

OFERTA FRAUDULENTA DE EMPLEO A TRAVÉS DE UN NÚMERO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL: ¿ALCANZA LA RESPONSABILIDAD AL PERIÓDICO ANUNCIADOR?¹

M^a del Sagrario Bermúdez Ballesteros

Prof. ayudante (Doctora) del área de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 21 de julio de 2015

1. Introducción

Los Servicios de Tarificación Adicional (STA) se describen como los “prestados a través de la marcación de números caracterizados por códigos de tres cifras (803, 806, 807, y 907), en los que el usuario llamante (consumidor) paga al llamado (prestador de STA) una remuneración específica (adicional a la derivada de la prestación del servicio telefónico) por la prestación de servicios de información, comunicación o cualquier otro”². Es decir, se trata de la prestación de servicios que suponen para el usuario un coste superior al servicio telefónico normal.

Por todos es conocida la realización de abusos y estafas a través de los números de tarificación adicional que en muchas ocasiones actúan aprovechándose de las situaciones de necesidad, incredulidad y falta de preparación y capacidad de determinadas personas. Entre los abusos más frecuentes destacan: la retención del usuario en línea por más tiempo del necesario para la prestación del servicio solicitado, falsas promociones, concursos o sorteos inexistentes, falsas ofertas de trabajo, falta de información sobre el precio o identificador del prestador del servicio, etc.

2. Cuestión consultada

En esta ocasión, la cuestión que se somete a consulta al CESCO (Centro de Estudios de Consumo) parte de uno de los fraudes que se acaban de apuntar. Concretamente, la duda

¹ Trabajo realizado con la ayuda de financiación a Grupo de investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: GI20142888.

² MENDOZA LOSANA, A.I., “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 8, 2005, p. 75.

planteada surge a raíz de una reclamación relacionada con un anuncio de una oferta de empleo a través de un número de tarificación adicional (807), publicada en un periódico local y que resultó ser una estafa. Tras mantener al usuario largos minutos en espera, finalmente la llamada se corta y en la factura telefónica del reclamante aparece un cobro de más de 10 euros.

La duda que se plantea es **si el periódico, como vehículo anunciador de esa información, tiene algún tipo de responsabilidad respecto a los contenidos ajenos que publica.**

3. Análisis

Sin entrar en el análisis de otras cuestiones relacionadas con la materia³, dedicaremos las líneas que siguen a reflexionar sobre dos puntos: por un lado, la posible responsabilidad contractual o extracontractual en que haya podido incurrir el periódico anunciador del servicio y, por otro, los mecanismos de orden judicial ejercitables ante la conducta susceptible de ser calificada de infracción en materia de publicidad engañosa, así como sus consecuencias en el plano del Derecho sancionador de consumo.

La normativa básica que regula los STA se encuentra en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero (con las modificaciones introducidas por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio) y en el Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional (publicado en la Resolución de 15 de septiembre de 2004 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información –BOE 30 noviembre 2004-, modificada por la Resolución de 8 de julio 2009 –BOE 27 julio 2009-)⁴. Además resultan de aplicación tanto la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios (TRLGDCU, LGP, LCD) como las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos dispuestas en el Código Civil.

Respecto a la posible **responsabilidad contractual** en que hubiese podido incurrir el periódico, ésta ha de negarse. El motivo está en que los únicos sujetos vinculados por el contrato de prestación de servicios de tarificación adicional son el prestador llamado y

³ Un amplio estudio sobre estos servicios se contiene en MENDOZA LOSANA A.I., “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa”, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2004/7-2004-3.pdf>

⁴ La anterior regulación se completa con la Orden ITC/308/2008 respecto a los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes y el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, aprobado por el Acuerdo de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de 29 de junio de 2009, que ha sido recientemente declarado nulo de pleno derecho por la STS 29 enero 2015 (RJ 2015\480) por estimarse dictado por órgano incompetente.

el consumidor llamante⁵. El medio anunciador no tiene, por tanto, la condición de parte en el contrato. Como regla general, la responsabilidad respecto del producto o servicio a suministrar y la información precontractual suministrada corresponde siempre al prestador-suministrador, no a otros profesionales o medios auxiliares que éste haya podido contratar de cara a la prestación final del servicio.

La anterior afirmación se fundamenta no sólo en las reglas generales del Derecho de contratos (CC), sino en lo establecido en la normativa general de protección de consumidores y usuarios (TRLGDCU), así como en la normativa específica reguladora de los servicios que nos ocupan. Así:

- Se trata de una consecuencia directa del principio de relatividad del contrato previsto en el artículo 1257 del Código Civil.
- El artículo 147 del TRLGDCU (en sede de responsabilidad por los daños causados por servicios) establece con rotundidad que no responde nadie más que el prestador de servicios por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios.
- En varias ocasiones el Código de Conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional reitera el carácter obligatorio de las reglas contenidas en el mismo para los prestadores de servicios (arts. 1.3 y 1.5), designándoles responsables del cumplimiento de las obligaciones que se les imponen en cuanto a la forma de ofrecer los servicios y al contenido de los mismos.

En cuanto a la **responsabilidad extracontractual por daños**, en general, se basa en las obligaciones que nacen de los actos u omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 CC) y está regulada en los arts. 1.902 y siguientes CC. Este precepto instaura un sistema de responsabilidad subjetiva en el que la obligación de reparación del daño se hace derivar directamente de la culpa en que haya incurrido el autor de la acción u omisión que merece la calificación de ilícito civil, siempre que haya relación de causalidad (acción/omisión-daño originado).

⁵ En el proceso dirigido a la prestación de servicios de tarificación adicional son dos los contratos que concurren: (i) por un lado, se ejecuta un contrato de telefonía previamente celebrado entre el usuario con su operador de acceso (contrato ordinario de servicio telefónico), que permite al titular del contrato y a cualquier persona con acceso al terminal telefónico establecer comunicación desde el número de teléfono con cualquier otro número y, (ii) por otro, se celebra un segundo contrato con el prestador del servicio de tarificación adicional (contrato de servicio de tarificación adicional); ambas partes, usuario llamante y prestador llamado, se obligan recíprocamente, uno a pagar su precio, el otro a suministrar el servicio requerido.

Uno de los pilares en los que se sustenta el Código Civil para imputar concretos supuestos de responsabilidad extracontractual subjetiva es una “subespecie” de negligencia denominada culpa *in vigilando*⁶.

Podemos encontrar supuestos concretos de este tipo de responsabilidad en materia de servicios de tarificación adicional. Así, el Código de Conducta de 2004 recoge ciertas normas de responsabilidad de los operadores respecto de los consumidores. Sin embargo, no se encuentra norma alguna en dicha reglamentación administrativa que extienda la responsabilidad por esta vía al medio de comunicación anunciador del STA.

En este sentido, el artículo 1.5 del Código de Conducta dispone con carácter general que, además de su carácter vinculante respecto de los prestadores como consecuencia del contrato que le une al consumidor llamante, también “tiene carácter vinculante... para aquellos operadores de red de servicios de tarificación adicional que tengan asignados recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional”⁷.

Por otro lado, repárese en el elevado coste que supondría la imposición al medio anunciador de la obligación de supervisar en cada caso la veracidad o licitud de los contenidos anunciados.

En definitiva, ha de sostenerse la ausencia de responsabilidad del periódico anunciador respecto al carácter engañoso o ilícito de los contenidos anunciados, en la medida que sobre este medio no recae la obligación de “chequear” o comprobar la veracidad o licitud de los contenidos anunciados. No obstante, el resultado cambiaría si el periódico

⁶ La culpa *in vigilando* se encuentra reflejada en tres casos concretos (art. 1903 CC): 1. La que corresponde a padres y tutores respecto de acciones u omisiones de menores e incapaces; 2. La que corresponde a los empresarios respecto de los perjuicios causados por sus dependientes; y 3. La que corresponde a las personas o entidades titulares de centros docentes respecto de los daños y perjuicios provocados por sus alumnos menores de edad durante el tiempo en que se hallen bajo control o vigilancia del centro.

⁷ Y los supuestos concretos a que hace referencia la reglamentación administrativa son tres:

- (i) El primero consiste en la obligación de los operadores de red inteligente de garantizar que se ofrezca al consumidor llamante la información precontractual obligatoria, obligación que como sabemos y reconoce también esta normativa, corresponde al prestador en virtud del contrato.
- (ii) En segundo lugar, se exige a los operadores de red inteligente que garanticen y velen por el cumplimiento del tiempo máximo estipulado de duración de cada llamada.
- (iii) El tercer supuesto, regulado en el Código de Conducta de 2009 para mensajería premium [declarado recientemente nulo de pleno derecho por STS 29 enero 2015 (RJ 2015\480) por haberse dictado por órgano incompetente], dispone que los “operadores de acceso velarán por evitar a los abonados y usuarios de los servicios una facturación mensual desproporcionada en relación al consumo medio del abonado”.

hubiese sido advertido con carácter previo del carácter engañoso o fraudulento de la información anunciada y, pese a ello, no hubiese procedido a su retirada; en cuyo caso, sí cabría imputarle responsabilidad.

Por tanto, rechazada la existencia de responsabilidad del medio de comunicación anunciador de los STA tanto por vía contractual, como extracontractual, nos detenemos finalmente en analizar ***los mecanismos de orden judicial ejercitables ante la conducta infractora en materia de publicidad engañosa, así como sus consecuencias en el plano del Derecho sancionador de consumo.***

La publicidad es un elemento presente en la fase preliminar de la contratación de productos y servicios dirigidos a los consumidores. Se define legalmente como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” (art.2 LGP), constituyendo el ánimo de lucro comercial o profesional, la clave de la definición. Se considera un supuesto de publicidad ilícita la calificada de engañosa [art. 3 e) LGP].

La regulación de la publicidad engañosa está actualmente contemplada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), que no ha utilizado esta expresión para establecer el concepto. Conforme a su nuevo art. 5, se denominan “actos de engaño”, y por tanto es desleal por engañosa, “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” siempre que incida sobre alguno de los aspectos que cita el precepto. Además, la LCD detalla una serie de conductas engañosas en relación directa con los destinatarios que ostenten la condición específica de consumidores. Es el caso, por ejemplo, de las prácticas engañosas “por confusión” del art. 20 LCD, que bajo la rúbrica *Prácticas engañosas por confusión para los consumidores* dispone: “En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”.

La regulación específica de la publicidad de los servicios de tarificación adicional se encuentra recogida fundamentalmente en el Código de Conducta de 2004 (art. 3).

Dentro de la regulación contemplada en esta disposición, destacamos los siguientes aspectos:

- La norma responsabiliza del incumplimiento de las reglas en ella contenidas al prestador de STA y prevé, como consecuencia jurídica ante el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos (incluidos los relativos a la publicidad), la retirada de la numeración al prestador.
- Expresamente dispone el art. 3.3.1 que *“el contenido de todo soporte publicitario por medio del cual se ofrezca la prestación de servicios de tarificación adicional deberá cumplir con lo dispuesto en el presente Código, sin perjuicio de la normativa vigente en materia de publicidad”*.
- Además, el art. 3.3.2 establece que *“el contenido de la publicidad no deberá causar o difundir ofensa individual o colectiva, producir o inducir a engaño alguno”*

En caso de concurrir engaño publicitario, el art. 6 LGP dispone que las acciones ejercitables frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)⁸. Tales acciones podrán ejercitarse contra cualquier persona (anunciante) que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización (art. 34 LGP), pero no contra el medio anunciador⁹.

⁸ El art. 32 LCD (Acciones), establece: *“1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1ª Acción declarativa de deslealtad.

2ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1ª a 4ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

⁹ Respecto a la delimitación de las partes intervinientes en el contrato publicitario, según dispone el art. 8 LGP, tiene la consideración de *anunciante* “la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad” (en el caso que se consulta sería anunciante el prestador de STS); y se consideran *medios de publicidad* a “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten” (en este caso, lo sería el periódico).

Recapitulando, tanto por aplicación de las reglas contenidas en el Código de Conducta, como por aplicación de la normativa vigente en materia de publicidad, el único sujeto responsable en el caso analizado sería el prestador de STA en su condición de “anunciante” de los mismos.

Además, conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios, la publicidad de los STA, debe respetar el principio de veracidad. Tal es el sentido del art. 61 TRLGDCU, que dispone en su apartado 1 que *“la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”*.

De nuevo, en caso de concurrir engaño publicitario, cabría (además del ejercicio de las acciones previstas en la legislación sobre publicidad) tanto la reacción administrativa (en el ámbito del derecho sancionador de consumo¹⁰), como el ejercicio de las acciones civiles que procedan.

- Respecto al ámbito administrativo sancionador, la conducta engañosa constituiría infracción tipificada en el art. 49.1.f) TRLGDCU¹¹.
- En cuanto a las acciones civiles procedentes, destacamos la contractual dirigida a exigir el cumplimiento conforme dispone el apartado 2 del citado art. 61, que establece el principio de integración de la publicidad en el contrato.

Tal principio de veracidad viene expresamente formulado en el art. 2.2.6 del Código de Conducta de 2004 cuando dispone que *“el prestador de servicios será responsable de prestar los servicios en los términos indicados en la publicidad de los mismos. Además, será responsable de que el contenido del servicio se ajuste a lo realmente ofrecido en su publicidad”*.

¹⁰ Vid. CORDERO LOBATO E., “Sanción de consumo por publicidad engañosa en servicios de tarificación adicional: ofertas-cebo con desvíos de llamadas a números de tarificación adicional”, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/Encarna-Cordero-Sanci%C3%B3n-de-consumo-por-publicidad-enga%C3%B1osa-en-servicios-de-tarificaci%C3%B3n-adicional.pdf>

En dicho estudio se comenta la STSJ Murcia (sala de lo contencioso-administrativo), de 4 abril 2014, que declara la conformidad a Derecho de la sanción de 60.101 de multa, impuesta al anunciante por insertar *“anuncios gratuitos en la prensa especializada, ofertando empleos y ventas y alquiler de viviendas en condiciones muy favorables, facilitando como número de contacto en los mismos el de un teléfono móvil, desde el que se remitía a los interesados que contactaban con éste a otro con prefijo 906 (de tarificación adicional). Siendo que, respecto de los referidos servicios, el anunciante no controla ni ofrece nada, limitándose a trasladar una información que previamente recogía de otros medios de comunicación”*. El TSJ considera que la conducta constituye una infracción en materia de publicidad engañosa.

¹¹ El art. 49.1.f) TRLGDCU establece: “Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuario: ... f) El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios”.

4. Conclusiones

Descartada la existencia de responsabilidad (tanto contractual como extracontractual) en el medio de comunicación anunciante, ha de concluirse que:

- 1. El periódico no ha de responder por el carácter engañoso o fraudulento de los contenidos ajenos anunciados; pues no tiene obligación de chequear o comprobar la licitud de los mismos. No obstante, en caso de haber sido informado del carácter engañoso y fraudulento de ellos, sí habría de considerársele responsable por no haber procedido a la retirada de tal información.**
- 2. Calificándose la conducta acontecida como un supuesto de publicidad engañosa, el perjudicado dispondría de distintos mecanismos para articular su defensa (acciones previstas en la legislación sobre publicidad, imposición de sanción administrativa y ejercicio de la acción de integración publicitaria del contrato); todas ellas ejercitables frente al prestador del STA, en su condición de anunciante.**