un gran potencial de abuso bajo

este tipo de contratos ya que “como suelen ser largos, difíciles de comprender y están sujetos a cambios constantes, mucha gente los aprueba sin siquiera leer el ‘acuerdo’” (Van Dick et al., 2018, p. 11).

Hay varios estudios que demuestran cómo la política de privacidad y los términos de uso del servicio son sistemáticamente ignorados por la mayoría de los usuarios de diversos sitios (Jensen et al., 2005 y Fiesler et al., 2016). No obstante, esos trabajos se basan en encuestas y no en análisis de comportamiento real. Por lo tanto, puede que incluso sobreestimen la atención que se les presta, pues hay un porcentaje de usuarios que dicen preocuparse por la privacidad y los abusos que pueden llegar a cometer las empresas, pero luego no actúan en consecuencia. Por ello, adquiere particular relevancia una investigación empírica realizada por Obar y Oeldorf-Hirsch (2018a) para saber hasta qué punto las personas ignoran políticas de privacidad y términos de uso del servicio cuando se unen por primera vez a una red social.

El trabajo evaluó el uso de una red ficticia llamada NameDrop por parte de 543 estudiantes de comunicación de una universidad pública del este de Estados Unidos y la percepción posterior sobre sus actitudes habituales. A los participantes se les informó que su universidad estaba contribuyendo a una evaluación previa al lanzamiento del sitio NameDrop y necesitaba que probaran el servicio. Al ingresar al sitio, se les dio la opción de hacer clic en “registrarse” y aceptar así la política de privacidad o apretar en “haga clic aquí para leer la política de privacidad”, la cual debían revisar y aceptar o rechazar para continuar. Luego se les pidió que leyeran los términos de uso.

A su vez, se agregaron dos “cláusulas trampa” para tener más certezas de que el material no había sido leído. La primera de esas cláusulas decía que todos los datos recopilados por el sitio podían compartirse con terceros, incluida la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos (NSA, según la sigla en inglés). La segunda cláusula iba todavía más allá y aseguraba que al aceptar los términos de uso del servicio todos los usuarios de NameDrop se comprometían a cederle su primer hijo a la empresa, acuerdo que sería aplicable hasta 2050 en caso de que el niño aún no hubiese nacido.

Los resultados mostraron que el 74 por ciento de los participantes clickearon la opción de unión rápida, aceptando la política de privacidad sin siquiera tener que acceder a ella. El otro 26 por ciento que leyó la política de privacidad demoró 73,7 segundos en promedio, pese a que, si se toma como referencia la cantidad de palabras, un estudiante universitario debería haber tardado entre 29 y 32 minutos. En el caso de los términos de uso del servicio, el tiempo de lectura promedio fue de 51,1 segundos, pese a que de acuerdo con la cantidad de palabras les debería haber tomado entre 15 y 17 minutos. Apenas 17 personas rechazaron la política de privacidad, un 3,1 por ciento, y 37 hicieron lo propio con los términos de uso, un 6,8 por ciento. Un agravante en este caso fue que los participantes eran estudiantes universitarios de comunicación que reflexionan cotidianamente en clase sobre temas vinculados a la seguridad y privacidad de los datos y los abusos que pueden cometer las compañías.

Este recorrido ha permitido comprobar que efectivamente son muy pocos los usuarios que leen las políticas de privacidad y los términos de uso del servicio que ofrecen las empresas y, aun entre los que lo hacen, el tiempo que se le dedica a esa lectura es muy escaso, casi un repaso en vertical antes de aceptar las condiciones y seguir adelante. Por otra parte, al ser un contrato de adhesión, quienes rechazan expresamente esos términos simplemente quedan marginados del uso del servicio sin que se les ofrezca ninguna solución, lo que puede llegar a explicar por qué la mayoría ni siquiera se molesta en leerlos y sigue adelante. Frente a este escenario, es interesante poner el foco en el accionar de un organismo estatal de defensa del consumidor que decidió revisar los términos de uso del servicio de cuatro operadores audiovisuales de *streaming* para rastrear cláusulas abusivas y, una vez detectadas, tratar de forzar a esas empresas a modificarlas.

Cláusulas abusivas de Netflix y Max

La Dirección Provincial realizó en agosto de 2022 un relevamiento de oficio de los términos de uso de Netflix, Max, Disney y Spotify. “Decidimos intervenir tomando en cuenta las estadísticas de reclamación, pero también porque queríamos analizar de manera preventiva contratos de adhesión de aplicaciones de *streaming*”, señaló Luciano Blanco,

director del área (entrevista, 20/12/2023).¹ Como consecuencia de ese trabajo, el funcionario aclaró que se detectaron cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de Netflix, Max y Spotify, pero no en el caso de Disney. El paso siguiente fue imputar a las empresas en infracción para que procedieran a adecuar, modificar y/o suprimir las cláusulas observadas por violar la Ley 24.240 y sus normas modificatorias y/o complementarias. En este trabajo el análisis se circunscribió a los servicios VOD de Netflix y Max.

Una de las cláusulas abusivas que se detectó en los contratos cuestionados fue la que refería a la “exclusión de garantías y limitaciones a la responsabilidad”. Netflix afirmaba que su servicio se ofrece sin garantía porque “no se declara sin interrupciones ni errores. Usted renuncia a todos los daños especiales, indirectos y consecuentes contra nosotros” (Netflix, 2021, cláusula 6). Algo similar podía leerse en los términos de uso de Max donde aseguraban no ser responsables de “daños indirectos especiales, incidentales, consecuentes, ejemplares o punitivos de ningún tipo, lo que incluye la pérdida de ingresos o la pérdida de datos como resultado del uso de la plataforma” (HBO Max, 2022, cláusula 5.2). A su vez, esta compañía obligaba al usuario a mantenerla indemne y eximirla de responsabilidad “frente a la totalidad de reclamos, pérdidas, gastos, daños y costos de terceros, lo que incluye los honorarios razonables de abogados, que deriven del incumplimiento presunto o real de estos Términos” (HBO Max, 2022, cláusula 5.3).

El regulador sostiene en las imputaciones a ambas empresas que, ante eventuales fallas en la prestación del servicio, el prestador sólo es eximido de su responsabilidad si es capaz de demostrar que “la causa del daño le ha sido ajena”. De lo contrario, el artículo 19 de la Ley 24.240 establece que los proveedores de 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”. A su vez, la autoridad de aplicación agregó que el inciso g) del Anexo 1 de la Resolución

¹ Blanco sostuvo que la investigación abarcó solo a las cuatro empresas mencionadas porque a mediados de 2022 eran las compañías de *streaming* más relevantes en el mercado local. El sitio web de estadística Statista informó en marzo de 2023, con datos del portal de análisis Fixpatrol, que en diciembre de 2022 Netflix dominaba el mercado de servicios de *streaming* en la Argentina con 5 millones de abonados, seguida por Disney Plus y Max con 2 millones cada uno (Chevallier Naranjo, 2023). Si bien es una estimación a nivel nacional, el dato respalda los dichos del funcionario para el segmento de VOD.

53/2003 cataloga como abusivas las cláusulas que “excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado”.

En el caso de Max, pese a que la empresa deslindaba su responsabilidad sobre posibles daños motivados por el uso del servicio, paradójicamente aclaraba: “Cualquier reclamo relacionado con la plataforma o con estos términos debe iniciarse dentro de un año de los eventos que dieron lugar al reclamo” (HBO Max, 2022, cláusula 5.2). Esa limitación temporal también fue objetada por el regulador, pues era un plazo de prescripción menor a los tres años que establece el artículo 50 de la Ley 24.240. A su vez, la ley aclara en ese mismo artículo que “la prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

Otra de las cláusulas abusivas que se detectó en los contratos fue la que obligaba al suscriptor a renunciar a cualquier tipo de acción colectiva en contra de las compañías. Los términos de uso de Netflix establecían: “Usted y Netflix acuerdan que cada uno puede presentar reclamos contra la otra parte sólo en nombre propio, y no como actora o parte de un grupo en una acción colectiva” (Netflix, 2021, cláusula 7). Por su parte, Max aseguraba que solo se podían formular reclamos “a título individual y no como demandante o miembro de una acción de grupo, juicio colectivo o con fiscal general privado” (HBO Max, 2022, cláusula 5.4). A su vez, en el caso de Max se volvía a limitar el ejercicio de los derechos de los consumidores a través de acciones colectivas cuando se imponía el arbitraje para la resolución de controversias, tal como lo explicitaba en la misma cláusula 5.4.

Lo que argumentó en este caso la autoridad de aplicación provincial es que no puede limitarse el ejercicio de los derechos del consumidor y calificó las cláusulas como abusivas, pues en el Anexo 1 de la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia se aclara expresamente que una cláusula es abusiva cuando limita el ejercicio de los derechos del consumidor a través de acciones colectivas (inciso y) o establece acuerdos de arbitraje (inciso o).

Las acciones colectivas son una herramienta clave cuando los usuarios deben reclamar resarcimientos monetarios bajos por fallas generalizadas en un determinado

servicio y, si bien no siempre son admitidas, están contempladas en la Constitución Nacional. A partir de la reforma de 1994, la carta magna realzó los derechos de los consumidores, reconoció el papel protectorio de las asociaciones organizadas para su defensa y les otorgó expresa legitimación procesal para iniciar acciones de amparo colectivo. A su vez, esas acciones están reguladas expresamente en la Ley 24.240.

La admisión de las acciones colectivas requiere, por parte de los jueces, la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado de modo aislado no justifica la acción de una demanda. Es decir, para avanzar con una acción colectiva se debe demostrar que la maniobra denunciada fue realizada por la empresa en forma masiva y generalizada para un colectivo determinado, proyectar la pretensión hacia los efectos comunes provocados sobre el conjunto de los denunciantes y dejar en claro que no se justifica que cada uno de los afectados promueva su propia demanda, pues la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permitiría suponer que el costo de cada acción sería muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual fallo favorable.

La tercera cláusula abusiva común en los dos contratos cuestionados fue la que establece una ley y jurisdicción extranjera para dirimir controversias. Netflix había establecido que sus términos de uso debían interpretarse “de conformidad con las leyes del Estado de Delaware, EE.UU.” (Netflix, 2021, cláusula 8.1) y Max había elegido “las leyes del Estado de New York” (HBO Max, 2022, cláusula 5.9).

En ambos casos el regulador sostuvo que esas cláusulas violaban el artículo 2655 del Código Civil y Comercial de la Argentina, donde se afirma que los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado donde reside el consumidor, siempre que la firma de ese contrato haya sido precedida de una oferta en el país del consumidor, el proveedor haya recibido el pedido en ese mismo país o el consumidor haya sido inducido por su proveedor para desplazarse a un Estado extranjero para efectuar el pedido. La Ley 24.240 contempla la posibilidad de que las provincias actúen como autoridad de aplicación de esa norma, pero en el caso del Código Civil esa autoridad es el Poder Judicial. Sin embargo, el titular de la

Dirección Provincial, Luciano Blanco, justificó el accionar del organismo: “Uno puede observar si existe una vulneración a otros derechos de los consumidores y luego de su actualización el Código Civil y Comercial tiene puntos específicos de contratos en relación de consumo” (entrevista, 10/05/2024).

En el caso de Netflix y Max, el regulador también identificó como abusivo el rechazo a cualquier tipo de reembolso una vez abonado el servicio. Netflix remarcaba: “Los pagos no son reembolsables y no se otorgarán reembolsos ni créditos por los periodos de membresía utilizados parcialmente o por el contenido de Netflix no usado” (Netflix, 2021, cláusula 3.4). A su vez, Max establecía: “No hacemos reembolsos de ninguna suscripción ni brindamos créditos, reembolsos ni facturación prorrateada por las suscripciones canceladas” (HBO Max, 2022, cláusula 2.4).

Lo que señala el regulador es que del análisis de esas disposiciones surge que resultaban abusivas, con base en lo establecido en el inciso b) del artículo 37 de la Ley 24.240, porque beneficiaban a la compañía al afirmar de modo genérico que “los pagos no son reembolsables”, lo que restringe así los derechos del usuario y desnaturaliza las obligaciones a cargo del prestador. La autoridad argumenta que cuando una empresa establece, de modo absoluto y taxativo, que los pagos que realice el usuario no son reembolsables, deja fuera de consideración distintos supuestos que pueden llevar al consumidor a la cancelación del contrato por motivos justificados como, por ejemplo, incumplimiento contractual por parte del proveedor, falta o defectuosa prestación del servicio, conducta abusiva o reprochable y variación en los términos de contratación. El regulador agrega que, así redactada, la cláusula resultaba incompleta porque “presta a confusión y genera incertidumbre en el consumidor, ocasionando la falsa creencia de que nada puede reclamar, en ningún caso” (DPDDCYU, 2022a, p. 4).

La cláusula 2.4 del contrato de adhesión de Max limitaba también en otro de sus apartados el derecho que tiene el consumidor para cancelar el servicio contratado:

Puede cancelar su suscripción en cualquier momento. Usted debe cancelar la suscripción antes de que se renueve a fin de evitar que se le cobre la tarifa de suscripción del próximo ciclo. Si cancela la suscripción, la cancelación entrará en vigor al final del periodo de suscripción vigente en aquel momento y seguirá teniendo acceso a la suscripción hasta el final de ese

periodo. (...) Si cancela su suscripción, conservaremos su información de conformidad con nuestra Política de Privacidad (HBO Max, 2022, cláusula 2.4).

Lo que objetó el regulador es que la cláusula resultaba contradictoria y poco clara pues primero decía que el usuario “puede cancelar la suscripción en cualquier momento” y luego aclaraba: “Usted debe cancelar la suscripción antes de que se renueve”. “Cualquier limitación o condicionamiento (temporal o de forma) en el derecho de las y los consumidores a dar de baja el servicio resulta abusiva y contraria a la normativa”, se remarca en el escrito oficial (DPDDCYU, 2022b, p. 4). También se catalogó como abusivo que la empresa conservara datos del cliente luego de la cancelación de la suscripción, pues el inciso q) del Anexo 1 de la Resolución 53/2003 califica como abusivas “aquellas cláusulas que permitan a los proveedores disponer de datos de las y los consumidores después de la terminación del contrato”.

El regulador también objetó una cláusula de Max que habilitaba a la empresa a rescindir el contrato sin causa:

Un proveedor de suscripción podría inhabilitar, suspender o terminar su suscripción y acceso a la plataforma o a su cuenta de HBO Max inmediatamente por cualquier motivo o sin motivo alguno, incluyendo, si su proveedor de suscripción razonablemente determina que brindó información incorrecta sobre su cuenta o pago, si ya no cumple los criterios de elegibilidad o si incumple estos Términos (HBO Max, 2022, cláusula 3.6).

Lo que sostiene la Dirección Provincial es que el inciso c) del Anexo 1 de la Resolución 53/2003 califica como abusivas todas aquellas cláusulas que autorizan al proveedor a rescindir sin causa el contrato. Luego se agrega que en los contratos por tiempo indeterminado puede rescindirse sin causa “cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable, conforme la naturaleza y características del objeto del contrato” (DPDDCYU, 2022b, p. 5), pero en la imputación a Max se aclara que esto no está previsto en los términos de uso bajo análisis.

Por último, el regulador también consideró abusiva la cláusula que eximía a Max por cualquier tipo de inconveniente derivado de causas de fuerza mayor:

HBO Max no tendrá ninguna responsabilidad hacia usted por un retraso o incumplimiento de una obligación establecida en estos Términos si el retraso o la imposibilidad de cumplimiento se deben a motivos de fuerza mayor, lo que incluye hechos fortuitos, tormenta, incendio, muerte, interrupción imprevista de trabajo, corte de energía, error satelital, huelga, cierre patronal, conflictos de sindicatos, protestas civiles, levantamientos, guerra, emergencia sanitaria

pública, epidemia, pandemia o emergencia nacional, acción gubernamental o cualquier otro motivo que esté más allá de nuestro control (HBO Max, 2022, cláusula 5.10).

En la imputación se argumenta, con base en el inciso u) del Anexo I de la Resolución 53/2003, que trasladar al consumidor la totalidad de las consecuencias y la falta de prestación del servicio por razones de fuerza mayor, de manera anticipada y sin excepciones ni reparos que tengan en consideración las condiciones particulares de cada caso, resultaba abusivo y contrario a la buena fe que debe primar en toda contratación, así como el principio de responsabilidad objetiva, deber de seguridad y función preventiva de los daños.

En varias de las cláusulas incluidas en los contratos de adhesión analizados podía leerse al inicio y/o al final frases que buscaban relativizar los abusos al consumidor, tales como “en la medida permitida por la ley aplicable” o “conforme a las leyes pertinentes”. El regulador reconoce en las imputaciones que las empresas analizadas brindan un servicio transfronterizo y que los términos de uso de dicho servicio estipulan reglas generales medianamente estandarizadas y de cierta uniformidad para todos los usuarios. No obstante, advierte que la incorporación de estas leyendas “no puede en modo alguno liberar ‘a priori’ de responsabilidad al predisponente en caso de la inclusión de una cláusula abusiva o contraria a la normativa vigente” (DPDDCYU, 2022a, p. 3). Por lo tanto, insiste con que los contratos deben adecuarse a la legislación aplicable en el país y estar redactados en forma clara, con la información completa y suficiente y sin inducir a error o confusión alguna a los destinatarios.

Tabla 1. Condiciones abusivas detectadas en las cláusulas de los términos de uso

	Netflix	Max
Exclusión de garantía empresaria y límites a su responsabilidad	•	•
Renuncia a la acción colectiva por parte del usuario	•	•
Ley y jurisdicción extranjera para dirimir controversias	•	•
Imposición de acuerdos de arbitraje		•
Rechazo de reembolsos por parte de la empresa	•	•
Limitaciones al usuario para dar de baja el servicio		•
Conservación de datos del cliente después de cancelar el contrato		•
Posibilidad empresaria dar de baja el contrato sin causa		•
Elusión de cualquier responsabilidad por causa de fuerza mayor		•

Fuente: Elaboración propia a partir de las imputaciones realizadas por la Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires entre agosto y octubre de 2022.

Intimación y reacción empresaria

Como consecuencia de la detección de las cláusulas abusivas reseñadas, la Dirección Provincial imputó a Netflix y Max por infracción a la Ley 24.240 y a la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. A partir de ese momento, comenzó una disputa con las compañías que con Netflix se resolvió en pocos meses, pero en el caso de Max se extendió por más de un año.

Netflix

La notificación a Netflix Servicios de Transmisión Argentina SRL fue en agosto de 2022. En la imputación se le ordenó adecuar, modificar o suprimir las cláusulas observadas y presentar ante la autoridad de aplicación los nuevos términos de uso con las modificaciones y/o supresiones para poder controlarlos.

El plazo para que presentara por escrito su descargo era de 5 días hábiles. A través del estudio de abogados local Marval O'Farrell Mairal, Netflix Argentina respondió que no había sido la encargada de determinar la redacción del contrato, informaron que la casa matriz define estos temas y aclararon que le iban a avisar a esa casa matriz antes de emitir una respuesta final, para lo cual pidieron un plazo adicional de 10 días hábiles.

Desde la autoridad regulatoria aceptaron la prórroga. “El objetivo principal es que la empresa modifique su conducta, no que culmine rápido el plazo para imponer algún tipo de

sanción”, remarcó Luciano Blanco, titular de la Dirección Provincial (entrevista, 20/12/2023).

En septiembre de 2022 informaron que iban a redactar unos nuevos términos de uso y los iban a enviar al regulador. Finalmente, a fines de noviembre de ese mismo año, presentaron los nuevos términos con la supresión de tres de las cláusulas objetadas y la reformulación de la cuarta.

La empresa decidió eliminar la cláusula 6 que eximía al prestador de su responsabilidad frente a cualquier tipo de falla; la cláusula 7, que obligaba al usuario a renunciar a cualquier acción colectiva; y la cláusula 8.1, que establecía que el contrato se regía por las leyes del Estado de Delaware en Estados Unidos. De este modo, Netflix adecuó, en lo que respecta a esos tres temas controversiales, los términos de uso a lo que establece la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial. Por último, modificó la cláusula 3.4 y en lugar de afirmar de modo genérico que “los pagos no son reembolsables”, precisó: “En caso de que cancele su membresía voluntariamente (sin causa), los pagos no son reembolsables” (Netflix, 2024, cláusula 3.4).

Una vez aceptados los cambios, la empresa pidió reserva y confidencialidad hasta el 5 de enero de 2023, cuando estaba prevista la entrada en vigencia del nuevo contrato. Todo ese intercambio con la compañía fue por escrito a través de su estudio de abogados, pues ningún funcionario de la autoridad de aplicación se reunió o habló telefónicamente ni con un directivo de Netflix ni del estudio de abogados que los representó.

Lo interesante en este caso es que una actuación de oficio llevada adelante por un organismo provincial de defensa del consumidor, sin ninguna coordinación con la autoridad nacional de defensa del consumidor ni con organismos similares de otras provincias, logró que una de las principales multinacionales de la industria audiovisual del entretenimiento modificara sus términos de uso adaptándolos a la legislación nacional, cambio que no solo tuvo efecto sobre la jurisdicción provincial sino para todo el país.

Si bien es cierto que Netflix introdujo los cambios de manera voluntaria y sin que fuera necesario aplicar una sanción administrativa y declarar la invalidez unilateral de las cláusulas objetadas, lo actuado revela la conveniencia de que el regulador exija el

cumplimiento de la ley, aunque las herramientas jurídicas que tenga sean limitadas y enfrente se encuentren corporaciones que operan a escala mundial y que muchas veces se resisten a adecuarse a las normativas locales vigentes en cada uno de los mercados en los que operan.

Max

HBO Ole International Marketing LTD Sucursal Argentina fue imputada el 6 de octubre de 2022 por la inclusión de siete cláusulas abusivas en el contrato de adhesión de Max (antes HBO Max) y se le ordenó adecuar, modificar o suprimir los fragmentos observados. Una vez notificada, la empresa se mostró reticente a cumplir con los requerimientos del regulador.

Primero respondió que debía trasladar la consulta a su casa matriz y luego desplegó una serie de estrategias jurídicas destinadas a demorar la resolución del expediente. Finalmente, a fines de 2023, la compañía modificó su posición y aceptó cumplir con el requerimiento provincial, pero pidió más tiempo para hacerlo. El argumento fue que el 27 de febrero de 2024 iba a relanzar el servicio, con cambio de nombre incluido, y recién en esa fecha presentaría sus nuevos términos de uso. El regulador aceptó otorgar un mayor plazo y mientras tanto se terminaron de consensuar las modificaciones. En ningún momento hubo una reunión con representantes de la compañía. Todo el intercambio fue por escrito con el estudio de abogados Marval O'Farrell Mairal, el mismo que representaba a Netflix.

A diferencia de Netflix, Max no tiene unos términos de uso exclusivos para la Argentina, sino que rigen los mismos para toda América Latina. Por lo tanto, la compañía no eliminó la mayoría de las cláusulas calificadas como abusivas. En algunas lo que hizo fue aclarar que no regían para la Argentina, en otras agregó un párrafo destinado especialmente al país y solo en una modificó la redacción para toda la región.

La cláusula 2.4 había sido considerada abusiva, pues la empresa negaba en uno de sus apartados la posibilidad de otorgar cualquier tipo de reembolso una vez abonado el servicio. Sin embargo, en los nuevos términos de uso se incluyó un párrafo titulado “para suscriptores residentes en Argentina” donde se aclara que “el apartado ‘Sin Reembolso’

correspondiente a la sección 2.4 se interpretará conforme a la legislación argentina” (Max, 2024, cláusula 2.4).

El regulador había objetado también otro apartado de esa misma cláusula porque la empresa introducía limitaciones para dar de baja el servicio y aseguraba que, una vez cancelada la suscripción, conservaría la información del cliente. En los nuevos términos de uso esa cláusula 2.4 figura redactada de un modo diferente, y si bien sigue diciendo que el usuario “deberá cancelar la suscripción antes de la fecha de facturación del próximo período de suscripción”, el cambio fue aprobado por el regulador. Además, ya no dice que Max conservará información del usuario una vez cancelada la suscripción.

El regulador también había calificado como abusiva la cláusula 3.6 que habilitaba a la empresa a rescindir el contrato sin causa. En la imputación se aclaraba que la Resolución 53/2003 contempla la rescisión sin causa en los contratos por tiempo indeterminado “cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable, conforme la naturaleza y características del objeto del contrato”, pero luego se remarcaba que ese plazo no figuraba en los términos de uso bajo análisis. Max tomó en cuenta este cuestionamiento del regulador provincial y en su contrato de adhesión ahora dice que la empresa debe avisar 30 días antes de suspender el servicio o rescindirlo sin causa y ese nuevo plazo de preaviso no solo está vigente para la Argentina sino para todos los usuarios de Latinoamérica (Max, 2024, cláusula 3.6).

En la cláusula 5.1 Max afirma que el servicio “se proporciona en las condiciones en que se encuentra y según su disponibilidad sin garantías de ningún tipo”. La empresa agrega luego en el mismo apartado que no garantiza que la aplicación esté disponible de forma ininterrumpida o sin errores, que los defectos se vayan a corregir ni que los servidores estén libres de virus u otros componentes dañinos, pero al finalizar el apartado se incluye otro párrafo titulado “para suscriptores residentes en Argentina” en el que aclara que “esta sección 5.1 se interpretará conforme a la legislación argentina” (Max, 2024, cláusula 5.1).

A su vez, la nueva cláusula 5.2 limita la responsabilidad empresarial a partir de una serie de inconvenientes que pudieren surgir durante la prestación del servicio, da un plazo

máximo de un año para iniciar cualquier tipo de reclamo e incorpora un párrafo, que antes formaba parte de la cláusula 5.10, en el que exime a Max por cualquier tipo de inconveniente derivado de causas de fuerza mayor. No obstante, al igual que ocurre con las cláusulas mencionadas anteriormente, se incorpora un párrafo especial para suscriptores residentes en la Argentina que en este caso tiene la siguiente leyenda:

Esta sección 5.2 se redactará e interpretará conforme a la legislación argentina. Cualquier reclamo relacionado con la plataforma o con estos términos, debe iniciarse dentro de tres (3) años de los eventos que dieron lugar al reclamo. Si no se inició dentro de este período de tres (3) años, usted y Max tienen prohibido de manera permanente hacer ese reclamo (Max, 2024, cláusula 5.2).

De ese modo, Max deja sin efecto para la Argentina las limitaciones a la responsabilidad empresarial y se adecua al plazo de tres años que establece la Ley 24.240 para iniciar cualquier tipo de reclamo antes de que los hechos prescriban.

Los usuarios residentes en la Argentina también quedan a salvo de la cláusula 5.3 vigente para el resto de Latinoamérica donde dice: “Usted acepta mantener indemne y eximir de responsabilidad al proveedor (...) frente a la totalidad de reclamos, pérdidas, gastos, daños y costos de terceros, lo que incluye los honorarios razonables de abogados”. En este caso se aclara que “esta sección 5.3 se redactará e interpretará conforme a la legislación argentina” (Max, 2024, cláusula 5.3).

En los nuevos términos de uso la cláusula referida a “ley aplicable y jurisdicción” ya no es la 5.9 sino la 5.10. Allí todavía dice que “este acuerdo se regirá por las leyes del Estado de Nueva York”, pero agrega un párrafo donde asegura que “para los suscriptores con residencia en Argentina estos términos estarán sujetos a las leyes especificadas en el párrafo titulado ‘Para suscriptores residentes en Argentina’ de la Sección 5.4” (Max, 2024, cláusula 5.10). La sección 5.4 se titula “resolución de controversias”. Allí plantea el arbitraje vinculante para resolver diferencias con el usuario del servicio y aclara que “no se permiten los arbitrajes colectivos ni las demandas colectivas”, pero al inicio del apartado remarca que se excluye a la Argentina y Brasil, países que tienen un párrafo aparte cada uno. El párrafo referido a la Argentina dice lo siguiente:

Esta Sección 5.4 se redactará e interpretará conforme a la legislación argentina. En caso de cualquier conflicto, reclamo o controversia, usted y Max acuerdan resolver tales conflictos de

forma amigable. En consecuencia, usted debe primero enviarnos un correo electrónico describiendo en detalle cualquier conflicto, reclamo o controversia entre usted y nosotros (“Aviso de ARG”). El Aviso de ARG se debe enviar a la dirección de correo electrónico soporte@max.com. El Aviso de ARG debe: (a) proporcionar su nombre y su correo electrónico, (b) describir la naturaleza y el fundamento de su reclamo o controversia y (c) describir su solicitud específica de resolución. Si usted y Max no llegan a un acuerdo para resolver el conflicto dentro de los 30 días posteriores a la recepción del aviso enviado por usted, usted puede entonces iniciar un proceso legal sobre los asuntos planteados en el Aviso de ARG. La controversia será resuelta por un tribunal competente y estará sujeta a la legislación vigente (Max, 2024, cláusula 5.4).

El regulador provincial celebró los cambios introducidos a través de un posteo difundido el 18 de abril de 2024 en su cuenta de la red social Instagram. “La empresa Max (anteriormente HBO Max) retiró cláusulas abusivas de sus contratos, beneficiando a los consumidores bonaerenses y de todo el país”, aseguró. “La Provincia sí te defiende” agregó (DPDDCYU, 2024). El operador de VOD, en cambio, no realizó ninguna comunicación formal sobre el tema.

Reflexiones finales

Los servicios de video a demanda que utilizan la tecnología *streaming* han sabido neutralizar en América Latina la sanción de nuevas normas destinadas a fijarles obligaciones de inversión y cuotas de catálogo que incluyan obras locales. A su vez, han sido hábiles para eludir la normativa vigente que se les hubiese podido aplicar, sobre todo en materia impositiva. En ese contexto, sobresale la iniciativa llevada adelante en la Argentina por la Dirección Provincial para regular los términos de uso que las compañías Netflix y Max les imponían a sus clientes a través de distintos contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión están redactados de manera unilateral por las empresas proveedoras del servicio y los usuarios, la parte más débil de esa relación comercial, no tienen posibilidad de negociar sus términos. Se les fijan ciertas condiciones y solo pueden rechazarlas o consentirlas. A su vez, en la adhesión por navegación ni siquiera es necesario dar la aprobación de modo explícito y en la adhesión por clickeo se le brinda al usuario la oportunidad de aceptar rápidamente los términos de uso eludiendo su lectura. Por otra parte, al ser un contrato de adhesión, quienes rechazan explícitamente esos términos simplemente quedan marginados del uso del servicio sin que se les ofrezca ninguna

solución, lo que puede llegar a explicar porque la mayoría los aprueba sin siquiera tomarse la molestia de leerlos.

Al ser un organismo de aplicación de la Ley 24.240, la Dirección Provincial decidió intervenir de oficio y analizar los términos de uso. De ese modo, detectó cuatro cláusulas abusivas en el contrato de Netflix y siete en el de Max. Algunas cláusulas incluían más de un abuso. A partir del relevamiento surgió que las empresas limitaban su responsabilidad por fallas surgidas en la prestación del servicio, se negaban a ofrecer garantías, rechazaban el otorgamiento de cualquier tipo de reembolso, recortaban las opciones del usuario para darse de baja del servicio, se reservaban la posibilidad de cancelar contratos sin causa alguna, conservaban datos del cliente una vez interrumpido el vínculo comercial y para cuando el conflicto era inevitable lo obligaban a renunciar a cualquier tipo de acción colectiva, imponían acuerdos de arbitraje y fijaban jurisdicción en tribunales extranjeros para dirimir las controversias.

El regulador provincial imputó a las empresas entre agosto y octubre de 2022 por esos abusos que violaban la legislación nacional de defensa del consumidor y logró que modificaran las cláusulas observadas para todo el país. Netflix y Max no explicitaron en sus descargos por qué decidieron adecuarse a la normativa local y tampoco difundieron un comunicado sobre el tema. Una posibilidad es que las demandas de los usuarios de sus servicios no representen un monto relevante dentro de su volumen de negocios y entonces hayan aprovechado la oportunidad para mostrarse receptivos ante el organismo regulador de turno y la opinión pública en general, sobre todo teniendo en claro que la Dirección Provincial iba a terminar decretando la invalidez en el territorio de la provincia de Buenos Aires de las cláusulas abusivas objetadas. Además, siempre está latente la posibilidad de que, frente a un conflicto puntual, el usuario reclame en un tribunal local y sea la justicia la que declare la invalidez del contrato de adhesión si este no respeta la normativa nacional. Desde este punto de vista, se podría afirmar que las multinacionales adoptan un contrato de adhesión estandarizado en las distintas regiones en las que prestan servicio y luego lo van adaptando de acuerdo con las requisitorias de las autoridades regulatorias locales.

Más allá de la motivación empresaria, está claro que el accionar de la Dirección Provincial sirvió para que las multinacionales audiovisuales modificaran sus términos de uso para toda la Argentina y/o aclararan de manera expresa que estos no rigen en el país. El regulador preservó de este modo a los usuarios del servicio de una serie de abusos potenciales, hasta entonces convalidados en los contratos de adhesión, dejando en claro al mismo tiempo los límites de la autorregulación y la importancia de la intervención estatal, ya que, si el organismo no hubiera actuado, esas cláusulas hubiesen permanecido en los contratos, pudiendo limitar las posibilidades de acción de los usuarios en caso de conflictos surgidos durante la prestación del servicio. Por otra parte, la regulación estatal en este caso revela que la capacidad de *enforcement*, puesta en duda recurrentemente cuando se debate sobre la necesidad de regular servicios VOD, depende, al menos en parte, de la voluntad política de los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Está claro que con la voluntad política muchas veces no alcanza para regular servicios audiovisuales en el mundo digital porque suelen estar a cargo de empresas de capitales trasnacionales que, como ocurre en los casos analizados, mantienen su centro de operaciones fuera del país donde prestan sus servicios, pero estas dificultades no pueden justificar que esos proveedores funcionen por fuera del marco legal que cada Estado decide adoptar y, lo que es todavía peor, que el propio Estado se muestre resignado frente a esa situación.

La intervención de la Dirección Provincial está en línea con las recomendaciones de organismos internacionales y organizaciones de derechos digitales que, si bien reconocen la validez de la autorregulación y la corregulación, han cuestionado todo tipo de abuso empresario y han formulado recomendaciones para que los términos de uso sean transparentes, claros, accesibles y apegados a las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos (Observacom, 2019).

Cuanta más autorregulación y mejores prácticas empresariales existan, menor será la necesidad de intervención estatal, pero esa autorregulación debe ser compatible con estándares como los “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos” del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU, 2011). Si eso no ocurre, la regulación

pública se debe imponer con una perspectiva que coloque a las personas en el centro de las preocupaciones y no a las empresas y sus intereses comerciales.

Referencias

- Albornoz L.A. y Krakowiak, F. (2023). Netflix's first decade of presence in Latin America. En Bouquillion P., Ithurbide, C. y Mattelart T. (eds.), *Digital platforms in the Global South: Shaping a critical approach*. Routledge (Routledge Advances in Internationalizing Media Studies Series).
- Baladron, M. y Rivero, E. A. (2019). Video-on-demand services in Latin America: Trends and challenges towards access, concentration and regulation, *Journal of Digital Media & Policy*, 10(1), 109–26.
- Chevalier Naranjo S. (2023). “¿Cuáles son los principales rivales de Netflix en América Latina?”, *Statista*, 1 de marzo. <https://es.statista.com/grafico/29404/servicios-de-streaming-con-mas-suscriptores-en-america-latina/>.
- Congreso de la Nación Argentina (1993). Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=638>.
- De Marchi L. y Martins Ladeira, J. (2019). Cultural Diversity and regulation in Brazil. The debate about the on-demand audiovisual market. En Albornoz L.A. y García Leiva M.T. (eds.), *Audiovisual Industrial and Diversity: Economic and Policies in the Digital Era*. Routledge.
- DPDDCYU (Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios) (2022a). Imputación de oficio a Netflix Servicios de Transmisión Argentina S.R.L., EX. 2022-26772664-GDEBA-DPDDCYUMPCEITGP, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.
- DPDDCYU (Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios) (2022b). Imputación de oficio a HBO Ole International Marketing LTD Sucursal Argentina, Ex. 2022-33855213-GDEBA-DPDDCYUMPCEITGP, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

- DPDDCYU (Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios) [@consumidorpba] (18 de abril de 2024). *La empresa Max (ex HBO Max) acató la medida impuesta por la Provincia y retiró de sus contratos las cláusulas abusivas* [Fotografía] Instagram. <https://www.instagram.com/p/C55-OaOrjSB/?igsh=MWgzMTJpbWNteTl4cw%3D%3D>.
- Fiesler, C., Lampe, C., y Bruckman, A. S. (2016). Reality and perception of copyright terms of service for online content creation. *Proceedings of the 19th ACM Conference on Computer-Supported Cooperative Work & Social Computing*, ACM. 1450-1461. https://cmci.colorado.edu/~cafi5706/CSCW2016_Fiesler.pdf.
- García Leiva, M. T., y Albornoz, L. A. (2021). VOD service providers and regulation in the European Union: An audiovisual diversity approach. *International Journal of Cultural Policy*, 27(3), 267–281. <https://10.1080/10286632.2020.1769614>.
- Gómez, R. y Muñoz Larroa, A. (2023). Netflix in Mexico: An example of the tech giant's transnational business strategies, *Television & New Media*, 24(1), 88–105.
- Goodman, B. (1999). Honey, I shrink-wrapped the consumer: The shrink-wrap agreement as an adhesion contract. *Cardozo Law Review*, 21, 319–360.
- Ghosh S. (2015). Against contractual authoritarianism, *Southwestern Law Review*. Vol 44 N° 2. pp. 239-250. <https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2017-04/4%20Against%20Contractual%20Authoritarianism.pdf>
- HBO Max (2022). “Términos de uso de HBO Max”, actualización de abril de 2022. <https://www.hbomax.com/terms-of-use/es-latam>.
- Jensen, C., Potts, C. (2004). *Privacy policies as decision-making tools: a usability evaluation of online privacy notices*. Proceedings of CHI'04. Vienna, Austria. 471–478. https://www.researchgate.net/publication/221515790_Privacy_policies_as_decision-making_tools_An_evaluation_of_online_privacy_notices.
- Jensen, C., Potts, C., y Jensen, C. (2005). Privacy practices of Internet users: Self-reports versus observed behavior. *International Journal of Human-Computer Studies*, 63(1), 203-227. <https://doi.org/10.1016/j.ijhcs.2005.04.019>.

- Kim, N. S. (2014). The Wrap Contract Morass. *Southwestern University Law Review*, 44(2), 309-325. <https://ssrn.com/abstract=2611815>.
- Kunz, C. L., Ottaviani, J. E., Ziff, E. D., Moringiello, J. M., Porter, K. M., y Debrow, J. C. (2003). Browse-wrap agreements: Validity of implied assent in electronic form agreements. *The Business Lawyer*, 59, 279–312. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1640185.
- Mastrini G. y Krakowiak F. (2021). Netflix in Argentina: Accelerated expansion and little local production. *Comunicación y Sociedad*, 1–23. <https://doi.org/10.32870/cys.v2021.7915>.
- McQuail, D. (2010). “Module 2: Unit 11: Media Regulation”, Department of Media and Communication Attenborough Building, University of Leicester-University Road, Leicester.
- Max (2024). “Términos de uso”, actualización de febrero de 2024. <https://www.max.com/terms-of-use/es-latam>.
- Netflix (2021). “Términos de uso de Netflix”, actualización de noviembre de 2021. <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>.
- Netflix (2024). “Términos de uso de Netflix”, actualización de enero de 2024. <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>.
- Obar, J. A. y Oeldorf-Hirsch, A. (2018a). The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services. *Information, Communication & Society*, 23(1), 128-147. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2018.1486870>
- Obar, J. A. y Oeldorf-Hirsch, A. (2018b). The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. *Social Media + Society*, July-September, 1-14. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118784770>.
- Observacom (2019). Desafíos y asimetrías regulatorias de los servicios audiovisuales en Internet ¿Qué hacer? *Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información*, 17. <https://www.observacom.org/desafios-y-asimetrias-regulatorias-de-los-servicios-audiovisuales-en-internet-que-hacer/>.

- Ofcom (2006) "Online Protection: A Survey of Consumer, Industry and Regulatory Mechanisms and Systems", 21/6/2006.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas) (2011). *Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, Nueva York*. <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2015/04/Principios-Rectores-sobre-Empresas-y-Derechos-Humanos.-Naciones-Unidas-2011.pdf>.
- Priest, G. (1981). A Theory of the Consumer Product Warranty. *The Yale Law Journal*, 90(6). 1297-1352.
https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4952/Theory_of_the_Consumer_Product_Warranty_A.pdf.
- Sautu, R. (2003). *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*. Lumiere.
- Schramm, W. (1971). Notes on case studies of instructional media projects. *Academy for Educational Development*. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED092145.pdf>.
- Schwartz, A. y Wilde, L. (1983). Imperfect information in markets for contract terms: examples of warranties and security interests. *Virginia Law Review* 69, 1387-1484.
<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/311>.
- SCDDC (Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor) (2003). Resolución 53. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/84410/norma.htm>
- Van Dijck, J.; Poell, T.; De Waal, M. (2018). *The platform society: Public Values in a Connective World*. Oxford University Press.
- Yin, R. (1994). *Case Study Research. Design and Methods*, Sage Publications.

***Roles de autoría**

El autor desempeñó todos los roles de autoría del trabajo. Manifiesta no tener conflicto de interés alguno.

Obra bajo licencia internacional [Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).