



Aquí sus quejas
www.uclm.es/centro/cesco

NEGOCIACIÓN TELEFÓNICA ILÍCITA DE CONTRATOS DE APUESTAS ONLINE

Respuesta “Aquí sus quejas”

Lourdes García Montoro
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Se recibe en este Centro a través del buzón “Aquí sus quejas” una queja¹ referida a la negociación telefónica para formalizar un contrato y participar en las peñas de apuestas que oferta la empresa. ***La presente nota se ha elaborado exclusivamente a partir de los datos aportados por el reclamante. CESCO no acredita ni supone que tales datos sean ciertos.***

¿Existe contrato?

Según manifiesta la afectada *“recibí una llamada de la empresa de referencia y después de haber dado mis datos, incluido mi número de tarjeta, les dije que no me interesaba.”*

Según dispone el artículo 1258 del Código Civil *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”*

A falta de consentimiento, no hay contrato, por ser éste un elemento esencial según se determina en el artículo 1261 CC, y sería contrario a las exigencias de la buena fe entender que el titubeo o la duda inicial de la usuaria a la que se ha presentado la oferta puede considerarse como aceptación de la misma. La empresa se puso en contacto con la usuaria en una segunda llamada, en la que volvió a manifestar que no estaba interesada en tomar parte en el servicio de apuestas que le ofrecían. Obviando la falta de aceptación, la empresa envió la documentación por escrito al domicilio de la usuaria, que la tiró a la basura, y empezaron a cobrarle el importe por el servicio.

- Contratación a distancia

¹ Tablón de quejas CESCO: <http://www.uclm.es/centro/cesco/quejas.asp>



Aquí sus quejas
www.uclm.es/centro/cesco

El contrato celebrado telefónicamente es un contrato válido, y por tanto obliga y produce efectos entre las partes². Una vez otorgado el consentimiento telefónico, la empresa está obligada a enviar al consumidor la información por escrito, en un soporte de naturaleza duradera, tal como recoge el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU).

En las Condiciones de participación de la empresa se considera como conclusión del contrato la *“autorización grabada”*, por la que se solicita participar en las peñas de apuestas organizadas por la empresa en cuestión. Así mismo, recoge *“el contrato se verifica con la aceptación de la solicitud por parte de la empresa y el envío de la confirmación de participación previo pago del importe por la apuesta”*. Con lo cual, si la usuaria no ha prestado su consentimiento por teléfono, no hay relación contractual alguna.

El TJUE se ha pronunciado con respecto a la comunicación de las condiciones aplicables a los contratos realizados a distancia en su Sentencia de 5 de julio de 2012, Asunto C 94/11³, y considera necesario que la información se envíe de forma individualizada al consumidor en soporte duradero, que le permita almacenarla y asegurarse de que su contenido no será alterado. La publicación de las condiciones de participación en la página web de la empresa no sería suficiente. De ahí que el TJUE, según el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, considere que la remisión a una dirección de Internet donde se recogen algunas condiciones aplicables a la contratación no garantizaría al consumidor *“al igual que el soporte papel, la posesión de la información mencionada en esa disposición para que, en caso necesario, pueda ejercitar sus derechos”*.

En efecto, las condiciones de participación se enviaron a la usuaria por escrito, y se tiraron a la basura. No se puede entender que el envío de las condiciones por escrito supone perfección del contrato al faltar el elemento esencial del consentimiento.

² A. I. MENDOZA, *“Nueve preguntas clave sobre la contratación de servicios de telecomunicaciones por vía telefónica”*, CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-2.pdf>

³ I. R. STROIE, *“La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia, ha de ser facilitada al consumidor por escrito o en otro soporte duradero, no sirve la remisión a un hipervínculo o a un sitio de internet”*, CESCO, http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/derecho_informacion.pdf



Aquí sus quejas
www.uclm.es/centro/cesco

Protección de datos de carácter personal

De conformidad con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal “*El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa*”. Para que los datos personales puedan usarse con fines comerciales o con cualesquiera otros, será necesario recabar el consentimiento del interesado, consentimiento que podrá ser revocado en virtud del apartado 3 del ya citado artículo 6. La empresa ha vulnerado este precepto, puesto que ha utilizado los datos de la usuaria sin el consentimiento de ésta para darle de alta en un servicio en el que manifestó no estar interesada, además de haber revocado su consentimiento para el tratamiento de sus datos con esta finalidad, reiterando su disconformidad y desinterés en la segunda llamada realizada por la compañía. A pesar de ello, la compañía incluye a la usuaria en su lista de clientes y comienza a cobrarle por la prestación del servicio. Se ha producido una infracción de la normativa de protección de datos, cuyas consecuencias serán las previstas en el artículo 44.3 b) de la LOPD, según el cual “*Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo*” será considerado infracción grave.

La afectada por una posible infracción a la LOPD puede interponer denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos, solicitando inicio del procedimiento sancionador a través del formulario que la Agencia facilita en su página web⁴.

La AEPD se ha pronunciado en varias ocasiones en este sentido, por ejemplo en su Resolución R/02864/2012 derivada de procedimiento sancionador PS/00262/2012 impuso sanción a la empresa que dio de alta en su servicio de suministro a una cliente que no dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal. La Agencia reconoce que son elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Cuando la empresa incorpora a su fichero de clientes los datos de una persona que no ha sido correctamente informada del tratamiento que se iba a dar a los mismos, y cuyos datos son usados para hacerle partícipe de unos servicios para los que no ha prestado su consentimiento, está incurriendo en una infracción cuya sanción puede ascender hasta los 300.000 euros.

4

http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canalciudadano/denunciasciudadano/denuncia_ante_agencia/common/pdfs/mod_e_denuncia.pdf



Aquí sus quejas

www.uclm.es/centro/cesco

De acuerdo con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional recogida en sus sentencias de 3 de julio de 2007 (JUR 2007/236889) y de 29 de octubre de 2008 (JUR 2008/366838), entre otras, es susceptible de sancionarse por la AEPD como infracción de la normativa de protección de datos de carácter personal, el hecho de producirse un tratamiento de datos no consentido por el titular en contra del artículo 6.1 LOPD, cuando no se considere acreditada la prestación del consentimiento que autorizaría el tratamiento de los mismos⁵.

Infracción de consumo

En la contratación a distancia se prevén una serie de sanciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, recogidas en el artículo 49.2 b) TRLGDCU. Referido expresamente a los contratos celebrados a distancia, el artículo 100 TRLGDCU expone que *“queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza”*. Recordemos que la usuaria no ha dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos, y ha manifestado expresamente durante la llamada que le ha realizado la compañía que no deseaba participar en los servicios que le ofrecían, con lo cual recibe un servicio no deseado, por el cual tiene que pagar un precio, precio que le deberá ser restituido por la compañía.

Esta práctica también queda tipificada como infracción de consumo de forma genérica en el artículo 49.1 e) TRLGDCU, en base a *“la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas”*. El cobro realizado a la usuaria por un servicio no solicitado debe ser sancionado como infracción de consumo.

La usuaria podría interponer reclamación ante la Administración competente (OMIC, Dirección General de Consumo de la CC.AA. o Delegación Provincial), y si de los hechos descritos en la misma se deduce la comisión de alguna infracción en materia de consumo, la Administración incoará el correspondiente expediente sancionador y podrá adoptar medidas cautelares.

Garantía de premio

⁵⁵ A. I. MENDOZA, *“Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de octubre de 2008 (JUR 2008/366838). El envío de facturas por la prestación de servicios de telecomunicaciones a usuarios que han desistido del contrato solicitado y la inclusión de sus datos en un registro de morosos constituye una infracción de la normativa de protección de datos, sin que la eventual responsabilidad del responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial excluya la responsabilidad del cedente”*, CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/telecomunicaciones/3.pdf>



Aquí sus quejas
www.uclm.es/centro/cesco

En la página web se asegura que los participantes tendrán premio seguro, y en las Condiciones de Participación se recoge que *“por su inversión semanal de menos de 15,00 (59,90 por mes de juego) Vd. Va a obtener premio en cada mes de juego. De no ser así GARANTIZAMOS LA DEVOLUCIÓN ÍNTEGRA DE SU INVERSIÓN en dicho mes.”*

Si dentro del primer mes de juego la empresa no ha realizado ningún ingreso a su favor por razón de las ganancias obtenidas en la apuesta, podría pedirse el reintegro del total de la cantidad abonada sin que pueda conllevar costes adicionales para el usuario, en cumplimiento de la publicidad realizada para dar a conocer su servicio.

Pero adviértase que en las Condiciones de participación se asegura un premio, pero no se recoge que el importe de dicho premio deba igualar o superar al ingreso realizado para participar en la peña de apuestas, lo cual quiere decir que, a pequeña que sea la ganancia, la empresa ya habrá cumplido con su promesa de obtención de premio seguro en cada mes.

Prácticas comerciales desleales con los consumidores

La afectada considera que la actuación de la empresa es un timo, dado que la información que se suministra al usuario es engañosa, al prometer un premio seguro, cuando lo más probable es que dicho premio no sea equiparable a la inversión realizada para participar en las peñas de apuestas que la empresa oferta.

Si acudimos a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, tras modificación operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se consideran prácticas comerciales desleales con los consumidores las recogidas en los artículos 21 a 31 de dicho texto legal.

Pues bien, en el artículo 22.6 de la Ley de Competencia Desleal se considera práctica desleal por engañosa *“crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado cuando en realidad:*

a) no existe tal premio o ventaja equivalente.

b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.”



Aquí sus quejas
www.uclm.es/centro/cesco

Contra los actos de competencia desleal, el perjudicado por los mismos podrá ejercitar cualquiera de las acciones previstas en el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal.

Conclusiones

La usuaria debería ponerse en contacto con la empresa de forma escrita y a través de medio que acredite su recepción para solicitar que no le vuelvan a cobrar ningún otro recibo, y que le restituyan el importe de lo cobrado indebidamente, puesto que no se ha celebrado contrato alguno. Advertirá a la empresa que, de no proceder en este sentido, se iniciarán las acciones pertinentes, entre las que pueden enumerarse:

- Denunciar a la empresa ante la Agencia de Protección de Datos por uso ilícito de datos personales, en virtud de prohibición establecida en el artículo 6.1 de la LOPD, pudiendo la eventual sanción ascender hasta los 300.000 euros según se dispone en el artículo 45.2 en relación con el artículo 44.3 b) de la LOPD.
- Interponer reclamación ante la Administración de consumo para que le devuelvan lo cobrado indebidamente y denunciar a la empresa por infracción de consumo consistente en el suministro de un servicio no solicitado, tal y como dispone el artículo 100 TRLGDCU, relativo a los contratos celebrados a distancia. La sanción prevista para una infracción de este tipo, que será considerada en todo caso como grave o muy grave, en virtud del artículo 50.2 en relación con el artículo 49.2 TRLGDCU, podrá alcanzar el importe de 15.025,30 euros, importe que podrá incrementarse hasta los 601.012,10 euros si la infracción es considerada finalmente como muy grave.
- Dar a conocer las prácticas de esta empresa y su falta de consideración hacia los clientes para evitar que sigan contratando con ellos, a través de plataformas abiertas al público, como por ejemplo el tablón de quejas del CESCO⁶.
- Todo ello, con reserva expresa de las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

⁶ <http://www.uclm.es/centro/cesco/quejas.asp>