



**EL CASHBACK, TÉCNICA DE CAPTACIÓN DE POTENCIALES CLIENTES,
FUENTE DE LA SUSCRIPCIÓN “ENGAÑOSA” DE CONSUMIDORES Y USUARIOS***

Alba García Hernández

*Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 23 de junio de 2020

Resumen: Como efecto derivado del desarrollo de las nuevas tecnologías surgen nuevas realidades que habrán de ser abordadas por el Derecho con el propósito de velar por la protección de los usuarios de tales herramientas. Así, la habitualidad de prácticas consideradas como susceptibles de transgredir los derechos de los consumidores son cada vez más recurrentes. En este punto, aflora la técnica denominada como cashback o reembolsos online, de la que se presume cierto corte de oscuridad e inseguridad en lo que respecta a la prestación de consentimiento manifiesto y voluntario de los consumidores.

Palabras clave: nuevas tecnologías, *cashback*, consentimiento

* Trabajo realizado bajo la tutela del profesor Ángel Carrasco en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156,, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.



Como bien es sabido, en los últimos años, la tecnología ha vivido un notable impulso, que se ha materializado, entre otros, en la transformación de la actividad comercial¹. Como consecuencia dimanante de este fenómeno, los mercados se han visto significativamente ampliados, dando paso a un concepto de comercio de carácter más global. Este proceso de amplificación no solo se colige del desarrollo de las nuevas tecnologías, sino de la cada vez más presente globalización². Así, puede decirse que el comercio electrónico o *e-commerce* –entendiéndose por tal toda aquella operación realizada por medio de cualesquiera redes de telecomunicaciones, no debiéndose, de esta forma, considerar este en sentido rigorista como mero intercambio a través de Internet³– se encuentra cada vez más normalizado en la actividad cotidiana, tanto de los empresarios como de los propios consumidores. Retomando la cuestión que aquí se aborda, puede decirse que la modalidad comercial que nos ocupa se refiere a la denominada como *venta a distancia*⁴.

En este sentido, el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) hacía pública una encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los hogares durante el año 2019, poniendo el foco sobre esta materia. De esta forma, los datos arrojados reflejan el impacto tan notable de este nuevo fenómeno derivado de la digitalización e informatización del comercio, resultando especialmente llamativo el hecho de que el 62% de la población encuestada, con edades comprendidas entre los 16 y los 74 años, manifestaba haber hecho uso de este medio para la adquisición de bienes y servicios alguna vez, el 58% de los encuestados aseguraba haber comprado *online* en el último año, mientras que el 33,2% de la muestra lo habría hecho en el último mes⁵.

En este sentido, a pesar de que el objeto de la actividad comercial en el ámbito *online* es la misma que la que tradicionalmente se venía desarrollando, ha surgido la necesidad de reformular y de plantear nuevos preceptos para regular esta novedosa forma de entender el comercio⁶. Especialmente significativo es el alcance del consentimiento prestado por las partes, pues, en el caso del *e-commerce*, se considera la concurrencia de este en el

¹ BALLESTERO DÍAZ, F., “El comercio electrónico y el desarrollo de la sociedad de la información. Una perspectiva desde el año 2004”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004, *passim*.

² BESCÓS TORRES, M., “Formas contractuales en el comercio electrónico”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004, p. 173.

³ PARDO BUSTILLO F., “El comercio electrónico en España hoy: aspectos cuantitativos y cualitativos”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004, p. 27. En la misma línea, ADSUARA VARELA, B., “Algunas consideraciones previas sobre el comercio electrónico”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004, pp. 17-18.

⁴ PARDO BUSTILLO F., “El comercio electrónico en España hoy...”, *op. cit.* p. 28.

⁵ Esta información ha sido obtenida del Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los hogares 2019*, disponible en <https://n9.cl/eo6a>, 2019 (fecha de acceso: 22/06/2020).

⁶ BESCÓS TORRES, M., “Formas contractuales en el ...”, *op. cit.* p. 174.



momento en el que el vendedor fuere conocedor de tal aceptación o bien, cuando aquel que ocupa la posición de aceptante no pudiere obviarla sin contravenir los principios de confianza y de buena fe⁷. Para mayor abundamiento, en aquellos contratos realizados por medio de dispositivos automáticos, el consentimiento concurre desde que tuviere lugar la aceptación *ex art.* 1262 del Código Civil (en adelante, CC).

Con todo, el legislador es absolutamente consciente de la vulnerabilidad que entraña para los usuarios y consumidores esta tipología de operaciones *online*, por ello, con objeto exclusivo de evitar potenciales inequidades surgidas en el marco de la relación empresario-cliente, han sido formulados múltiples mecanismos de defensa de los consumidores. Así, por ejemplo, se articula el 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). De otra parte, se promulga la Ley 34/2020, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico con la que se traspone la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación.

En este punto, son muchos y de muy diversa índole los conflictos acaecidos con motivo de la manifestación efectiva de la voluntad respecto a la prestación de consentimiento libre del consumidor en relación con la adquisición de bienes o servicios. Así, por ejemplo, una técnica de *marketing* empleada de modo recurrente en este marco comercial es la conocida como *cashback* o descuentos dirigidos al cliente en su compra, de acuerdo con la cual, es habitual que el consumidor, atraído por la proposición de suculentas rebajas, acepte tales reembolsos, siendo redirigido, *a posteriori*, a otra plataforma distinta a aquella originaria en la que procedió a la realización de la compra, con el objetivo de cumplimentar un cuestionario en el mencionado sitio *web* acerca de sus datos personales, incluyéndose, *ad hoc*, su número de cuenta bancaria. De este modo, una vez satisfecho el trámite por parte del usuario, este deberá aceptar las condiciones generales de contratación entre las que se incluye, de forma expresa, una cláusula ligada a la aceptación de la suscripción en la plataforma emergente, con el correspondiente pago de la renta periódica que fuere pertinente por la prestación de tal servicio.

Con todo ello, queda patente, por consiguiente, la controversia surgida en torno a la aceptación consentida de las estipulaciones acordadas por parte de los consumidores en la contratación a distancia. Consecuentemente, una de las herramientas que define el

⁷ Art. 1258 CC de conformidad con el cual se presupone la perfección del contrato con la mera prestación de consentimiento.



ordenamiento para salvar este escollo es la información fehaciente y efectiva que se le ha de proporcionar al usuario, *a priori*, con el propósito de lograr que los clientes, especialmente aquellos menos habituados al uso de estos mecanismos, puedan prestar su consentimiento de forma consciente y libre, perfeccionándose válidamente el acuerdo y permitiendo que estos sean conocedores plenamente de las consecuencias jurídicas inherentes a la acción de clicar en el botón de “aceptar”, esto es, manifestar, de *facto*, su acuerdo con las cláusulas expuestas. Por ende, alguna de las obligaciones a las que quedan sujetos los empresarios en sus actividades comerciales es a informar al cliente sobre aquellas gestiones o trámites requeridos para la formalización del negocio, así como sobre las condiciones jurídicas y económicas dimanantes del contrato. Asimismo, este deber de información de los empresarios lleva intrínseca la necesidad de proveer información no solo veraz, sino identificable, accesible y fácilmente legible⁸.

Trasladando este planteamiento teórico al supuesto que aquí se debate sobre la legalidad o no de la técnica *cashback* por la que se pretende captar clientela mediante la oferta de reembolso en las compras realizadas en determinadas plataformas y la posterior remisión a otra en la que, presumiblemente, se hiciera efectivo tal descuento previa cumplimentación de formulario sobre datos personales y la aceptación de las estipulaciones vinculadas con el servicio en cuestión, cabe mencionar que el empresario, en este caso, cumple el deber de información previsto en la legislación de consumo vigente en nuestro ordenamiento, pues en tales estipulaciones se recoge de manera expresa la intención de aceptar la suscripción a los servicios de descuentos y el pago, en consecuencia, de renta periódica. No obstante, no es óbice tal hecho, para mencionar la falta de observancia del principio de buena fe por parte del empresario, puesto que, el consumidor manifiesta la voluntad de aceptar las condiciones ligadas al descuento, siendo desconocedor, de forma originaria, de tal requisito de suscripción, no apreciándose esta voluntad en el momento inicial que motivó la prestación de consentimiento pleno y manifiesto de las circunstancias jurídicas y económicas que rigieren la relación originada⁹.

Por tanto, se puede afirmar que esta estrategia de marketing cumple el deber de información previa, pero se aprecia cierta oscuridad que, considerando la situación de especial vulnerabilidad conferida al usuario, habría de ser eliminada, tratando de comunicar el requisito de suscripción en los momentos anteriores a la aceptación de las condiciones. Con todo, los consumidores no deben hacerse valer de esta posición de especial tutela que les brinda el ordenamiento con fines abusivos, por lo que, de manera

⁸ Art 60 del TRLGDCU.

⁹ DE LA ROSA YANES, C., “La protección de los consumidores y usuarios en los contratos electrónicos. Especial referencia a los contratos en el transporte aéreo”, *Revista de Jurisprudencia*, disponible en: <https://url2.cl/x5QiQ>, 2017.



tácita, también se les ha de imponer la obligación de conocer la información pertinente cuando esta les fuere puesta a disposición. En este sentido, la legislación vigente no considera válidas aquellas actividades que conllevaran asociada una retribución económica como contraprestación de aquellos servicios que no hubieren sido expresamente solicitados, pudiéndose encuadrar en el alcance de tal premisa el supuesto objeto de debate.

BIBLIOGRAFÍA

- ADSUARA VARELA, B., “Algunas consideraciones previas sobre el comercio electrónico”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004.
- BALLESTERO DÍAZ, F., “El comercio electrónico y el desarrollo de la sociedad de la información. Una perspectiva desde el año 2004”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004.
- BESCÓS TORRES, M., “Formas contractuales en el comercio electrónico”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004.
- DE LA ROSA YANES, C., “La protección de los consumidores y usuarios en los contratos electrónicos. Especial referencia a los contratos en el transporte aéreo”, *Revista de Jurisprudencia*”, disponible en: <https://url2.cl/x5QiQ>, 2017.
- Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los hogares 2019*, disponible en <https://n9.cl/eo6a> , 2019.
- PARDO BUSTILLO F., “El comercio electrónico en España hoy: aspectos cuantitativos y cualitativos”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (813), 2004, p. 27.