

Voces: CONSUMIDOR ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DEBER DE INFORMACION ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ LEALTAD COMERCIAL ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ LEY DE LEALTAD COMERCIAL ~ PROMOCION COMERCIAL ~ PUBLICIDAD ~ PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K(CNCiv)(SalaK)

Fecha: 04/07/2008

Partes: Machuca, Augusto Antonio c. Pepsico de Argentina S.R.L.

Publicado en: LA LEY 18/11/2008 , 4, con nota de Laura Pérez Bustamante; LA LEY 2008-F , 519, con nota de Laura Pérez Bustamante; LA LEY 29/12/2008 , 6, con nota de María Virginia Schiavi; LA LEY 2009-A , 283, con nota de María Virginia Schiavi;

Cita Online: AR/JUR/7025/2008

Hechos:

El participante de un concurso demandó a la empresa organizadora por entender frustrada su posibilidad de acceder al premio debido a la conducta de la accionada, imputándole un incumplimiento contractual. El a quo rechazó la demanda. El actor apeló tal pronunciamiento. La alzada confirmó la sentencia de grado, aunque variando el encuadre jurídico de los hechos en el marco de la ley de defensa del consumidor.

Sumarios:

1. La circunstancia de que las bases y condiciones de un concurso publicitario dispongan que la participación es "sin obligación de compra" tiene por efecto sortear la prohibición expresa del art. 10 de la ley 22.802 -Lealtad Comercial-, por lo cual el carácter gratuito no impide encuadrar el vínculo habido entre las partes como contrato de consumo -art. 1, ley 24.240 modificada por la 26.361- de carácter aleatorio y accesorio, puesto que se trata de un sistema de publicidad destinado a la captación de un mayor número de clientes y por ello sujeto a las disposiciones destinadas a proteger a los consumidores de la publicidad engañosa y al deber de brindar información clara y precisa

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B. "Bodegas y Viñedos Santa Ana S.A.", 10/03/2000. LA LEY 2000-D. 674 - DJ 2000-3, 547; sala A. "Unilever de Argentina SA", 05/08/1999. LLO.](#)

(*) Información a la época del fallo

2. Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios incoada por un consumidor a efectos de obtener el resarcimiento por la frustración de su derecho a acceder al premio de un concurso publicitario organizado por una empresa distribuidora de bebidas gaseosas por premios contenidos en sus tapitas, en tanto el actor incurrió en un error de interpretación de las bases y condiciones al confundir las llamadas "jugadas participantes" -que no dan derecho al premio-, con las "jugadas ganadoras", lo cual torna inaplicable el principio "in dubio pro consumidor" -arts. 3 y 37, ley 24.240 modificada por la 26.361-, ya que no se trata de cláusulas oscuras ni de una interpretación legal dudosa.

Texto Completo:

2ª Instancia.— Buenos Aires, julio 4 de 2008.

El doctor Ameal dijo:

I. Vienen estos autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 149/57, expresando agravios la actora en la memoria de fs.178/79, siendo contestado el respectivo traslado por su contraria a fs. 181/85.

II- Antecedentes.

Augusto Antonio Machuca promueve demanda contra "Pepsico de Argentina S.R.L.", por los daños y perjuicios que dice haber sufrido al ver frustrada su posibilidad de resultar legítimo ganador de la llamada Promoción "Pepsi Gol" organizada por la demandada. Ello con fundamento en que luego de haber completado la cantidad de tapas de gaseosas necesarias para cubrir todas las posibilidades existentes para ganar con la jugada "gol olímpico", una de las diez jugadas que, según la promoción, integraba el concurso, la misma no fue sorteada, resultando excluida, sin haber dado la demandada, aviso previo ni justificación alguna, violando de tal manera la buena fe contractual.

Por tales razones, y al haberse producido una pérdida de chance con altas posibilidades de haber podido ganar la promoción denominada "Pepsi Gol" con la jugada "olímpico", siendo que dicha jugada fue promocionada como ganadora y no fue sorteada, solicita se haga lugar a la demanda instaurada con costas.

La demandada niega a su turno, los hechos esgrimidos por el actor, sosteniendo que la Promoción cumplió con todos los requisitos establecidos por la reglamentación, siendo controlada durante toda su realización y vigencia por el ente de contralor del Estado, Lotería Nacional S.E.; decidiendo el actor libremente participar en

la misma. Destaca asimismo, que de conformidad a las bases y condiciones del concurso, para acceder a un premio de la Promoción resultaba necesario poseer alguna tapa con premio, y que ninguna de las tapas naranjas que el Sr. Machuca dice poseer se corresponde con alguna de las Tapas con premio previamente determinadas e identificadas mediante la incorporación de un código de seguridad, todo ello ante la presencia de un notario, y por ende el actor nunca contó con una chance cierta de ganar el concurso y por lo tanto tampoco sufrió daño alguno que pueda atribuirse a Pepsico de Argentina SRL.

Por tales razones y las demás esgrimidas en el responde, solicita el rechazo de la demanda deducida en su contra.

III.- La sentencia.

El Sr. Juez de grado con fundamento en que la accionada cumplió con la reglamentación vigente, obteniendo la autorización correspondiente de Lotería Nacional a fin de llevar adelante la promoción "Pepsi Gol", siendo las "jugadas ganadoras" sorteadas ante escribano público con anterioridad suficiente a la entrada en vigencia del concurso, y que la jugada "olímpico" no se encontraba entre las jugadas ganadoras que daban lugar a la obtención de premio en dinero, juzga que el actor carece de derecho para reclamar como lo hace, rechazando en consecuencia la demanda con costas.

IV- Agravios.

Tal decisión motiva los agravios del actor, quien cuestiona el análisis que efectúa el a quo de la prueba producida como el marco jurídico en que resuelve el caso sub examen.

Entiende así, que se trata en el caso de un contrato recreativo realizado por la empresa organizadora que mediante juegos como vínculo conexo, tiene como finalidad inclinar la voluntad de los consumidores al consumo de un producto determinado para aumentar sus ventas en el mercado, resultando en consecuencia aplicable el artículo 3 de la ley 24.240 de protección al consumidor.

Sostiene, que la documentación obrante en autos, como afiches publicitarios y tapas de gaseosas que se encuentran reservadas, daban a entender que la jugada "olímpico" iba a ser una de las diez jugadas ganadoras de la promoción, pero luego de finalizada ésta, dicha jugada no resultó ganadora, mientras tanto el Sr. Machuca como participante había recolectado las cinco posibilidades para ganar algún premio con la jugada "olímpico" que luego no fue sorteada.

Concluye, que existió de parte de Pepsico de Argentina SRL una ineficaz, errónea, ineficiente e insuficiente información al consumidor de cómo iba a ser la promoción, dando a entender que la jugada "olímpico" iba a ser ganadora para luego no serlo, generando de tal manera en el Sr., Machuca una falsa expectativa de ganar la promoción "Pepsi gol", provocándole en consecuencia un daño que debe ser resarcido.

Solicita en definitiva por las razones dadas, y las demás vertidas en la memoria en estudio se revoque la sentencia recurrida, haciéndose lugar a la demanda entablada.

V. Planteada así la cuestión, corresponde, conforme a un orden metodológico adecuado, analizar en primer lugar las manifestaciones vertidas por la demandada respecto a que los agravios deducidos por la actora no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia.

Al respecto debe recordarse que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, La Ley, 1975-A, 573; íd. Sala G, del 10/4/85, La Ley, 1985-C, 267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513).

En ese marco, y dado que la quejosa al expresar su disconformidad con el pronunciamiento en vista ha dado cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que habrá de desestimarse la pretensión perseguida por la demandada.

VI. Me abocaré en consecuencia al estudio de las cuestiones propuestas.

Se plantea en el caso, como cuestión principal, en el marco de lo pretendido en el escrito de demanda, como en los agravios vertidos a fs. 178/79, establecer 1) si el actor reunía en el caso los requisitos para considerarse acreedor de un premio de la promoción "Pepsi Gol" organizada por la demandada Pepsico de Argentina SRL; 2) si la jugada "Olímpico", tal como sostiene la actora, fue excluida del concurso cuando había sido promocionada como una jugada participante de la Promoción, infringiendo de tal manera la accionada lo establecido en las bases y condiciones del concurso; y por último, 3) si la demandada cumplió con su obligación de brindar información veraz, detallada, eficaz, y suficiente sobre las características del contrato, o si por el contrario, la publicidad de la promoción pudo inducir erróneamente al actor a considerarse acreedor de un premio del

concurso "Pepsi gol", en función de ser aquella obscura o engañosa.

A fin de dar respuesta a tales interrogantes, corresponde estar a las bases y condiciones de la promoción denominada "Pepsi Gol" organizada por la firma Pepsico de Argentina S.R.L., las que fueran expresamente reconocidas por la actora en la audiencia celebrada a fs. 139, y que conforme documental acompañada a la contestación de demanda, fue aprobada por Lotería Nacional S.E. en los términos del Decreto N° 588/98, publicado por el Boletín Oficial el 26 de mayo de 1998 y demás normas complementarias, debiendo previamente establecerse el marco jurídico en que debe resolverse la cuestión.

La actora, conforme surge del escrito de demanda, decidió participar de la promoción aludida, anunciada por televisión como por afiches publicitarios, adquiriendo las bebidas que participaban en el concurso.

Si bien en el punto 14 de las bases y condiciones (pág. 91/93) se establece que la Promoción es sin obligación de compra, lo que llevó al Sr. Juez de la instancia previa a interpretar que en el caso se trata de un contrato a título gratuito, no dándose en consecuencia el supuesto de consumidores a los que haya que proteger especialmente de una publicidad engañosa o de la existencia de una deber de información claro y preciso, no cabe duda a mi criterio, que las partes han estado unidas por una relación de consumo, puesto que, se trata de un sistema de publicidad destinado a la captación de un mayor número de clientes, lo que indudablemente produce mayores ingresos económicos. Estamos ante un contrato aleatorio pero accesorio. El beneficio no se obtiene directamente a través del juego, sino que consiste en la obtención de un incremento del consumo (conf. Leiva Fernández "Los Nuevos Contratos Aleatorios", La Ley, 1999-E, 1147; CS Mendoza "Supermercados Los Amigos s/ rec. extraordinario de casación en: "Aguirre, José c/ Supermercados Los Amigos ", publicado en RCyS, 2002-396, con nota de Ricardo Lorenzetti, LL Gran Cuyo, 2002-368).

El art. 10 de la ley de Lealtad Comercial n° 22.802, prohíbe el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercadería o la contratación de servicios, cuando dichos regalos o premios estén sujetos a la intervención del azar.

A pesar de la prohibición, la promoción y venta de mercaderías mediante sorteos como atractivo para la venta de otros productos es hoy en día común.

Tal como señala Ricardo Lorenzetti en "Contratos", Parte Especial, Tomo II, pág. 437, citado por la actora en los agravios, "...en general en los concursos que se organizan por los medios de difusión masiva, se ofrece participar sin obligación de compra, con lo cuál se evitan los efectos de la prohibición expresa". Por esta razón, la legislación se ha orientado hacia la imposición de un desarrollado y minucioso deber de información sobre el sorteo, los costos que involucra participar en el mismo, su relación de venta, etc.

Lo cierto es que los elementos para participar del concurso se incluyen en los envases de los productos, o bien se entregan sin obligación de compra, pero a través de un mecanismo (presentación de un dibujo con determinadas características en un único lugar, en un horario determinado y con un máximo establecido por persona), que induce sin duda a quien pretende participar de la promoción a adquirir las tapas a través de la compra de las bebidas.

Sin perjuicio de ello, la modificatoria de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ley 26.361 (Boletín Oficial 7/4/08), amplía el concepto de consumidor también a quien adquiere bienes o servicios a título gratuito.

En consecuencia, la relación jurídica existente entre las partes solo puede entenderse dentro del contexto del contrato de consumo, resultando de aplicación extensiva el art. 8 de la normativa aludida, que dispone que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares, u otros medios de difusión obligan al oferente y se tiene por incluidas en el contrato con el consumidor, debiendo admitirse que toda persona que adquiera el producto participante del concurso o lo obtenga del lugar asignado al efecto tiene derecho a participar del mismo.

Ahora bien, para adquirir el premio, debía necesariamente el actor reunir los requisitos impuestos por el oferente, de conformidad a las bases y condiciones del concurso (pág. 91/93), debiendo en consecuencia analizarse, si las mismas resultan claras y precisas.

El Punto 1, establece que participan de la promoción Pepsi Gol organizada por Pepsico de Argentina SRL las bebidas "Pepsi", "Pepsi Light", "Pepsi Twist", "Pepsi Twist Light" comercializadas en botellas cuyas tapas sean de color naranja y contengan en su cara externa el logo Pepsi y en su cara interna alguna de las menciones descritas en el punto 2 de las bases.

En el punto 2, a su vez, se indica que 1) en la cara interna de las tapas se encontrará impreso el apellido de un jugador de fútbol profesional ; 2) una de las siguientes palabras "volea", "cabeza", "chilena", "palomita", "penal", "caño", "rabona", "taquito"; "olímpico" o "tiro libre"; 3) la mención de algunas de las siguientes sumas: Y 4) un código de identificación, o la mención "Ganaste un Pepsi Gratis" (frase ganadora) y un código.

Las tapas participantes entonces debían contener en su interior los datos descriptos.

Asimismo en el punto 3, se destaca que quienes posean tapas con jugadas con los códigos establecidos por el Organizador y cuyas menciones de jugador y Tipo de Gol coincidan exactamente con alguna de las denominadas "jugadas ganadoras" podrán ganar el premio en dinero indicado en la tapa. En ambos casos la asignación de los premios está sujeta a las condiciones de asignación previstas en las bases.

En el punto 4 se establece que se difundirán diez jugadas ganadoras en diez semanas entre el 18/4/ y el 23/6/04, dejándose aclarado que las jugadas ganadoras han sido ejecutadas al sólo efecto de la Promoción y no corresponden a partido alguno.

En el punto 5 se dice que el organizador ha depositado ante Escribano Público una copia de la filmación de las "jugadas ganadoras", la especificación de los jugadores y tipos de goles que corresponden a cada una de ellas y de los códigos incluidos en cada una de las tapas con jugadas ganadoras que otorguen derecho a la asignación de premios en dinero, destacándose expresamente que no se reconocerán como jugadas ganadoras a ninguna distinta de las depositadas ante escribano; tampoco se aceptarán reclamos sobre la determinación del jugador y tipo de gol especificados por el organizador para las jugadas ganadoras, aún cuando en alguna o algunas de las jugadas ganadoras un jugador o tipo de gol distinto de los determinados por el organizador pueda ser considerado como el correcto.

Conforme lo expuesto, las llamadas "jugadas ganadoras" fueron sorteadas previamente ante escribano público el 4 de febrero de 2004 (acta de fs. 69/72). Las diez "jugadas ganadoras" seleccionadas coinciden con las publicitadas en el diario Clarín, Sección Deportiva del lunes 28 de junio de 2004, acompañado por la actora a la demanda.

Por último, en el punto 8 se señala que los poseedores de tapas con jugadas ganadoras deberán llamar, el o antes del 29/6/04- en su caso-coordinar la fecha en que contestarán las preguntas de cultura general mencionadas en el punto 9... contra entrega de las tapas con "jugadas ganadoras".

Las bases del contrato resultan a mi criterio claras y precisas. La jugada "Olímpico" participaba como el resto de las anunciadas, en la Promoción. Sin embargo, tal condición no la hacía sin más "jugada ganadora", siendo estas las sorteadas ante escribano público con antelación al inicio del concurso y dadas a conocer durante diez semanas consecutivas a partir del 18/4/04 en el programa Fútbol de Primera emitido los domingos y publicadas posteriormente en Clarín Deportivo, Olé o en sitio web www.pepsi.com.ar.

La actora confunde entonces "jugada participante" con "jugada ganadora", incurriendo evidentemente en un error de interpretación de las bases y condiciones del concurso (conf. doctrina de los arts. 1197 y 1198 del Código civil). Las primeras no otorgan derecho a premio. Por ello, entiendo que el principio "in dubio pro" consumidor (arts. 3 y 37 de la ley 24.240 y su modificatoria ley 26.361), invocado por el actor no tiene en el caso particular, incidencia en la cuestión a resolver, desde no se trata de cláusulas oscuras, ni de una interpretación legal dudosa. Básicamente, no reunía el actor los requisitos necesarios para acceder a un premio de la Promoción "Pepsi Gol", no contando asimismo por las razones dadas con una chance cierta de obtener un premio.

Tampoco cabe a mi criterio tildar a la campaña publicitaria de engañosa.

Por cierto que la publicidad ocupa un lugar central en tanto la difusión de las bases, condiciones y reglamentos deben ser transparentes y reflejar realmente la oferta, además de exhibirse en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor, debiendo el organizador y los participantes someterse a las condiciones establecidas (Lexis N° 1/1015085 SJA 20/12/2006. JA 2006-IV-168), pero no lo es menos que en el caso, no se advierte en la publicidad acompañada por la actora en la demanda, que la misma pudiera inducir al participante a engaño respecto de las condiciones del juego, haciéndose suponer que la jugada "Olímpico" era una de las llamadas jugadas ganadoras, desde que se menciona: "Buscá las jugadas en las tapitas y mirá Fútbol de Primera. Si tu jugada coincide con el Pepsi Gol ganás el premio de tu tapita". Es decir, que la obtención del premio impreso en la tapa, dependía de su coincidencia con el PEPSI GOL (jugada ganadora) que se difundía en el programa televisivo Fútbol de Primera, en el Diario Clarín Deportivo, en Olé o en el sitio web www.pepsi.com.ar, sorteado y depositado ante escribano público con anterioridad al inicio del concurso, agregándose que la tapa exhibida en la publicidad es material publicitario y no otorga derecho a premio, con lo cuál resulta claro que las tapitas publicitadas no eran necesariamente "jugadas ganadoras" en orden a lo establecido en las bases y condiciones del concurso.

Las razones expuestas, me conducen a concluir que si bien la cuestión debe resolverse jurídicamente en el marco propuesto por la actora, no se dan los presupuestos fácticos jurídicos que permitan inferir que se haya en modo alguno conculcado el interés individual ni común de los consumidores, debiendo en consecuencia, si mi criterio es compartido, confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto rechaza la demanda deducida por Augusto Antonio Machuca. Costas de Alzada a cargo de la actora en virtud del principio objetivo de la derrota previsto en el art. 68 del CPCC.

Las doctoras Díaz y Hernández por las consideraciones y razones aducidas por doctor Ameal votan en igual

sentido a la cuestión propuesta.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: 1) confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo que decide, manda y fuera objeto concreto de agravios; 2) Imponer las costas de Alzada a cargo de la actora en virtud del principio objetivo de la derrota previsto en el art. 68 del CPCC.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 9, 37, 38 y ccds. de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432 y art. 21 del decreto 91/98; se reducen los honorarios de los doctores L. P. C., D. J. V. y M. G. en conjunto a la suma de \$1.000; los del Dr. R. A. T. a la suma de \$600 y se confirman los restantes honorarios recurridos por no ser elevados.- O J. Ameal.- Silvia A. Díaz.- Lidia B. Hernández.