



CONCURSAR TELEVISIVAMENTE MEDIANTE EL ENVIO DE SMS

Leonardo Nahuel Manfredi
Universidad Nacional de Rosario

Al presente existen muy pocos programas de televisión en vivo¹, ya sean abiertos o por cable, que no inviten a su audiencia a participar de entretenimientos mediante el envío por celular de un mensaje de texto.

Hasta hace poco tiempo, la televisión convencional era considerada un medio unidireccional y completamente pasivo, es decir, el televidente no tenía un medio directo de tomar decisiones o de participar. Las nuevas tecnologías están facilitando cada vez más la interacción entre el usuario y el medio. A pesar de algunos experimentos hechos con otras herramientas tales como cupones de respuesta y teléfono fijo, el éxito social del teléfono celular ha generado una masiva proliferación de servicios interactivos para televisión. Este negocio exalta el poder del televidente, no sólo por medio de las cifras de audiencia televisiva, sino también por las de teléfonos celulares. Sin embargo, debe tenerse en cuenta tanto el potencial como los límites de tales métodos, como también la realidad o ficción de sus supuestas consecuencias democráticas².

Este fenómeno que hace pocos años arribó a nuestro país y que, indudablemente, no ha alcanzado aún su plenitud, puede estudiarse desde la Sociología, Filosofía, Economía y Estadística, entre otras ciencias. Sin

¹ También programas radiales; pero recién empiezan a aparecer.

² DAVID SELVA, MARINA RAMOS
http://cicr.blanquerna.edu/2005/Abstracts/PDFsComunicacions/vol1/02/SELVA_David_RAMOS_Marina.pdf

embargo, la intención es abordar su enfoque Jurídico, y más específicamente la perspectiva del derecho contractual.

1. Nociones preliminares

Para una mejor comprensión, resulta indispensable conocer previamente que:

- Los participantes celebran con el Integrador (organizador) un “*contrato de juego*”.
- El Integrador forma parte de un grupo formado por el Medio o Productora y la Empresa de Telefonía Celular (Prestador).
- El participante es a la vez usuario del servicio de telefonía celular. Eventualmente aparecerá un esponsor.
- Estos sujetos se conectan entre sí originando “*el concurso*”.

2. El juego

2.1. Mobbiletainment

Se denomina “*Mobbiletainment*” (o Mobile Entertainment) a las acciones de entretenimiento para celulares. Este fenómeno que nace para lograr una mayor interacción entre el espectador y el Medio tiene diferentes aplicaciones:

Contenidos:

Descargas:

- Tonos (ringtons),
- Fondos de pantalla (wallpapers),
- Animaciones,
- Música,
- Juegos 3D, etc.

Variedades:

- Informaciones,
- Jocosidades,
- Poemas,
- Adivinanzas,
- Horóscopos, etc.

Participativos:

- Valorativos:
Encuestas, y
Opinión.
- Lúdicos:
Trivias, y
Votaciones.

Esta clasificación meramente ilustrativa interesa para delimitar el campo de estudio. Aunque todas las prácticas son populares, el trabajo se refiere exclusivamente a las de *contenido participativo lúdico* -trivia y votación-, ya que son las que permiten una más rica exploración jurídica.

2.2. Operatoria

El participante debe enviar un SMS con un determinado prefijo (palabra clave) desde su teléfono celular a cierto número³.

Se denomina SMS (Short Message Service) al servicio para teléfonos celulares que permite enviar un mensaje de texto de hasta 160 caracteres. Cada

³ El envío de al menos un SMS implica la aceptación total de las Bases (formal, no real), ya que el sistema está preprogramado para recibir la manifestación unilateral de voluntad y contestar automáticamente.

SMS remitido tiene un costo que fijan en conjunto el Integrador, el Medio o Productora y el Prestador.

De este modo, recibe un SMS con una pregunta del tipo *verdadero o falso* o *múltiple choice* (opción múltiple). Cada pregunta cuenta con dos o tres opciones de respuesta -según el caso-, de las cuales sólo una es la correcta.

Luego, le corresponde al participante enviar un nuevo SMS con la respuesta a dicha pregunta.

Inmediatamente, recibirá un nuevo SMS con el resultado de su respuesta anterior. De ser incorrecta, recibe nuevamente la misma pregunta. En cambio, si es correcta, recibe una nueva pregunta.

Así, debe enviar la respuesta a la nueva pregunta, repitiéndose el procedimiento indicado en el apartado anterior.

En la trivia con cada acierto se suman puntos. En la votación -como permite tomar decisiones en cuanto a los contenidos de determinado programa-, además, se añade un voto (ej.: al concursante que se desea que abandone un programa).

Resulta favorecido (posible ganador) quien mayor cantidad de respuestas acertadas obtenga.

Una vez determinado el favorecido, el Integrador debe comunicarse con el Prestador para constatar que no se encuentre en mora en el pago del servicio. Si no lo está, se transforma en acreedor definitivo del premio (ganador consolidado); caso contrario, pierde el derecho a reclamarlo.

2.3. Calificación

Tanto en la trivia como en la votación, el mecanismo para la determinación de los ganadores es el mismo: se premia el *conocimiento*. Por lo tanto, se trata de un *contrato de juego de destreza intelectual*.

2.4. Caracteres

Plurilateral,

Consensual,

Oneroso,
De duración,
Aleatorio⁴,
De ejecución diferida,
Concluido por teléfono celular,
Por adhesión a condiciones generales de contratación,
Con finalidad lucrativa y recreativa.

2.5. Conclusión por teléfono celular

El consentimiento (Art. 1144 CC) es un elemento esencial del contrato. Las manifestaciones de voluntad que concurren a su formación pueden exteriorizarse de diversas formas; una de ellas es el teléfono. Este modo de dar a conocer la voluntad negocial es directo y declarativo.

Empleamos esta denominación –que ha difundido la doctrina– para referirnos al consentimiento que se forma con base en una oferta y una aceptación transmitidas por medio del teléfono, en una comunicación de persona a persona, entre quienes, situados en lugares distantes, intercambian declaraciones en un mismo tiempo, coetáneamente. De allí que el consentimiento prestado por teléfono se considere entre presentes⁵.

Respecto al momento de la conclusión del contrato, se reputa celebrado *entre presentes*. El teléfono celular tiene una inmediatez similar a la del teléfono fijo.

En lo relativo al lugar, la situación es más compleja. Al utilizar un teléfono convencional, se sabe con certeza dónde está ubicado el proponente; pero, con el celular no ocurre lo mismo. En consecuencia aparece la dificultad de saber

⁴ La existencia del alea es innegable si se analiza el contrato de juego en forma aislada, entendiéndose por tal al celebrado por el Integrador con *cada uno* de los participantes. Pero si se observa al concurso como conjunto, el alea del Integrador prácticamente no existe debido a que, mediante operaciones técnico-económicas logra asegurar una ganancia superior al valor de los premios que entrega.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Contratos” Edición actualizada. Ed. Rubinzal-Culzoni. 1998. p.125.

cuál es la ley aplicable y el juez competente ante cualquier divergencia y/o conflicto derivado de la participación. Para superarla, las “Bases y Condiciones” (en adelante Bases) suelen establecer estos datos, los que vinculan cuando no constituyen abusos.

2.6. El problema de la capacidad

Un tema ciertamente interesante de analizar es el de la capacidad. Recuérdese que ésta no es un elemento del contrato, sino un presupuesto de validez del consentimiento; dicho de otra manera, el consentimiento debe ser hecho por personas capaces.

El titular del equipo de telefonía celular es la persona habilitada para su uso y responsable por el mismo; pudiendo serlo sólo quien haya alcanzado la mayoría de edad. El usuario, en cambio, es aquél autorizado por el titular para su disfrute; y, a diferencia de éste, puede ser mayor o menor de edad. Si titular y usuario se encuentran en la misma persona no se plantean inconvenientes. Éstos se presentan cuando no coinciden y el usuario es menor de edad; el caso típico es el del padre que compra un aparato para su hijo.

Todas las Bases prohíben la participación a personas menores de 21 años⁶. Sin embargo, la realidad evidencia que los participantes oscilan entre los 15 y los 24 años⁷, dato que el tanto el Integrador, como el Medio o la Productora y el Prestador conocen ya que surge de la investigación de mercado que realizan antes lanzar el juego. Como puede advertirse, los participantes son en su mayoría menores adultos usuarios no titulares.

El Código Civil no trae una regulación específica sobre la capacidad para los contratos de juego⁸; por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre la capacidad para contratar. Así, los incapaces de hecho relativo (Art. 55 CC), sólo pueden realizar los actos expresamente permitidos por la ley; caso

⁶ También se suele prohibir (convencionalmente) la participación de los *empleados (y sus familiares)* del Integrador, Medio o Productora y Prestador; pero esta limitación intenta resguardar el principio de la transparencia para generar en el público confianza en el juego.

⁷ Según el Censo Nacional de 2001, el 19% de la población argentina tiene entre 15 y 24 años (aproximadamente 7.000.000).

⁸ Sólo se refiere a ella en el Art. 2067 sobre pago de deudas de juego efectuado por incapaces.

contrario, el acto sería nulo de nulidad relativa (Art. 1042, 1048 y 1160 CC). El juego no es uno de los tolerados.

Ahora, ¿puede siempre el menor o su representante legal plantear la nulidad del contrato? ¿pueden los integrantes del grupo reaccionar oponiéndole la excepción de dolo?

Antes de dar respuesta a estos interrogantes debemos rescatar de este grupo a los menores emancipados (Art. 134 y 135 CC), menores con título habilitante para el ejercicio de la profesión y menores autorizados por sus padres para celebrar contratos (Art. 128), ya que aquí difícilmente se planteen conflictos de gravedad. La complicación aparece con aquellos que no se encuentran en estas situaciones de excepción.

Respecto a la primera pregunta son varias las razones que permiten atacar la validez del acto, a saber:

- El Estado no alienta esta práctica ya que jugar compulsivamente es perjudicial para la salud (ludopatía).

- No estamos en presencia de una situación de valor económico insignificante.

- La prohibición de concurrir no implica, de ninguna manera, limitar los actos de los menores en la vida social.

- No puede concebirse la autorización tácita del titular ya que si bien es él el que adquiere el celular para el menor, su intención es la de que éste esté comunicado y no la de que celebre contratos de juego. Por consiguiente, tampoco existe un incumplimiento del deber de vigilancia.

- Es un contrato sometido a condiciones generales de contratación.

De todos modos, no podría afirmarse rotundamente la invalidez o ilegitimidad del contrato. A partir de los 15 años los menores suelen participar en estos entretenimientos con fines de recreación, y, aunque el legislador los prohibiera expresamente, continuarían haciéndolo.

En este caso se plantea un conflicto por *coexistencia de ley y costumbre*, simultaneidad que origina un supuesto del fenómeno que la doctrina actual denomina *plurijuridismo*.

El vocablo plurijuridismo se emplea para atribuir una cualidad al ordenamiento normativo cuando en él existe “polisistemia simultánea”, que es un encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos⁹.

Aquí se despliega una clara manifestación del “pluralismo jurídico”. Ante esta situación, debe escucharse el diálogo de las fuentes, actuar prudentemente, analizar el caso concreto y sólo si se aprovechase de la falta de experiencia o la ligereza del menor podría atacarse el acto.

La segunda cuestión es más fácil de responder. La *excepción de dolo* (Art. 1166 CC) actúa procesalmente como una causa de exclusión de la acción de nulidad. En este juego, no puede plantearse por los siguientes motivos:

- *Alegación de su propia torpeza* (Art. 1049 CC): el grupo sabe que en los hechos el contrato fue celebrado por un menor, aunque conforme al derecho lo haya perfeccionado el titular mayor de edad.

- *Ausencia de dolo grave* (Art. 1166 *in fine*): la mera ocultación de la capacidad que efectuase el menor no tiene la suficiente entidad como para habilitarla.

2.7. La mora del usuario

Suele establecerse que el usuario¹⁰ se encuentra en mora cuando se verifica la existencia de alguna factura vencida e impaga de los servicios telefónicos. Pero este concepto de mora, agregan, sólo resulta aplicable a los fines del juego, sin que pueda ser trasladado a las relaciones contractuales de los participantes con el Prestador.

⁹ NICOLAU, NOEMÍ L. “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”, en Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón”. Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2004. p. 207.

¹⁰ La mora tiene importancia sólo cuando es un usuario abonado; si accede con tarjeta no interesa.

Por el contrario, en la relación usuario–Prestador, la falta de pago al vencimiento otorga derecho al último a interrumpir automáticamente el servicio y al cobro de un adicional en concepto de cargos por gestión de cobranza y reconexión. Esto debe entenderse de la siguiente manera:

- Si al vencimiento de la factura el usuario no efectuó el pago correspondiente, el Prestador puede (*es facultativo*) obstruir el servicio.

- Para que ello no ocurra, el usuario puede comunicarse con el Prestador para efectuar una promesa de pago; de esta forma, se le concede una prórroga de hasta, generalmente, 10 días (según cuándo haya efectuado el pedido), para que pueda regularizar su situación.

- De todos modos, la cancelación automática de la línea acontece luego de los 15 días aproximadamente de producido el vencimiento sin haber saldado la deuda.

Conocido esto, supóngase que una persona con la última factura vencida y no abonada, participa en el juego y gana. Conforme a las Bases no podría convertirse en adjudicataria definitiva del premio. Pero, por otro lado, en uso de su derecho, efectúa la promesa de pago. En este caso, el servicio continúa porque el Prestador confía en que el usuario va a cancelar su deuda oportunamente¹¹.

Siguiendo este razonamiento, mientras el Prestador está interesado en continuar la relación contractual con el usuario, el Integrador resuelve no entregar el premio. Esto es manifiestamente inicuo.

Los fundamentos de la abusividad de esta cláusula son:

- Se puede participar válidamente en estas circunstancias (recordemos que el contrato es oneroso), pero no ganar.

- El Integrador sanciona un accionar que el Prestador perdona, o por lo menos busca que se subsane.

- Como el plan es por abono, no puede tratarse de un usuario que incumple *regularmente* con el pago de la factura ya que si, en el período inmediato

¹¹ Esto también sería aplicable si acontece en el plazo de 15 días en el que el Prestador mantiene la línea antes de cortarla.

anterior hubiese ocurrido, se le hubiese cortado la línea. Adviértase que mayormente es un usuario de buena fe que por circunstancias extraordinarias no puede cancelar su deuda.

Decididamente, no corresponde tutelar el interés caprichoso del Integrador cuando existe una *demora menor* en el pago de uno de los períodos.

2.8. Cláusulas abusivas

Todo contrato por adhesión a condiciones generales de contratación contiene estipulaciones uniformes, generales y abstractas, que si bien no necesariamente son espinosas, pueden llegar a serlo.

Pese a la Resolución 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica de Defensa del Consumidor, las Bases incorporan cláusulas inicuas. Seguidamente se expondrán algunas de ellas:

- Derecho exclusivo del Integrador de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales¹².
- Facultad del Integrador de modificar unilateralmente el contrato¹³.
- Limitación en el ejercicio de acciones judiciales (Ej.: prórroga de la competencia)¹⁴.
- Cláusulas de exclusión de responsabilidad por los daños causados al participante por el premio¹⁵.

El Derecho no permite que la parte dominante aproveche su posición y mientras amplía sus derechos, restrinja los de la otra en forma abusiva.

Como se trata de un juego donde se excluye al azar como mecanismo de selección de ganadores, no necesita autorización del Estado para su difusión¹⁶.

¹² Prohibida por inc. a) de la Resolución 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica de Defensa del Consumidor.

¹³ Prohibida por inc. b) de la Resolución anterior.

¹⁴ Prohibida por inc. e) de la Resolución anterior.

¹⁵ Prohibida por inc. g) de la Resolución anterior.

¹⁶ Si la necesitará si se trata de un juego que tiene una etapa de sorteo (aunque no es común que esto ocurra porque el Integrador busca que no se le aplique la normativa de los juegos de azar).

Justamente por ello no existe un *control preventivo* (administrativo) de las Bases. Sin embargo, el participante tiene habilitada la *vía judicial* para plantear la ineficacia, ya sea, de la cláusula, si esta es separable o del contrato, si no lo es (Art. 1039 CC).

2.9. Consulta de puntos acumulados

Como se expusiera previamente, la adjudicación del premio del entretenimiento corresponde sea efectuada al participante que más respuestas acertadas tenga, o lo que equivale a decir que resultará ganador quien logre obtener mayor cantidad de puntos acumulados.

Para conocer el *ranking de puntuación*, el participante tiene la posibilidad – durante todo el desarrollo del juego –, de consultarlo vía SMS ó Internet, según sea la organización.

Esta situación genera, palmariamente, un alto grado de incertidumbre dado que para conocer la posición que se ocupa en dicho ranking, el participante debería consultar constantemente, lo que difícilmente ocurra en los hechos porque los mecanismos de consulta no son gratuitos.

A primera vista podría pensarse en tratar de paliar este escenario. Sin embargo, la masividad, unida al carácter federal del juego hacen imposible, o muy difícil, una solución distinta que sea equitativa para las partes.

3. El concurso

3.1. Conexidad contractual:

El *concurso* es una manifestación de la conexidad contractual. Este fenómeno se opone a la “*relatividad contractual*”¹⁷, mostrando así, el paso del aislamiento del contrato a una concatenación entre ellos para la satisfacción de un interés determinado.

¹⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. “Los contratos conexos”. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. 1999. p. 9

Los contratos que permiten que el sistema funcione son los siguientes:

- Un *contrato plurilateral de juego*, celebrado entre el Integrador y los participantes.

- Un *contrato asociativo*, que une al Integrador con el Medio o Productora (canal de difusión) y el Prestador (canal de comunicación). Los sujetos que forman este *grupo* unen sus prestaciones para la obtención de un fin común a través del despliegue de una actividad conjunta.

- Un *contrato de servicio*, ya que cada participante debe ser necesariamente usuario de telefonía celular.

- Un *contrato de sponsorización*¹⁸ (*eventual*), que vincula al esponsor con el grupo. A diferencia de la publicidad, la esponsorización no es una técnica de publicidad inmediata, sino indirecta. *La finalidad publicitaria se revela en deberes secundarios de conducta: exponer un cartel, llevar una indumentaria, asumir un comportamiento*¹⁹. De esta manera, el esponsor logra publicidad indirecta a cambio de la entrega de la cosa que constituirá el premio del juego.

3.2. Sistema atípico

El Art. 1143 CC dice que “*Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial*”. Como puede apreciarse, para Vélez Sarsfield lo relevante era el nombre que la ley le daba al contrato.

La doctrina moderna, en cambio, entiende más importante si el contrato tiene o no regulación legal; así, se habla de tipicidad (compraventa, locación, mandato, leasing, fideicomiso, etc.) o atipicidad (hospedaje, garaje, publicidad, agencia, etc.).

Ya no es preciso que el acuerdo destinado a producir efectos obligacionales se ajuste a alguno de los esquemas o paradigmas previstos por la ley. Es válida

¹⁸ Es el contrato por el cual una parte (esponsor) se obliga a entregar a la otra una cosa o a realizar en su favor una actividad, a cambio de lo cual, esta última (esponsorizado) asume el compromiso de divulgar su nombre o marca en una actividad de su organización, ya sea, benéfica, científica, cultural, recreativa o de cualquier otra índole.

¹⁹ LORENZETTI, RICARDO LUIS. “Tratado de los Contratos”. Ed. Rubinzal-Culzoni. t.III. 2000. p.128.

para nuestro Derecho la fórmula del Art. 1322 del Código Civil italiano que expresa: “Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tiene una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”²⁰.

Si bien esto constituyó un avance, hoy es insuficiente limitar el estudio a la tipicidad o atipicidad de los contratos. Se observa una evolución de esta clasificación hacia los sistemas.

Un sistema es un conjunto ordenado de elementos que contribuyen a un determinado objeto. Este es el tratamiento que merece el concurso. La existencia de varios contratos unidos en un sistema requiere de un perspectiva global, de un *enfoque sistemático* que permita comprender la finalidad económico-social que constituye el origen de dicha conexión.

La Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, en su art. 1, introduce el primer sistema típico en nuestro país; su Art. 1 enuncia: “Se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es...”.

El Concurso, en cambio, constituye un sistema atípico por carecer de normas propias que lo disciplinen.

3.3. Marco legal de protección

3.3.1. Juego tutelado

El art. 2055 CC dice: “prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o *apuestas semejantes*, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”.

Conforme a la normativa vigente, sólo pueden demandarse en juicio las deudas que provengan de juegos caracterizados por el desarrollo de la

²⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Contratos, edición actualizada”. Ed. Rubinzal-Culzoni. 1998. p.70.

habilidad o fuerza física, por ej.: los juegos deportivos (Art. 2055 CC). El fundamento radica en la necesidad del legislador de estimularlos.

Siguiendo esta idea, el contrato estudiado no tendría acción. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que los juegos intelectuales merecen tutela como los juegos de destreza física.

Las normas del Código Civil contemplan supuestos de hecho bastante diferentes de los que en la actualidad se llaman juego, apuesta y suerte. *En la expresión “juegos semejantes” se incluyen los juegos de destreza intelectual*²¹.

De lege ferenda se debe reconocer acción de cumplimiento a los juegos de destreza intelectual (mayoría)²².

De esta manera, pasarían a ser juegos tutelados, y por lo tanto, las deudas que surjan de la relación contractual serían accionables judicialmente.

3.3.2. Decreto 1153/1997

El decreto 1153/1997 reglamentario del Art. 10 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial referido a los juegos de azar puntualiza la información que el Integrador deberá proporcionar obligatoriamente a los potenciales participantes.

Pese a que el concurso en exploración excluye al azar como mecanismo de selección de ganadores, place considerar esta normativa a la hora de conocer la información mínima que deben contener las Bases:

- Nómina completa de premios a entregar (indicando cantidad y calidad).
- Probabilidad matemática o estimación de adjudicación de los premios.
- Condiciones que el participante debe cumplir para poder participar.
- Vigencia espacial y temporal.
- Forma de adjudicación de premios.

²¹ NICOLAU-ARIZA en BUERES, ALBERTO J. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Ed.: Hammurabi. 1998. t. 4D p. 497.

²² XX Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As. 2003. Comisión 3 – Contratos. Conclusiones. El alea en particular.

- Lugar y fecha de entrega de los premios.
- Destino de los premios no adjudicados.
- Participación sin obligación de compra.

3.3.3. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

Podría discutirse si resulta de aplicación la Ley 24.240 en esta clase de concursos, lo cierto es que como el participante celebra un contrato por adhesión a condiciones generales de contratación donde *reina un contenido abusivo* por lo menos deben considerarse sus disposiciones a la hora de analizarlo, a saber:

- Interpretación (Art. 3).
- Información (Art. 4).
- Publicidad (Art. 8).
- Cláusulas abusivas (Art. 37).
- Responsabilidad por daños (Art. 40).

3.3.4. Legitimación procesal de las Asociaciones de Consumidores

Cuando en el año 1993 se dicta la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, se incorpora un capítulo dedicado a las Asociaciones de consumidores y usuarios. Respecto a la posibilidad de efectuar reclamos, la ley abre una doble vía:

- Judicial (Art. 55), y
- Extrajudicial (Art. 58).

Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se establecen nuevos derechos y garantías. En su Art. 42 in fine establece que las autoridades proveerán, entre otras, a la constitución de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Inmediatamente, el Art. 43 le otorga facultad de representación, entendida como la posibilidad de defender a los consumidores

en materia de amparo. De esta forma se otorga rango constitucional tanto a la constitución como a la legitimación procesal activa de estas asociaciones²³.

No obstante la claridad legal y constitucional, en ocasiones se cuestiona si es dable que reclamen por la vía judicial. De todos modos, la jurisprudencia amplía cada vez más su legitimación.

Recorriendo los repertorios de jurisprudencia puede constatarse el escaso número de sentencias recopiladas relativas a los contratos de juego y de apuesta regulados en el Código Civil. Es posible que esa escasez esté en relación directa con el escaso número de demandas promovidas en esta materia, lo cual llevaría a pensar que la reducida litigiosidad se corresponde con una práctica infrecuente de los contratos de juego y apuesta del Derecho privado. En ese sentido se ha dicho que hay poca litigiosidad, no porque estos juegos no se practiquen, sino porque existen dificultades probatorias al momento de demandar y porque son contratos residuales, de escaso monto²⁴.

Esta escasa o nula litigiosidad también se observará en el concurso que se estudia. Si no se cuestionara la capacidad de las asociaciones para estar en juicio en representación de los intereses de los consumidores y usuarios, se lograría frenar el desequilibrio entre el Integrador y demás miembros del grupo que disponen de una organización muy eficiente para el logro de sus fines, y los participantes, a quienes les resulta difícil hacer valer su peso de conjunto.

3.3.5. Directivas mínimas

No obstante considerar que no resulta imperioso un tratamiento integral, sería positivo que el Estado instituya una serie de *directivas obligatorias* para evitar los abusos en estos concursos donde intervienen masas de participantes.

La Federación de Consumidores en Acción (FACUA España)²⁵ entiende que es indispensable que los participantes cuenten con una información clara

²³ En la provincia de Santa Fe la ley 10.000 (1987) instituye una auténtica acción popular para la defensa de los intereses difusos, incluidos implícitamente los Derechos del Consumidor.

²⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA citado por NICOLAU-ARIZA en BUERES, ALBERTO J. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Ed.: Hammurabi. 1998. t. 4D p. 485.

²⁵ http://www.consumer.es/web/es/derechos_del_consumidor/2003/12/11/92394.php

al momento de contratar. Para ello busca la implementación de mecanismos de inspección para que controlen que los programas den a conocer principalmente:

- el precio de los mensajes,
- el número,
- el periodo de duración de los concursos,
- las características de los premios, y
- la verificación de la entrega real de los mismos.

Al mismo tiempo señala que muchos concursos esconden la trampa de que para participar hay que remitir varios SMS, de lo que sólo se advierte tras el envío del primero y, además que muchas personas desconocen las reducidas probabilidades de conseguir los premios al prolongarse éstos durante varios días o semanas.

Estas líneas rectoras, que constituirían una clara manifestación del orden público de protección estatal, deben referirse principalmente al *deber de información* y a la *responsabilidad frente al participante*, siguiendo el espíritu protectorio de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

3.4. Responsabilidad

La responsabilidad, entendida lacónicamente como el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por un incumplimiento, constituye indudablemente un tema más que conflictivo en este tipo de concursos.

Conviene abordarla desde los problemas que usualmente pueden presentarse:

3.4.1. Demora en el envío y recepción de SMS

El teléfono es un servicio público que el Estado presta por intermedio de prestadoras privadas, en consecuencia, estas empresas se hallan obligadas a asegurar su gestión, con claridad y eficiencia, y a precios justos y razonables.

La relación jurídica entre el usuario y el particular que presta el servicio es *contractual*. Esta naturaleza no la pierden a pesar de que se trate de un servicio público sujeto a la regulación del Estado. En consecuencia se rige por el Derecho Privado²⁶.

Así, la falta de prestación o la interrupción del servicio, producida por circunstancias *inadmisibles, injustificadas, inexcusables*, debe ser interpretada como una “incumplimiento contractual” de la empresa que gestiona el servicio, originando también su responsabilidad y el deber de resarcir los perjuicios que cause²⁷.

Conforme a esta idea, la responsabilidad por la *demora* en el envío y recepción de mensajes de texto *sólo será soportada por el Prestador*. De ninguna manera puede extenderse esta responsabilidad al Integrador ya que a éste sólo le compete la recepción, procesamiento y entrega de los mensajes al Prestador.

3.4.2. Entrega y vicios en los premios

Una lectura superficial de cualquiera de las Bases de estos concursos permite advertir la inclusión de cláusulas como las siguientes:

* El Integrador *limita* su ámbito de responsabilidad a la prestación integral del servicio y a la entrega de premios.

* El Integrador, el Medio o Productora y el Prestador *no son responsables*:

- por ningún daño o perjuicio causado por el premio en la persona o en los bienes del ganador;

- por fallas, desperfectos, vicios o reclamos de cualquier tipo; los que deberán ser canalizados en forma directa ante sus fabricantes, importadores y/o distribuidores.

²⁶ No obstante esta postura, la jurisprudencia mayoritaria tiene una concepción publicista de la naturaleza jurídica de esta relación; por tal razón, entiende que corresponde la aplicación del Derecho Administrativo y no del Derecho Privado.

²⁷ DROMI, ROBERTO. “Derecho Administrativo” 9ª Edición Actualizada. Ed. Ciudad Argentina. 2001. p. 718.

Estipulaciones de este tipo resultan manifiestamente abusivas; por tal motivo, corresponde idear un *mecanismo de defensa* para proteger al participante. En miras a este objetivo y desde el enfoque sistemático que se propone, debe plantearse judicialmente la nulidad de las cláusulas abusivas y en función de la conexidad contractual y de la pauta orientadora del Art. 40 de la Ley 24.240, *responsabilizar solidariamente por la entrega y vicios en los premios al Integrador, al Medio o Productora, al Prestador, al Esponsor (si lo hay) y a todos aquellos que intervienen en la cadena de comercialización.*

4. Reflexión final

A partir del estudio presentado precedentemente puede concluirse que el concurso televisivo por SMS constituye una novedad, una diversión e indudablemente un gigantesco negocio.

A pesar de que el ordenamiento positivo provee de herramientas muy útiles para amparar los intereses de la parte frágil de un contrato masificado, decididamente resultan ineluctables directivas mínimas producto del orden público de protección.

Entretenimientos de estas dimensiones están destinados a permanecer en una sociedad que exige recreación constantemente. Por ello, el Derecho debe estar alerta para evitar y reparar las iniquidades que puedan ocasionarse a sujetos particularmente vulnerables.