

Telefonía Celular. Concursos y Sorteos Telefónicos

Por Jorgelina Elizabeth Castillo*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Desde su aparición a principios de la década del '80 el teléfono celular ha evolucionado enormemente hasta convertirse para la mayoría de nosotros, sin lugar a dudas, en una pieza indispensable de nuestra vida diaria[1]. Tal es así, que en la actualidad se contabilizan a nivel mundial más de 3.300 millones de líneas activas, de las cuales sólo la módica suma de 40 millones se encuentra en nuestro país[2].

Si bien dicha cantidad no representa una porción relevante a nivel mundial, si consideramos nuestra población veremos que la cifra resulta elevada en términos relativos[3]. Y es recién a partir de este dato que podremos entender la significación que cobran todas y cada una de las operaciones que se realicen con los teléfonos celulares, ya que si bien pueden resultar irrelevantes aisladamente, no llegaremos a la misma conclusión si las analizamos en su conjunto o en su proyección esperada. Para tener una noción sobre esto, podemos citar la evolución que ha tenido el envío de SMS en nuestro país, donde en Enero de 2004 se contabilizaron 667,9 millones hasta llegar en Enero de 2009 a 4.930,8 millones; es decir, que se ha multiplicado esta cifra en más de siete veces en tan solo 5 años.

Es cierto que hasta ahora hemos analizado tan solo números, aunque no podemos dejar de considerar que detrás de cada línea activa hay un usuario capaz de acceder por este medio a diversos tipos de servicios con tan solo presionar un par de teclas. Y si tenemos en cuenta además, que los medios masivos de comunicación contribuyen constantemente con diversos tipos de publicidad a promocionar estas modalidades, nos encontraremos con una receta perfecta para conformar un negocio exitoso en el cual vemos la más de las veces a los usuarios involucrados en un laberinto difícil de salir.

En este artículo pretendemos adentrarnos en la temática de la marcada variedad de servicios a los que pueden acceder los usuarios hoy en día por medio de lo que los expertos en medios audiovisuales han denominado "la cuarta pantalla". Tomaremos como base aquellos tipos contractuales que resultan más conflictivos. Y por otro lado, intentaremos darle un marco jurídico a esta modalidad la cual si bien no tiene una normativa específica que la regule, encuentra su marco en el derecho nacional en su conjunto. Por último, y al solo fin de aportar un elemento más de análisis, haremos referencia al negocio desde las líneas de teléfono fijos.

II. El negocio, sus modalidades [\[arriba\]](#)

Consideramos oportuno, de inicio, realizar una clasificación orientativa de los aspectos negociales.

Es cierto que a través de nuestro teléfono celular podemos acceder a una diversidad de funciones entre las que se encuentra el envío de SMS[4], y será éste el punto inicial de nuestro estudio. Ya que es a través de ésta herramienta, que muchas empresas han encontrado la puerta de entrada de un negocio lucrativo, que no enfrenta un marco jurídico específico que lo regule, circunstancia que trae como consecuencia que el consumidor o usuario de éstos se encuentren la

mayoría de las veces atrapados en una relación contractual de la cual saldrá solo si logran atravesar un virtual laberinto.

Por otra parte, una manera alternativa de acceder a éstos servicios son las llamadas de tarificación adicional, las que ya sea desde un teléfono móvil o fijo se realiza a un número predispuesto, precedido de un asterisco en el primer caso, o de un código 0-609 en el segundo. Si bien ambas son normativamente tratadas de distinta manera, a la hora de aludir a los conflictos que acarrear, intentaremos unificarlas.

Teniendo en cuenta ahora la modalidad de acceso vía SMS, resulta pertinente realizar una primera clasificación genérica a fin de caracterizar el abanico de contrataciones que el usuario podrá realizar por esta vía para luego dentro de cada categoría diferenciar entre los servicios en sí mismos, aclarando que algunos también podrán ser accedidos mediante un llamado telefónico. A saber:

II.1. Contrato que se agota con el envío de un solo SMS.

II.1.a. Descargas:

Hay distintos tipos de contenidos que son ofrecidos para ser descargados al dispositivo móvil mediante una modalidad optimizada de SMS, cual es el MMS o multimedia message service[5].

Dentro de las opciones de descarga encontramos a los tonos de timbre (ring tones), imágenes de la pantalla (wallpapers) y otros servicios de costo adicional los cuales se encuentran alojados en un sitio web[6]. Para acceder a dicho contenido el oferente va a establecer un número al cual el usuario deberá enviar un texto determinado dependiendo del contenido al que desee tener acceso. Una vez que el mensaje ha sido recibido por el oferente, éste enviara al usuario un SMS wap[7] push[8] ya que se estará accediendo a un contenido previamente alojado en un sitio web.

Este contrato queda perfeccionado en el momento en que el usuario vía SMS envíe el código requerido por el oferente.

II. 1.b. Televoto:

Actualmente la televisión dejó de ser un medio unidireccional y ha modificado la forma en que interactúa con el televidente, hasta llegar a los formatos televisivos conocidos como “reality shows”, donde el verdadero protagonista ahora es el espectador, ya que de su voluntad dependerá el destino del show.

En este supuesto, es el usuario quien mediante algún tipo de medio masivo de comunicación emite su opinión y preferencia sobre alguna circunstancia en particular propuesta por el programa televisivo.

Para estructurar más claramente la metodología, el usuario toma conocimiento de algún tipo de concurso que se esté realizando y en tiempo real intentará hacer prevalecer su voluntad - la cual debe coincidir con la mayoría de participantes del mismo- enviando un SMS o realizando un llamado al número que se indique y que corresponda a la opción que considere apropiada. Al finalizar el tiempo de votación, se hará un recuento de votos de donde surgirá cuál decisión ha prevalecido sobre las restantes.

Acá se presenta otra problemática, ya que además de haberse cuestionado la veracidad de los resultados en muchos casos, debemos recordar que la ex ley de Radiodifusión N° Ley N° 22.285 en su art. 24 preveía la situación en la que por algún medio masivo de comunicación se promoció juegos de azar o aquellos en que se realicen apuestas, siendo mandataria la autorización por parte de Lotería Nacional, asimismo el Decreto N° 588/98 y la resolución

157/98 (LNSE) delimitan el alcance de dicha normativa la cual puede presentar algunas complicaciones interpretativas[9].

II.2. Contratos que requieren un encadenamiento de SMS.

En el supuesto que aquí se analiza tendremos como denominador común el requisito inescindible de una secuencia, a veces definida otra veces no tanto, de envío de SMS los cuales se identifican como SMS Premium ya que no dejan de pertenecer a la primera categoría aunque son facturados a un valor mucho mayor que un SMS regular.

Su justificación, desde el punto de vista del empresario, lo encontramos en que hay circunstancias en las que el desarrollador del contenido ha previsto que para acceder a él se deba realizar el envío de varios SMS, ya que le resultaría escasa la retribución con un solo mensaje en relación al valor del servicio ofrecido y del rédito que se pretenda generar. Ellos son:

II.2.a. Suscripciones[10].

Los distintos servicios a los que se pueden acceder mediante la suscripción son variados y dependerá del interés del usuario. Algunos ejemplos pueden ser: listado de películas, noticias, reportes del clima, chistes, horóscopo, etc.

La manera de acceder a estos servicios es a través del envío que realice el usuario de un SMS al número indicado por el promotor seguido de la palabra clave, lo que será imprescindible para la automatización de la respuesta al servicio solicitado. Los mensajes que recibirá de acá en adelante el usuario, pueden ser ordenados a través de su compañía telefónica o de alguna otra.

La característica particular de esta prestación del servicio es que se realiza por tiempo indeterminado, es decir que será el usuario quien tendrá la libertad de decidir su baja. Contrariamente, en la realidad esta libertad difícilmente se materializa, ya que además de ser reticentes en la información que brindan tanto los promotores del servicio como las mismas compañías telefónicas, los mismos suelen poner infinidad de trabas para que la desvinculación se lleve a cabo, y mientras se sigue facturando indefinidamente por el servicio indeseado[11]. Tal como lo expresara La Asociación Defensa de Usuarios y Consumidores (DEUCO) a un medio gráfico, "las empresas no informan a la gente que el servicio es de entrega diaria con renovación automática"[12].

Consecuentemente, consideramos que estamos frente a una relación de las previstas por el art. 1 de la Ley N° 24.240, caracterizada en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I como la relación de consumo por antonomasia, rigiendo el principio que exige la inversión de la carga de la prueba para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva del usuario, dada la imposibilidad en que se encuentra el mismo de verificar la exactitud de las facturaciones cuyo pago es reclamado por la empresa telefónica[13].

Concluimos así, que éste tipo de contrato puede ser considerado como un contrato de adhesión, por cuanto las cláusulas que regirán la relación son predispuestas por el proponente y el usuario se limita a aceptarlas o rechazarlas[14]. Al momento de juzgar sobre este tipo de cláusulas hay que valorar el art. 1071 del Cód. Civ., mediante el cual el juzgador puede neutralizar aquellas que estime abusivas encaminándolas de manera manifiesta hacia un resultado justo.

II.2.b. Chat[15].

Este servicio puede ser brindado a través de distintas modalidades ya que dependerá de las necesidades que tenga el prestador para encuadrar su negocio. En principio, sabemos que estos

son canales de comunicación por los que las personas pueden expresar sus ideas, sentimientos o inquietudes. Se puede dar entre distintos agentes a saber:

- Chat de contactos,
- Salas temáticas de debate,
- Usuario-Usuario,
- Usuario-Operadora - Usuario-Presentador: muy utilizado en participaciones en directo en programas de TV donde el usuario puede dar una opinión sobre la cuestión debatida con gran inmediatez.

Entonces, la contraprestación que recibirá el usuario será, dependiendo de la modalidad, el dar a conocer sus ideas, el resolver algún tipo de dudas, o simplemente entablar relaciones sociales con otros usuarios del mismo servicio.

Aquí lo que se busca es generar un sucesivo y continuado envío de SMS por parte del usuario, quien será incentivado a continuar con la cadena de envíos a través de diversas estimulaciones.

II.2.c. Participación en concursos

Éste tipo de concursos se diferencian de los que tratáramos con anterioridad, ya que aquí no alcanza con que el usuario envíe un solo SMS para ingresar en la lista de posibles ganadores. Los referenciados en éste punto, son aquellos que funcionan como trivias[16], en los que entendemos existe un contrato de ejecución continuada, ya que las prestaciones se prolongan en el tiempo pero el acto es uno solo: la participación en el concurso.

Pues bien, varios pueden ser los jugadores que intervengan en el mapa, dependiendo del medio de difusión, así como también de la tercerización de las plataformas tecnológicas necesarias para el funcionamiento del servicio. Dependiendo de la modalidad, entrarán a componer la escena los siguientes actores: compañías telefónicas, las empresas integradoras que tienen la plataforma tecnológica y el software para procesar datos y, por último, las productoras y canales televisivos.

Es muy significativa la información que se puede transmitir en un solo SMS, ya que el participante deja registro de quién es el dueño de la línea, qué programas mira, y que productos consume. Esa información servirá como herramienta, para que le sean ofrecidos posteriormente servicios adicionales y por otro lado, contribuirán en la redefinición de los contenidos del programa.

Hasta Octubre de 2009, para que este tipo de entretenimiento telefónico basados en el azar, pudieran funcionar, debían ser autorizados por Lotería Nacional Sociedad del Estado, según lo que establecía el art. 24 de la antigua ley de radiodifusión[17]. Actualmente, la ley vigente N^o 26.522 en su art. 81 inc. “m”, solamente prevé con respecto a ésta cuestión, que cualquier publicidad que se realice sobre los mismos, debe ser consentida por la autoridad pertinente.

II.3. Algunos problemas vinculados a la formación del consentimiento.

Por otro lado, según un estudio estadístico realizado por la Agrupación Generaciones Interactivas en Latinoamérica, el teléfono celular tiene una penetración del 94% entre niños y adolescentes de entre 10 y 18 años[18]. Y los organizadores de “El Negocio”, descrito en el apartado II de éste trabajo, son plenamente concientes de ello, por lo que en las Bases y Condiciones de cada uno de estos entretenimientos podremos encontrar cláusulas más o menos redactadas de la siguiente manera:

“Se considerará, sin admitirse prueba en contrario, que quienes enviaron los SMS son los titulares de las líneas telefónicas desde las cuales se concretó la participación. Los Participantes renuncian a cualquier reclamo que pudieran efectuar por la disminución de sus ingresos o cualquier otro daño o perjuicio que se les pudiera derivar de su participación en el Entretenimiento”[19].

Y van aún más allá con cláusulas como éstas:

“El envío del mensaje de texto al número corto correspondiente al teléfono celular desde el que se envió el mensaje de texto que diere lugar a la participación en la promoción resultará plenamente válido, sin que pueda ser opuesto a EL ORGANIZADOR la pérdida, hurto, robo, extravío o avería de los correspondientes equipos telefónicos”[20].

Si bien podría fácilmente argüirse que quien es titular de un teléfono celular es capaz para contratar ya que será mayor de edad, ello no siempre es así. La realidad actual nos muestra que si bien el titular de la línea telefónica resultará siempre mayor de edad, no así lo será el usuario de la misma, ya que es por demás habitual que los padres adquieran líneas de teléfonos celulares para ser utilizadas por sus hijos menores Y es aquí donde se presenta el interrogante de si serán válidos los contratos celebrados por aquellos usuarios, o podrán ser los mismos nulos por carecer de uno de los requisitos de validez para su existencia.

Desde un punto de vista psicológico, podríamos sostener que, en medida estadísticamente significativa, el menor a partir de los 11 ó 12 años de edad ya comienza a tener un nivel de pensamiento operatorio formal. El mismo posee ya a ésta edad aptitud para formular hipótesis abstractas que le dan cierta autonomía de juicio a estos fines. Pero, ¿podrá un niño de esta edad entender la implicancia que tiene suscribirse a un servicio de las características de los descriptos? ¿Es posible que pueda imaginar que con enviar un SMS con una palabra divertida está generando un cargo de alrededor de \$0,8 + IVA diarios? ¿No sería conveniente para los usuarios que desde las compañías telefónicas se pueda permitir el bloqueo de éstas aplicaciones?

Éstos son interrogantes que nos hacemos al mirar la situación actual en la temática, ya que tanto la telefonía móvil como éste tipo de negocios que se han generado en torno a ella, han irrumpido de tal manera que la sociedad actual demanda una solución.

IV. Concursos y sorteos telefónicos. Regulación administrativa [\[arriba\]](#)

IV.1 Los servicios de valor agregado según la Resolución 1083/95.

La Resolución N° 1083 fue publicada en el Boletín oficial del 15/05/1995, motivada en su dictado para paliar una necesidad de aquellos que querían prestar los servicios y se veían ante un vacío a la hora de solicitar las licencias en aquellos días. Es por ello que dicha resolución delimita sus propios alcances describiendo los servicios que significarán para la Comisión Nacional de Comunicaciones como de valor agregado. Consideramos inapropiado establecer una definición general y otra en particular, ya que en temas donde se involucra la tecnología hay que considerar la velocidad con la que ésta se modifica y evoluciona.

Como definición general de servicio de telecomunicaciones de valor agregado, la resolución dice que “son aquellos servicios que, utilizando como soporte redes, enlaces y/o sistemas de telecomunicaciones, ofrecen facilidades que los diferencian del servicio base, aplicando procesos que hacen disponible a la información, actúan sobre ella o incluso permiten la interacción del abonado con la misma”.

Cabe destacar lo amplio de la definición, que abarcaría todos aquellos servicios que se diferencien del servicio base y que no se encuentren contenidos en la definición particular, ya

que consideramos que esta última ha sido meramente enunciativa. Entendemos que se encontraría así un punto armónico entre lo que pretendió regular la normativa en su dictado y las consecuencias de la evolución tecnológica.

A modo de ejemplo, se nombrarán algunos de los servicios referidos en las definiciones particulares: correo electrónico de datos, correo electrónico de fax, correo electrónico de voz, información de datos[21], información de voz y audiotexto, servicio de entrega de datos seleccionados[22].

Todos los prestadores de servicios de valor agregado deben cumplir con el Reglamento Nacional de Licencias (Anexo I del Decreto N° 764/00); el cual como principio general en el art. 4 de su Anexo I establece que las licencias se otorgarán sin límite de tiempo y habilitan a la prestación al público de cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones, fijo o móvil, alámbrico o inalámbrico, nacional o internacional, con o sin infraestructura propia.

Consideramos que los servicios de mensajes de texto si bien no están nombrados en las definiciones particulares del decreto, si se encontrarían subsumidos en aquellos de la definición general, y creemos que esto es simplemente así ya que en la fecha en que dicha resolución fue dictada, el mismo no se encontraba popularizado, ni disponible en nuestro país, por lo que difícilmente puede haber sido tenido en cuenta.

IV.2 Las llamadas masivas o VALM. Resolución de la Comisión Nacional de Comunicaciones N° 1000/99 y modificatoria N° 257/00.

El servicio de valor agregado de llamadas masivas es un subtipo de los descriptos en el acápite IV.1. de éste capítulo y solo abarca a las realizadas desde un teléfono con línea fija. Son comúnmente referidos como los de tipo 0609[23]. Y para poder explotar una de éstas líneas, los prestatarios deben tener la licencia única de telecomunicaciones y registrarse para el servicio ante la Comisión Nacional de Comunicaciones.

La reglamentación de éste ha sido aprobado por la Resolución 1000/99 CNC y su modificatoria, la Resolución 257/00 SC, que a continuación estudiaremos.

La regulación de este tipo de prestaciones fue motivada por la imperiosa protección que requerían los derechos de los usuarios ya que eran víctimas de reiterados abusos, y se fundó en la tutela prevista por el art. 42 de nuestra Carta Magna, temática que será objeto de nuestro próximo capítulo.

Si nos detenemos en los antecedentes normativos, tendremos que el art. 7° de la resolución de la C.N.C. N° 1248/98 facultó al Sr. presidente de la misma a dictar un texto ordenado del reglamento para la prestación del servicio de valor agregado de llamadas masivas, y fue así que se dictó la Resolución C.N.C. N° 1000/99 la que vino a aprobar el texto ordenado de dicha reglamentación y receptó los cambios introducidos por distintas normas vigentes.

Posteriormente, mediante la Resolución 257/00 se restablece la vigencia de la Resolución 132/00, la cual fuera suspendida por la Resolución 134/00 y sería la reglamentación introductoria de modificaciones al Reglamento de Servicios de Valor Agregado con Llamadas Masivas, a fin de resguardar que la información que recibieran los usuarios sea adecuada y veraz, en concordancia con el mandato constitucional.

En definitiva, puntualizaremos los aspectos más relevantes del conjunto de resoluciones dictadas:

i. Se establece como tope de consumo por ANI y por prestador la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO (\$ 45.-) más IVA por mes calendario[24].

ii. Dice que corresponderá en forma exclusiva a los Prestadores del Servicio de Valor Agregado de Llamadas Masivas, la obligación de garantizar la implementación y el control del tope de consumo por ANI.

iii. Establece que las llamadas realizadas al servicio de Valor Agregado de Llamadas Masivas deberán, antes de producirse el acceso al servicio, contar con un tiempo mínimo de guarda equivalente a DIEZ (10) segundos a fin de que el cliente disponga de un lapso para tomar la decisión de usar o no el servicio de Llamadas Masivas[25].

iv. Establece como tope máximo de duración de la comunicación la cantidad de veinte (20) segundos[26].

v. Prevé que en el caso de que un cliente superara el tope máximo de consumo mensual, el prestador del Servicio de Valor Agregado de Llamadas Masivas deberá comunicar tal situación al usuario en un tiempo menor al tiempo de guarda, liberando la comunicación a fin de evitar que esa llamada se le facture al mismo.

vi. Establece que el prestador del Servicio de Valor Agregado de Llamadas Masivas pagará el cargo por el uso de la Red Telefónica Pública en caso que el cliente final decida no utilizar el servicio una vez escuchado el mensaje introductorio, cortando la comunicación antes de expirado el tiempo de guarda o cuando se produzca la situación descrita en el punto anterior.

vii. Pone en cabeza de los prestadores la obligación de informar al cliente, al inicio del tiempo de guarda, la denominación y el precio del servicio con el que intenta comunicarse en un tiempo máximo de 7 (siete) segundos.

viii. Se contempla la situación en que el abonado quiera bloquear el acceso al servicio, estableciendo que será obligatorio para los Operadores bloquear en forma gratuita, para los abonados que lo soliciten por escrito o comunicándose al número 112, el acceso a los Servicios de Llamadas Masivas.

ix. Con respecto a los costos, se estableció en el punto 5 del Reglamento que los precios serán fijados libremente por los prestadores, pero se implantó como tope el valor de referencia de \$ 3 en una primera etapa de lanzamiento del servicio[27].

x. Establece que la falta de pago por el abonado de los servicios de llamadas masivas no habilitará a los operadores para proceder a la suspensión o baja del servicio básico telefónico respectivo.

xi. Prevé el supuesto de que sea utilizado este servicio como vehículo para la realización de concursos, estableciendo que los prestadores serán responsables por la inobservancia de lo establecido en el art. 10 de la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802[28][29], así como de las disposiciones de las Leyes N° 24.240 y 18.226, en caso de corresponder.

xii. Con respecto a las obligaciones en la promoción o publicidad de los mismos se establece que deberá especificarse en cada servicio ofrecido el precio final agregando la mención "+ I.V.A.", en la mitad del tamaño, tipo de letra y color que el número telefónico al que se invita a llamar, cuando se trate de medio gráficos y/o televisivos, en este último caso la información se brindará en cada flash en que aparezca el o los números telefónicos; en un 7% del tamaño de la publicidad en vía pública, y para el caso de publicidad radial en cada ocasión que se indique el o los números telefónicos en el mismo volumen e idéntica claridad de voz que el anuncio principal.

xiii. Inmediatamente después de completada cada llamada el prestador deberá informar mediante un mensaje grabado lo siguiente: “Su llamada ha sido aceptada” o “Gracias por participar” o una leyenda similar.

xiv. En caso de que se verifiquen incumplimientos por parte del prestador, se establecen diversas sanciones que van desde la caducidad de la licencia del prestador, su suspensión o la del servicio temporal o definitivamente hasta la imposición de una multa de hasta el 20% de la facturación correspondiente al programa en el cual se hubiere verificado el incumplimiento.

V. El derecho del consumo [\[arriba\]](#)

La originaria Ley N° 24.240 no alcanzó la magnitud protectoria que los legisladores habían propuesto, ya que la misma fue vetada parcialmente por el decreto N° 2098/93, que entre otras cosas, eliminó la garantía legal para la venta de cosas muebles no consumibles, negó la calidad de litisconsortes a las asociaciones de consumidores, obstó a la obtención de la justicia gratuita para el consumidor y eliminó la tan anhelada responsabilidad objetiva del productor, fabricante, el importador, distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

Todo ello fue posteriormente superado a través de las Leyes N° 24.568, 24.787, 24.999 y finalmente en el año 2008 con la 26.361, todas ellas modificatorias de la originaria Ley N° 24.240. Estas reformas han significado que el derecho del consumo evolucione favorablemente a través de los años, brindando mayor protección a quien se encuentra en una relación de éste tipo y ampliando el campo de aplicación de la normativa que regula la materia.

Pues bien, ahora si queremos definir a la relación de consumo legislada por el art. 3 de la Ley N° 24.240, debemos partir de los datos normativos antes citados, para arribar a su correcta connotación, ya que la reforma instaurada por la Ley N° 26.361 ha sido sustancial en éste aspecto. Por un lado, eliminando los requisitos de profesionalidad, onerosidad y por el otro, eliminando la calidad de consumidor final que debía revestir el sujeto.

A partir de la reforma efectuada por la Ley N° 26.361, el derecho de consumo se integra normativamente con las Leyes N° 22.802 de Lealtad Comercial y 25.156 de Defensa de la Competencia conformándose así un proceso virtuoso de transparencia del mercado y protección al consumidor[30].

V.1. Derecho a la información.

El art. 4 de la Ley N° 24.240 en su redacción actual amplía la obligación informativa en cabeza del proveedor de bienes y servicios, quedando redactado de la siguiente manera: “artículo 4°. Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.

La información con que deben contar los interesados en contratar, es un elemento central para la correcta formación del consentimiento. Quien tiene intención de contratar un bien o servicio, demanda conocer la naturaleza del objeto o del servicio que toma del otro, como así también sus consecuencias, alcance y fin que lo lleve a vislumbrar si el objetivo que se propuso con esa celebración será alcanzado.

Si bien es cierto que las nuevas tecnologías han importado una marcada evolución en las formas en que los contratos son celebrados actualmente, no vemos en el tema bajo estudio que el

proceso haya sido acompañado por un plan educativo hacia el consumidor, que le permita comprender cabalmente los alcances de las relaciones contractuales celebradas[31].

La Ley N° 26.361 ha incorporado como requisito en cabeza de los proveedores, la gratuidad de dicha información, lo cual en éste punto nos lleva a cuestionar la validez que tendrá la simple remisión a ser consultadas las Bases y Condiciones en algún sitio Web. Pues bien, creemos como condición necesaria para la validez de la oferta, además de las previstas por el art. 8, 2° párrafo, la mención expresa del precio final del servicio contratado así como la modalidad - ya sea de suscripción o no- y el plazo de vigencia del servicio[32]. Por ser ellas, condiciones esenciales que no deben escapar del conocimiento del usuario al momento de decidir la contratación de los servicios ofrecidos.

No nos olvidemos que las normas que tutelan el derecho del consumidor son de orden público según lo previsto por el art. 65 de dicha norma. Y la obligación de informar que cae en cabeza del proveedor es exigible durante toda la relación de consumo[33].

V.2. La publicidad y las relaciones de consumo.

La Ley N° 24.240 y su decreto reglamentario 1798/94, traen normas específicas que regulan puntualmente las condiciones de la oferta y los efectos de la publicidad contenidos en ella. Entre otras, podemos nombrar el art. 7 en tanto prevé la revocación por los mismos medios o similares en que fuera difundida, y el art. 8 que establece expresamente los efectos de la publicidad.

Por otro lado, y como dijéramos con anterioridad, a partir de la reforma instaurada en 2008 por la Ley N° 26.361, la Ley de Defensa del Consumidor se encuentra integrada, entre otras, por la Ley N° 22.802. El fin de ésta última, ha sido evitar que los consumidores, mediante publicidad poco clara o engañosa sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la prestación de servicios, protegiéndose de este modo, el derecho de aquellos a una información adecuada y veraz en la relación de consumo prevista por el art. 42 de la Constitución Nacional. Y el Decreto N° 1.153/97 reglamentado por la Resolución de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería N° 89/98 vino a modificar el art. 10 de la Ley N° 22.802, estableciendo pautas claras para la promoción y organización de sorteos o certámenes conforme dicha normativa.

Ahora bien, desde la perspectiva del marketing hay dos maneras en las que el consumidor recibe la información básicamente en la publicidad. En primer lugar se encuentra: el medio verbal, esto es, mediante frases estereotipadas, simples, declarativas y afirmativas, son las llamadas “frases Kernel”; y en segundo lugar, mediante imágenes las cuales pueden atraer la atención, añadir detalles y, sobre todo, generar seguridad en el cliente que antes de comprar un producto “lo quiere ver”[34]. El conjunto de palabras e imágenes se convierten en estímulos para el usuario, quien dependiendo de su propia percepción de lo que ésta viendo u oyendo tomará la decisión de aceptar la oferta o no[35].

Si bien en la generalidad de los casos el usuario va a intentar obtener la mayor cantidad de información posible previamente sobre el producto a consumir, esto no siempre es así. Hay muchos factores que influyen en la conducta del consumidor y entre ellos podemos nombrar la cultura, edad, ocupación, motivación, etc. Y será en base al público al que se apunta, la estrategia que se escogida a la hora de promocionar un servicio.

La penetración del teléfono celular entre los más jóvenes se ha estimado en alrededor del 94 % en Latinoamérica. Es por ello, que consideramos que la información brindada en los medios publicitarios debiera abarcar la realidad de los posibles consumidores de dichos servicios. Más aún, cuando el trato equitativo, el trato digno, la información abierta y veraz y la libertad de elección, son aspectos de la regulación del mercado que se transforman en obligaciones del

oferente a consumidores indeterminados, que generan en estos últimos un derecho subjetivo o un interés difuso[36].

Siguiendo en éste sentido a Lorenzetti sostenemos que en materia de interpretación del mensaje publicitario, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpretación que le da el consumidor medio. Sostiene que se aplica una interpretación global, indivisible, salvo en aquellos casos en que hay una parte llamativa o captatoria, cuyo principal sentido es captar la atención del público[37].

V.3. Venta a domicilio, por correspondencia y otras.

Proponemos ahora traer a análisis la aplicabilidad que tiene en los contratos interactivos que venimos estudiando, el Capítulo VII de la Ley, en especial sus arts. 33 y 34.

Ha sido la caótica experiencia en contratos celebrados que tenían por objeto productos comercializado de ésta manera, lo que ha llevado a los legisladores a dedicarle un capítulo dentro de la Ley de Defensa del Consumidor a esta temática. Y claramente surgen a partir de dicha sanción legislativa los 3 principios que nos proponemos analizar sobre la cuestión. En primer lugar, se protege el derecho a la información que tiene el usuario en este tipo de contrataciones. En segundo lugar, se le da al usuario un plazo de reflexión, que lo ayude a pensar sobre lo ofrecido y contratado. Y por último, muy relacionado al principio anterior, encontramos la previsión expresa del derecho al arrepentimiento o rescisión unilateral incausada del contrato de consumo.

A partir de la reforma instaurada por la Ley N° 26.361 en este capítulo, creemos que las contrataciones objeto de éste trabajo están plenamente regidas por la normativa estudiada. Ya que a partir de la mencionada reforma se establece que el capítulo VII se aplicará a las contrataciones con el consumidor realizadas fuera del establecimiento del proveedor; lo que una vez más implica un flexibilización en la aplicación de la normativa del consumo en aras de proteger al usuario o consumidor.

Ahora bien, advertimos que el régimen del capítulo en análisis comprende no sólo a la venta o prestación de servicios, sino a cualquier otro contrato de consumo típico o atípico que cumpla con las características objetivas y subjetivas requeridas en los arts. 1, 2 y 3 de la norma[38]. Es por ello, que el servicio mediante el cual un contenido es ofrecido al usuario para ser descargado en su teléfono celular y así hacerse del mismo también resulta comprendido en éste capítulo.

Aunque por otra parte, el inconveniente surge a la hora de intentar la aplicación del art. 34 a dicha contratación y tratar la revocación de la aceptación. Porque si bien se podría decir, que el supuesto encuadra en el enunciado fáctico de la norma, difícilmente podrá ser llevado a cabo este derecho reservado al consumidor. Pues hay que considerar que los bienes que aquí se están comercializando son inmateriales o llamados también virtuales, lo que torna la posibilidad legal en ilusoria. Toda vez que el contenido una vez descargado puede ser almacenado, reproducido y copiado con alta facilidad, desnaturalizándose así el fin previsto por la normativa en cuestión.

No obstante, distinto es el supuesto en el que no es la modalidad de descarga la utilizada, sino que se utiliza alguna de las modalidades descritas en el acápite III.2. de éste trabajo. Aquí habría un encadenamiento de mensajes de texto, por lo que entendemos que sería totalmente factible la posibilidad de ejercer la revocación de la aceptación conforme lo prevé el art. 34. Más aún, cuando debe haber sido el vendedor o proveedor quien debió informar al consumidor de ésta facultad por escrito y de forma clara y notoria como lo prevé la norma. Es que aquí, lo que se contrata es un servicio que se extiende tanto en el tiempo como en la extensión de mensajes requeridos para seguir aprovechándolo.

Pues bien, ha sido en la modalidad descrita ut supra donde se han presentado los mayores conflictos en ésta temática. Ya que son los usuarios los que por un estímulo visual o auditivo se sienten tentados a probar y ver de que se trata, sin advertir que al hacerlo, se verán inmersos en una suscripción con renovación automática, donde no hay nada más que deban hacer y los cargos serán descontados de su factura mensual o de su crédito de consumo actual indefinidamente. Ahora bien, uno puede pensar que es la propia torpeza del usuario la causa efectiva del conflicto planteado, pero le pedimos al lector que piense, ¿Quién dejaría pasar la posibilidad de comunicarse con Dios, por ejemplo, si ello implica simplemente enviar un mensaje de texto a un numero corto?, creo que la mayoría de los usuarios lo intentaría. No parece tan caro el precio por el producto adquirido[39].

Creemos firmemente que el organizador del servicio es quien tiene que dar la información adecuada conforme lo prevé la normativa para que el usuario pueda realmente conocer el producto que contrata. Por otro lado, consideramos que debe hacerse efectiva la comunicación al usuario de su facultad de revocación, la cual según la ley debe ser de manera escrita. Por todo ello, consideramos que no es suficiente la mera remisión en la publicidad a un sitio Web donde se tenga acceso a las bases y condiciones del servicio. Más aún, cuando solución adecuadamente legal sería el envío de un primer mensaje de texto sin cargo al usuario corroborando su efectiva voluntad de contratar el servicio y brindándole la información suficiente y necesaria con respecto a la facultad rescisoria que le asiste.

Por último y con respecto a la forma en que puede ser efectivizada dicha rescisión, cabe remitirse al art. 10 ter de la Ley N° 24.240, que fuera incorporado por la Ley N° 26.361, el cual establece que cuando la contratación de un servicio, incluido los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. Evitando así los trámites engorrosos e interminables que muchas veces establecían las prestatarias de diversos servicios para poder finiquitar la relación contractual. Y para materializar dicha previsión, la normativa le da a la empresa receptora del pedido de rescisión del servicio un plazo de 72 horas para que envíe sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente de lo solicitado. Es nuestro anhelo que dicha previsión sea respetada y las empresas sancionadas en caso de incumplimiento.

VI. Tendencias internacionales [\[arriba\]](#)

VI. 1. La cuestión en España.

A lo largo de la investigación, han surgido variadas novedades con respecto a la situación en España, por lo que será nuestro objetivo dar un panorama actualizado de la cuestión, incorporando para ello las últimas novedades que surgieron en los últimos meses del año 2009.

España ha sido uno de los países que se interesó en los inconvenientes que causaban estos tipos de servicios para los usuarios de telefonía celular, y fue a partir de ello, que se resolvió el dictado una orden en el ámbito del Ministerio de Industria y Turismo y Comercio para regular los servicios de mensaje de texto (SMS) y los mensajes multimedia (MMS). En principio, se preveía que esta orden entraría en vigencia al 13 de Noviembre de 2008, pero dicho plazo no se ha cumplido, previéndose que entraría en vigencia en al menos un año a esa fecha[40]. Y así ha sucedido, ya que para entrar en vigencia dicha orden preveía que previamente se dictara un Código de Conducta, por lo que la omisión de cumplir con esa tarea ha sido la única causa del retraso de la entrada en vigencia de la orden. Ahora bien, finalmente el día 29 de junio de 2009, la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarifación Adicional aprobó, los Códigos de Conducta tanto de los servicios SMS Premium, como de las líneas 905 cumpliendo de este modo con lo requerido por la orden, entrando en vigencia los mismos a partir del día 27 de noviembre

de 2009, y siendo obligatorio para todas aquellas empresas que se dedican al negocio de los contenidos interactivos[41][42].

El Código de Conducta fue finalmente sancionado y aquí se reproducirán los aspectos más importantes contenidos en el Código de Conducta para SMS Premium según la publicación realizada en la página oficial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio[43]. A saber:

1- La publicidad de los servicios. Toda forma de publicidad deberá incluir el precio del servicio, así como la identificación de su responsable. El Código garantiza el carácter “legible” de la publicidad: la información deberá figurar en caracteres estáticos y adecuados para su perfecta visualización.

2- Mensajes SMS informativos para el usuario. Cuando un usuario solicite uno de estos servicios, el prestador estará obligado a enviarle un SMS en el que le informe su precio y la identificación de la empresa responsable. Si se trata de servicios de precio superior a 1,20 euros (de suscripción para adultos), este mensaje informativo será previo a la contratación, con lo que sólo si el usuario lo acepta expresamente podrá prestarse el servicio.

3- Normas para la especial protección de los menores. Se establecen horarios específicos para la publicidad y el funcionamiento de servicios dirigidos a menores. Asimismo, se establecen también unos horarios determinados en servicios dirigidos a adultos, en línea con la regulación de los espacios televisivos. Se regulan las publicaciones en que puede aparecer publicidad de servicios para menores o para adultos.

4- Normas específicas para concursos. Los concursos deberán contar con las correspondientes bases depositadas ante notario. Si un voto o una participación de un concursante recibe fuera de horario, sólo se le podrá facturar el importe de un SMS de texto, sin la parte de tarificación adicional correspondiente al hecho de votar. En los programas de televisión, mientras que se anuncie el número telefónico para participar, deberá figurar en la pantalla en todo momento su precio además de la identificación del prestador del servicio.

5- Normas específicas para servicios de suscripción. El Código regula la terminología para contratar y cancelar estos servicios. La contratación se realizará sólo mediante la palabra “ALTA”, que no podrá usarse para otros servicios. Para cancelar la suscripción bastará con la palabra “BAJA”. Además, estará prohibido que la empresa continúe con la suscripción si ha recibido ese mensaje.

Por otro lado, vemos que se aprovechó ésta oportunidad para realizar algunas modificaciones al Código de Conducta vigente para líneas 905, incorporando algunas previsiones en lo que respecta a la participación de concursos de televisión mediante una línea de teléfono fijo. Los aspectos centrales puntualizados por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio han sido los siguientes:

1. Se modifica la normativa sobre publicidad de los concursos, la que deberá ser cumplida obligatoriamente. Entre otras cosas, deberá figurar siempre, y en caracteres estáticos el precio y el prestador del servicio.

2. En los concursos que consistan en la participación del público a través de llamadas a un número 905, será obligatorio que aparezca un rótulo informativo sobre el número de llamadas recibidas en los últimos diez minutos. Lo que se busca con ello, es que el usuario esté informado sobre el número de participantes y sus posibilidades de acceder al programa.

3. Se prohíbe la utilización de números con tarificación adicional para los servicios de atención al cliente o posventa, vinculados a la adquisición de bienes y servicios.

4. La entrada en vigencia del Código será tres meses después de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asigne los nuevos números 905.

Finalmente, el cumplimiento de ambos códigos es obligatorio, pudiendo ser denunciada el eventual incumplimiento de dichas obligaciones por parte de las empresas. En caso de que sea constatado el incumplimiento denunciado, la sanción que se prevé es el retiro al prestador del servicio del número corto con el que haya cometido la infracción. La vigilancia del control de cumplimiento del Código corresponde a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarifación Adicional.

VI.2. La cuestión en Gran Bretaña.

En este país la cuestión ha sido arduamente tratada, tal es así que hace 23 años se creó el ICSTIS (Comité Independiente para la supervisión de los estándares de los servicios de información telefónica), actualmente denominado Phone-pay Plus el cual regula el contenido y la promoción de los servicios de tarifación adicional en dicho país[44]-[45]. Si bien la competencia originaria para ello la tiene la Oficina de Comunicaciones, en Diciembre de 2007 se confirmó que éste organismo actuaría como una agencia la cual sería la encargada de llevar la regulación diaria de todo lo atinente a los servicios de tarifación adicional en nombre de la Oficina de Comunicaciones.

Se trata de una compañía sin fines de lucro, la cual se dedica a regular el contenido y promoción de los servicios a través de su Código de Prácticas, del cual daremos los lineamientos más importantes más adelante[46]. Además de ello, se encarga de investigar las quejas referidas a dichos servicios y tiene la facultad de multar a las empresas que lo incumplen y la sanción puede llegar a suspender su licencia para explotar los mismos. Por otra parte, se encarga de obrar de guía para aquellas nuevas compañías que quieran dedicarse al negocio interactivo y también para aquellas que ya lo estén explotando.

El Código de Conducta fue aprobado el 28 de marzo de 2008 por la Oficina de Comunicaciones bajo la sección 121 la Ley de Comunicaciones de 2003. El mismo se divide en 2 partes:

Parte 1: Contiene la información acerca del alcance del Código y las modalidades para su reforma. Impone las reglas que deben seguir los operadores de redes y los proveedores de servicios en la instalación y manejo de sus servicios. Luego establece las reglas aplicables al contenido y promoción de los servicios en general, y las reglas relativas a algunos servicios en particular.

Parte 2: Los servicios de tarifación adicional existen en un mundo complejo de estatutos y regulaciones aplicables al acelerado tecnológicamente mundo de las comunicaciones, por lo que resulta necesario tener cuidadosas y claras definiciones y procedimientos para asegurar que el código es legalmente comprensible y aplicable. Esta parte del Código contiene las definiciones, los términos formales de referencia de la autoridad de aplicación y la variedad de procedimientos, incluyendo aquellos que se relacionan al incumplimiento del Código y la imposición de sanciones, recursos y los medios de recaudación de fondos para financiar a la compañía encargada de aplicarlo.

El Código se basa en 5 principios:

- transparencia,
- responsabilidad,
- proporcionalidad,
- coherencia,

- objetividad.

Sus lineamientos generales son:

- que se provea información clara y precisa sobre los costos de los servicios.
- Publicidad honesta sobre los contenidos.
- Promociones apropiadas y con una finalidad precisa.

En particular trataremos algunas cuestiones puntuales a continuación:

1. Con respecto a las promociones y los precios de los servicios establece que los proveedores de servicios deben:

- asegurarse que todos los usuarios estén informados claramente sobre el costo para acceder a dicho servicio previo a incurrir en gasto alguno. Además, diferencia los supuestos en que el usuario acceda al precio por vía escrita u oral, en el primer supuesto establece que debe ser fácilmente legible, prominente y debe expresarse en sentido horizontal de manera tal que no requiera esfuerzo para el lector; y en el segundo caso establece que debe ser fácilmente audible y discernible.

- En el caso en que el medio utilizado para publicitarlo sea la televisión o cualquier otro formato audiovisual, establece que si el costo del servicio excede las £2 se debe comunicar tanto por medio escrito como oral, excepto que la autoridad de aplicación lo haya excepcionado de esta obligación.

- Todos los mensajes instructivos necesarios para acceder al servicio deben ser gratuitos para el usuario.

2. En su punto 5.14 titulado comando “pare”, establece que una vez que el usuario envíe un mensaje utilizando esta palabra (STOP) el proveedor debe cesar en cobrar los servicios al usuario, ya que el mismo implica la finalización del mismo.

3. En la sección 7.6 regula las competencias y otros juegos con premios, y establece:

Que los servicios de competencia típicamente caen en 5 categorías básicas:

- Loterías,
- Competencias,
- otros juegos con premios,
- mecanismo de entrada a un sorteo,
- información sobre premios y como reclamarlos.

Con respecto a esta cuestión establece que la publicidad que promocióne éstos servicios deben detallar claramente el costo por minuto y el tiempo que llevará el juego o en su defecto, el costo total por la participación. Asimismo se deben dar los detalles de la operatoria del concurso y se debe indicar que sucede en caso de empate.

En su sección 7.6.5 establece que el material promocional debe detallar claramente toda aquella información que pueda afectar la decisión del participante y en particular:

a. cualquier término clave y las condiciones, incluyendo cualquier restricción con respecto a la cantidad de veces que se puede participar así como sobre los premios a ganar,

b. una descripción adecuada de los premios y otros objetos ofrecidos a todos o una parte sustancial de la mayoría de los participantes, incluyendo el número de premios mayores y los detalles sobre cualquier restricción en su disponibilidad o uso.

c. Cuando un premio consiste total o parcialmente en vales o vouchers, en la publicidad se debe especificar el valor de cada uno en particular así como también el valor global de los mismos.

Se prohíbe que el material promocional:

- use palabras tales como “ganar” o “premio” para describir los artículos ofrecidos a todos o una mayoría considerable de participantes.

- Exagere las probabilidades de ganar,

- Sugiera que ganar es una certeza,

- Sugiera que los consumidores deben utilizar los servicios de tarificación adicional para poder participar cuando se establezca un medio postal alternativo para hacerlo.

Finalmente establece como obligación de los proveedores de servicios que:

- Se aseguren que los precios sean otorgado dentro de los 28 días desde la finalización del concurso, excepto cuando el material promocional haya establecido claramente un plazo superior.

- Se aseguren que todas las participaciones tengan las mismas posibilidades de ganar.

4. Por último, nos referiremos a los servicios de suscripción, el cual fuera definido en el punto III.2.a. de éste trabajo. El mismo es definido en el Código como aquellos servicios en los cuales se incurre en un abono recurrente con tarificación adicional.

Se establece que siempre será posible para el usuario abandonar un servicio de suscripción utilizando el comando “pare”.

Con respecto al material promocional establece que el mismo debe:

- indicar claramente que se trata de un servicio basado en una suscripción. Dicha información debe estar destacada y ser claramente visible y/o audible para los consumidores,

- asegurarse que los términos de uso del servicio de suscripción (Ej. Precio total, información para abandonarlo) sean claramente visibles y/o audibles.

- Promocionar la disponibilidad del comando “pare”.

En su sección 7.12.4 describe el comienzo de la prestación del servicio y sostiene que los usuarios deben recibir gratuitamente un mensaje de suscripción inicial el cual contenga cierta información antes de quedar abonados al servicio[47]. Asimismo se establece que esta información debe ser enviada gratuitamente al usuario en forma mensual o cada vez que el consumidor haya superado el monto de £20 en el servicio.

Por último, se sostiene que bastará el uso del comando “pare” para que el servicio sea interrumpido ya que el usuario debe ser libre de dejar el servicio en el momento en que lo desee y el proveedor no podrá oponerse, excepto que la autoridad de aplicación le haya otorgado un permiso especial para hacerlo.

VI.3. La cuestión en Dinamarca.[48]

Sostiene el autor, Jan Trzaskowski, que legalmente hay una diferencia importante respecto de los servicios de tarificación adicional a los que se accede por una línea fija, de aquellos que se basan en el envío de mensajes de texto. Ya que la primera categoría se encuentra prevista legalmente, mientras que la segunda solo se encuentra regulada por un acuerdo marco. Aunque de todos modos, ambas categorías caen bajo la legislación general aplicable al marketing y provisión de los servicios de tarificación adicional.

Con respecto a las autoridades que intervienen en la cuestión, se encuentra por un lado, La Agencia Nacional de Telecomunicaciones, que se encarga de regular las telecomunicaciones, y por el otro, al Ombudsman de los consumidores quien tiene a su cargo el marketing que se realiza en torno a este negocio. Entre ambos, son las autoridades públicas encargadas de la supervisión del funcionamiento de estos servicios.

Además existen tres consejos de quejas que se encargan de la relación entre:

- el usuario y la prestataria del servicio telefónico (Consejo de quejas de telecomunicaciones)
- el usuario y el proveedor de contenidos (Consejo de quejas de los consumidores)
- los casos relativos a los servicios del código 900 (Consejo del código 900)

Por otro lado, hay dos organizaciones privadas que tienen un rol relevante en la cuestión. Por un lado, se encuentra el Consejo del Consumidor Danés que se encarga de representar a los usuarios, y por el otro, la Asociación de la Industria de las Telecomunicaciones que se encarga de representar a las operadoras de redes.

Con respecto a los precios de los distintos servicios a los que se acceden por línea fija, se sostiene que no hay regulación específica sobre los importes que deben ser cobrados, aunque existen límites sobre los mismos, ya sea en el tiempo máximo de llamada o en el precio total a cargar por el servicio[49]. En cambio, en lo que respecta a aquellos a los que se accede vía SMS se han establecido en el acuerdo marco precios toques para los mismos[50].

En el caso de realizar algún tipo de concurso que requiera el envío de SMS o MMS se establecen límites diarios de número de mensajes por línea de teléfono, y complementariamente se establece un límite máximo en dinero. Además está previsto el hecho de que cada vez que el usuario ha alcanzado cualquiera de los dos toques la participación del usuario debe cesar.

Con respecto a la atención al usuario, se debe pactar entre el prestatario del servicio telefónico y el proveedor de contenidos, que todo lo relativo al servicio sea soportado por éste último. Además el proveedor del servicio debe poner a disposición del usuario un número local de atención al cliente el cual debe estar disponible por al menos ocho horas por día durante los días hábiles. Dicho número debe ser informado al usuario al contratar el servicio.

A la hora de hacer algún tipo de reclamo hay que recordar, que tal como sucede en nuestro país, al usuario se le va a facturar el importe a través del operador de la red de telefonía. Por ello, el usuario va a preferir realizar el reclamo contra la prestataria del servicio de telefonía, más allá que la Agencia del Consumidor Danés recomienda realizar el reclamo asimismo contra el proveedor del servicio. El Consejo ha establecido que la carga de la prueba nunca recae sobre el consumidor. Y cualquier decisión a la que arribe cualquiera de los Consejos anteriormente mencionados, puede ser llevada ante la justicia de ese país. Asimismo, el usuario puede optar por iniciar el reclamo por vía judicial sin realizar el reclamo administrativo previo[51].

VI.4. La cuestión en Holanda

El conjunto de normas que regularon la cuestión en éste país hasta el 1° de julio de 2008 fueron por un lado de carácter público, tal como la Ley de Telecomunicaciones, y de carácter privado cual es el Cód. Civ. y además existieron autorregulaciones por parte de la industria que se dedica a este mercado las cuales no tuvieron un resultado feliz[52]. Tal es así, que a partir de dicha fecha entra en vigencia una nueva legislación y distintas regulaciones[53] que facultan a OPTA[54] Autoridad holandesa independiente del correo y las telecomunicaciones a monitorear todo lo relativo a estos servicios, siéndole encomendada la tarea de analizar con mayor estrictez los futuros pedidos de licencias para prestar estos servicios. Asimismo, en el supuesto de que dicha autoridad se encuentre en duda sobre si otorgar o no la licencia, podrá recurrir al Organismo controlador de probidad en la administración pública, dependiente del Ministerio de Justicia.

La nueva normativa considera que el proveedor del servicio puede incurrir en falta cuando por ejemplo no brinda la información adecuada y correcta antes de la llamada, ya sea sobre el costo de la misma o también en el caso en que se mantenga al usuario conectado a una llamada donde no haya un interlocutor o le sea brindado un verdadero servicio. OPTA considera además que una espera que exceda de 10 minutos hace presumir que el prestatario está en falta.

Hasta marzo de 2006 no había límites en cuanto a los precios máximos que se podían cobrar por éstos servicios de tarificación adicional. Aunque con el objetivo de evitar los fraudes y proteger a los consumidores, éstos eran regulados indirectamente a través de acuerdos alcanzados por las compañías telefónicas y los proveedores de dichos servicios, por lo que se mantenía un rango de precios a razón del tiempo de conexión[55] a respetar para los mismos[56].

VII. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

El presente trabajo apunta a dar los lineamientos básicos en este tipo de contrataciones modernas, en las que muchas veces el usuario se ve sobrepasado por la habitual falta de información con la que cuenta para entender en profundidad el contrato que ésta celebrando. Durante la investigación nos hemos topado con variados obstáculos, y entre ellos, los más difíciles de sortear han sido la falta de una bibliografía consistente y probada, dada la novedad de la temática y la ausencia de antecedentes jurisprudenciales que hayan estudiado, debatido y decidido éstas cuestiones en forma exhaustiva y sistemática.

Pues, en éstas tierras inexploradas hemos observado la existencia de un mercado que crece considerablemente año a año y en el que se manejan cuantiosas sumas de dinero. Por lo que creemos que son las autoridades pertinentes, quienes se deberían ocupar de regular este tipo de contrataciones en pos de proteger los derechos de los usuarios, que son los que en definitiva, resultan seducidos debido a la gran proliferación que ha tenido ésta industria y a resultados de la insistencia con que estos servicios se ofrecen en los medios masivos de comunicación.

Es por todo ello, que entendemos que además de realizar una eficaz regulación del tema, debería tenderse en mayor medida a educar al consumidor, creando una conciencia colectiva del verdadero sentido que tienen los contratos así celebrados. Se ha tratado en el capítulo VI. la situación globalmente, y ha sido deliberada la elección de dichos países en ese punto, porque cada uno de ellos nos muestra una manera distinta en el tratamiento de la temática. Es así que ya sea desde una autorregulación del sector o con intervención de los organismos estatales, se ha podido llegar a un equilibrio inexistente originariamente entre las partes contratantes. Consideramos que éstos ejemplos en el tratamiento de la cuestión son sumamente valiosos y como conclusión de ésta investigación, nos parece pertinente seguirlos. Advirtiendo al lector que no estamos incentivando a copiar ejemplos extranjeros, sino que pretendemos que los mismos sean observados y luego adaptados a la idiosincracia local.

Consideramos como punto de partida en el camino propuesto, la preparación y educación del consumidor a fin de enfrentar y en definitiva comprender las ofertas diarias y constante que recibe por vía gráfica, telefónica, televisiva, etc. Por último, a fin de avanzar sobre la regulación de la temática bajo estudio consideramos oportuno establecer como prioridad en la agenda los siguientes aspectos: publicidad, precio, modalidad de contratación y baja del servicio. Sabemos que hay un largo camino por recorrer y esperamos que este trabajo sea un aporte en pos de cumplir el objetivo.

* Abogada por la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco. Magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral.

[1] En 1984 Motorola lanza a las tiendas el primer celular, DynaTAC 8000X el cual fuera comprado por 300.000 clientes, Fuente: CARLOS NAVARRO GUTIÉRREZ, "Creatividad publicitaria eficaz: Cómo aprovechar las ideas creativas en el mundo empresarial", 2° Ed., Pág. 272, Ed. ESIC 2007.

[2] Según la Comisión Nacional de Comunicaciones en nuestro país pasó de haber 77.313 líneas de teléfonos celulares activas en mayo de 1993 a 46.500.000 en el mes de Diciembre de 2008. Fuente:

<http://www.cnc.gov.ar/ciudadanos/telefoniamovil/evolucion.asp#iconsumo>

[3] Según el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas realizado en 2001 por el INDEC, la población total en nuestro país era de 36.223.947.

[4] En inglés es acrónimo de Servicio de mensajes cortos ("Short Message Service"), sistema de mensajes de texto para teléfonos móviles. Esta innovación no puede adjudicarse a nadie en particular ya que fue fruto de la colaboración prestada entre expertos a nivel mundial.

[5] La diferencia básica con los SMS radica fundamentalmente en el tipo de contenidos al que se accede mediante éstos, ya que los primeros son básicamente textuales, en éstos últimos se puede adicionar además imágenes, tonos, melodías, animaciones, etc.

[6] Es un documento HTML/XHTML accesible generalmente mediante el protocolo HTTP de Internet.

[7] Sus siglas significan wireless application protocol lo cual posibilita el acceso a estos sitios de Internet mediante un teléfono celular sin la necesidad de recurrir al tradicional ordenador o MODEM.

[8] Mediante dicha modalidad accederé al contenido sin necesidad de introducir la dirección (URL) de la página en el teléfono celular.

[9] Idéntica previsión normativa se realiza en el art. 81 inc. "m" de la actual ley de medios N.º 26.522.

[10] Suscribir en su cuarta acepción es definido por la Real Academia española como el acto de abonarse para recibir alguna publicación periódica o algunos libros que se hayan de publicar en serie o por fascículos.

[11] La mayoría de las veces los usuarios no saben que están contratando un servicio por tiempo ilimitado y que serán cargadas a sus facturas las recepciones de una cantidad de SMS diarios con costos que rondan los 0,80 centavos por unidad.

[12] "Usuarios de celulares se quejan por el acoso de SMS molestos". Por: Graciela Gioberchio, publicado en DIARIO Clarín, Ed. domingo 2 de noviembre de 2008.

[13] SCJM, Sala I, "López Dávila en Juicio telefónica de Argentina", 06/11/00, (L.S. 298-118).

[14] El cliente se encuentra constantemente influenciado por la publicidad que funciona como preparador del terreno psicológico dentro del cual se va a desenvolver esta relación jurídica. Es por ello, que el cliente se encuentra motivado a contratar, sin posibilidad de discutir las condiciones negociales generales.

[15] Este término proviene de la lengua inglesa, y en su traducción significaría charla. Aunque actualmente es utilizado para referirse a las ciber charlas, es decir aquellas que se realizan de manera instantánea vía Internet. En este caso el medio soporte por la cual se emitan los mensajes será el teléfono celular aunque dicha información será igualmente procesada por la plataforma.

[16] Consiste en un concurso de preguntas y respuestas temáticas referidas al juego de que se trate, o simplemente en la necesidad de enviar un texto preseleccionado sin más propósito que ser al final del concurso aquél que más veces logró hacerlo, resultando ganador. Estos concursos funcionan con puntajes que se incrementaran cada vez que se envíen más SMS, junto con las posibilidades de ganar. Los precios de cada SMS son alrededor de diez veces el de un SMS regular.

[17] Aunque dicho obstáculo puede ser fácilmente sorteado. El modo más usual y simple de hacerlo es estableciendo algún tipo de pregunta absurda que requiera alguna "destreza" o "habilidad" por parte del usuario para poder acceder a participar y así convertirse en un contrato de juego de destreza intelectual.

[18] Publicado por <http://www.relpe.org/relpe/5celular.pdf> (Consultado el 19 de enero de 2010).

[19] Cláusulas 1 Y 24 de las Bases y Condiciones Generales del Concurso "Gana un IPOD". Manda IPOD al 54321.

Publicadas en <http://ar.contentamobile.com/agregador/web/foot!concurso.action?id=75&concursold=196>.

[20] Cláusula 23 de las Bases y Condiciones correspondientes al concurso "Claro Destino Sudafrica". Manda avión al 333. Publicado en <http://www.moviclips.com/162/23/Noticias/QueresacompanaralaSeleccionaSudafrica.aspx>.

[21] Nótese que la definición proporcionada para este supuesto es de "aquél servicio que, a través de una terminal de computadora, posibilita el acceso y consulta en tiempo real de información contenida en una base de datos, en la

oportunidad en que el usuario lo determine.” Aquí no vemos diferencias con la modalidad descrita como descarga de contenidos.

[22] Definido como: “Servicio que deposita en la terminal de computadora del suscriptor, información seleccionada automáticamente de una base de datos, sobre aquellos temas que el mismo ha predeterminado”.

[23] Quedan excluidas de la normativa aquellas llamadas realizadas por medio de un teléfono celular.

[24] Número de identificación automática de mensajes. Son los dígitos que aparecen en la pantalla del teléfono y pueden decirle el número desde el cual la persona está llamando. Existe otro término llamado “identificación de la línea del llamador”, en general el ANI es el servicio prestado por la compañía de teléfono local. Los dos servicios utilizan números estándares. Tiene grandes beneficios para los centros de llamadas, identificando las llamadas enviadas y realizando una base de datos, los operadores pueden recibir una pantalla con información del llamador.

[25] En diversas resoluciones, la Secretaría ha sostenido que la información adecuada y veraz de los usuarios es un principio liminar de la administración, a lo que puede agregarse la obligación de que la misma sea ofrecida en tiempo oportuno para que estos derechos no se tornen ilusorios. Y además, resulta importante destacar que los usuarios deben estar liberados de cualquier cargo que resulte de su decisión de no acceder a este servicio.

[26] Como fundamento para este punto se sostuvo que establecer una duración máxima para cada comunicación resulta ventajoso para los usuarios, toda vez que tiende a evitar las posibles demoras obligando a las prestadoras a optimizar sus recursos en beneficio de los primeros.

[27] Actualmente el costo de los mismos es de aprox. \$ 3,63 por minuto con IVA incluido. En tanto el acceso por teléfono celular al número precedido de * (asterisco) es de aprox. \$ 1,45 por minuto con IVA incluido.

[28] Art. 10 ley 22.802: ARTICULO 10º – Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere.

[29] El decreto 1153/97 establece en que términos los concursos deben ser realizados y las pautas a respetar para evitar la protección de la ley 22.802.

[30] Conclusión arribada por Fulvio SANTARELLI, en La Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada, Directores Picasso -Vázquez Ferreyra, Pág. 59, La Ley, 2009. El autor señala como elementos centrales por un lado de la Ley de Defensa de la Competencia, su intento por regular lo concerniente al punto de partida en el juego por la conquista de la preferencia del consumidor, intentando recrear situaciones de igualdad para cada concurrente; y por el otro, la Ley de Lealtad Comercial propugna establecer las reglas del ejercicio y desarrollo de aquel juego.

[31] Autores como Alterini han sostenido que un mecanismo de desbaratar la protección del consumidor ha sido el no educar a la gente, a pesar de que el Art. 42 de la Constitución Nacional dispone que “las autoridades proveerán [...] a la educación para el consumo” y la ley de defensa del consumidor 24.240 trae disposiciones precisas al respecto (Art. 60 y sig.), porque cuando la gente conoce cuáles son sus derechos, exige su respeto y reclama su efectividad. En La Ley, 1999-A, Pág. 783.

[32] El Art. 8 en su segundo párrafo exige para las ofertas de bienes y servicios realizados mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, que figure el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

[33] Roberto M. López Cabana, “La información al consumidor. Régimen constitucional legal y reglamentario”, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 8, “Derecho Privado en la reforma Constitucional”, Págs. 250-252.

[34] Roberto Dvoskin, “Fundamentos de Marketing: teoría y experiencia”, 1° Edición, Pág. 69, Ed. Granica, 2004.

[35] Hay ciertos estímulos capaces de producir una perturbación en los sentidos a fin de disminuir la capacidad de raciocinio del individuo y esto sumado a la falta de información, hacen que el individuo no actúe como lo haría ante la ausencia del mismo. Ejemplos de lo relatado son: imágenes de mujeres provocativas y con escasa vestimenta, establecer como código comando del servicio una palabra relacionada con lo sexual, voces insinuantes que prometen satisfacer placeres a través de la contratación del servicio, entre otros.

[36] Ricardo Luis Lorenzetti, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur”, La Ley, 3 de Diciembre de 1996.

[37] Ricardo Luis Lorenzetti, “Consumidores”, 1° Edición, Pág. 159, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

[38] Juan M. Farina, “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Pág. 303, Ed. Astrea, 2000.

[39] “Dios quiere hablarte, Envía DIOS al 1010”, Publicidad gráfica realizada en la vía pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante los meses de Diciembre de 2008 y Enero, Febrero, Marzo y Abril de 2009. Se puede acceder a fotografías de los mismos en <http://wtf.microsiervos.com/images/Dios1010.jpg> y <http://dimensionargentina.blogspot.com/2009/11/manda-dios-al-1010.html>.

[40] Según fuentes del ministerio de industria al que accedió la informadora pública en ese país y que publicó en su edición del 4/11/2008. Se puede acceder a la misma en <http://www.publico.es/dinero/171167/ley/politono/sexo/servicios/SMS/llega>, consultado el 20 de Noviembre de 2008.

[41] La aprobación puede ser consultada en <http://www.mityc.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/documents/np%20códigos%20de%20conducta%2029%2006%2009.pdf>, el día 30 de junio de 2009.

[42] Las líneas 905 son el equivalente a las líneas 0609 de nuestro país. Más adelante haremos referencia a los aspectos más importantes del Código sancionado para éstos servicios.

[43] Consultar en <http://www.mityc.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/documents/np%20códigos%20de%20conducta%2029%2006%2009.pdf>, última vez consultado el 5 de Febrero de 2010.

[44] Phone-pay Plus es una asociación sin fines de lucro registrada en Inglaterra bajo el número de compañía 2398515.

[45] Los costos van desde 10 peniques a £ 1,5 por llamada o minuto desde teléfono fijo. En las facturas de los teléfonos móviles se debe detallar el costo como llamada de tarificación adicional o servicio de tarificación adicional. El costo en los teléfonos móviles generalmente varía, ya que algunas son cargadas por transacción y en otras se carga cada mensaje de texto enviado.

[46] El mismo puede ser consultado al 1/08/09 en www.phonepayplus.org.uk/upload/PhonepayPlus_Code_of_Practice.pdf. Su ámbito de aplicación comprende todos los servicios de tarificación adicional a los que accede cualquier usuario en el Reino Unido o es prestado por un proveedor situado en dicho país.

[47] Tal como: nombre del servicio, confirmación de que el servicio se trata de los de tipo de suscripción, el periodo de facturación (ya sea diario, semanal, mensual) o si esto no se aplica se debe detallar la frecuencia con que los mensajes serán enviados, los costos del servicio y las posibilidades de cómo pueden o se incrementarán, modos de abandonar la suscripción y los datos de contacto del proveedor del servicio.

[48] Nos basamos en el informe nacional presentado por Jan Trzaskowski en Copenhague el 30 de Enero de 2006, aunque al 1 de Agosto de 2009 nos hemos comunicado con el autor quien sostuvo que no se han producido modificaciones sustanciales en el régimen en su país. El mismo puede ser consultado en http://www.bmelv.de/cln_154/SharedDocs/Downloads/EN/ConsumerProtection/AbusePRSDenmark.html, al 5 de febrero de 2010.

[49] Están prohibidos los sorteos por esta vía.

[50] El autor considera que la adopción de este acuerdo marco por parte de la industria ha sido una demostración del interés en autorregular la situación, y así evitar que el mismo sea regulado por vía legal o a través de la intervención del Ombudsman del consumidor danés lo cual puede obstaculizar a la rentabilidad del negocio.

[51] El Consejo asume que la operadora de la red no podrá cobrar el servicio si el proveedor no tiene legitimación para ello. Así se resolvió en un caso donde un menor de edad se había suscripto al servicio de chistes vía SMS; la solución fue que la compañía telefónica no podía hacer efectivo el cobro del servicio ya que si bien el padre del menor había autorizado al mismo a utilizar el aparato, eso no le daba el derecho a su hijo a suscribir estos servicios en nombre de su padre. Asimismo, en dicho caso sucedió otra cuestión cual fuera el incumplimiento por parte del prestador del servicio de dar la información requerida por la Ley de Contratos de los Consumidores. El contrato fue calificado como entre ausentes y ya que el proveedor había incumplido su obligación informativa, el usuario estaba facultado a abandonar el servicio hasta tres meses después de tomar conocimiento de los términos del contrato. Por lo que, sería esta la razón por la que el contrato habría finalizado con anterioridad.

[52] Se tomaron medidas de control por parte de la ex PPT, actualmente KPN en los contratos entre los consumidores y las compañías telefónicas, las cuales consistían en por ejemplo, la obligación de informarle al consumidor acerca de la tarifa del servicio de tarificación adicional, limitar la conexión a un máximo de tiempo, y que el consumidor tuviera la posibilidad de bloquear cierto rango de números

[53] Entre ella, el Código de Conducta para los servicios vía SMS de 2008, Código para las publicidades de 2008 y Código de Publicidad para los servicios vía SMS de 2008.

[54] Ella se encarga de controlar el funcionamiento del servicio, aunque las denuncias por parte de los consumidores deben ser hechas ante la respectiva autoridad de defensa de los derechos de los consumidores (dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos), es de destacar que las mismas son tenidas en cuenta por ésta autoridad a fin de monitorear más eficazmente los servicios.

[55] En el caso de los servicios contratados vía SMS se establece la obligación previa de informarle el precio del servicio al usuario y asimismo distinguir si se trata de una suscripción o no.