



EXPTE. NÚM.: 101.064/2009

En la Sede de la Junta Arbitral Nacional de Consumo a 22 de marzo 2009, se reúne el Colegio Arbitral para dictar laudo en el procedimiento arbitral en el que fueron partes, Don _____ y Telefónica Móviles España S.A., el Colegio Arbitral está compuesto por:

PRESIDENTA DEL COLEGIO ARBITRAL

Doña:

VOCALES

Don _____
Colegiado ejerciente ICAM
Propuesto por la Asociación de Consumidores CEACCU

Don _____
Colegiado ejerciente ICAM
Propuesto por la Asociación empresarial AECE

RECLAMANTE:

Don/Doña:

D.N.I.:

RECLAMADO:

Telefónica Móvil España S.A.
D.N.I./C.IF: A-78923125

Antecedentes

La Secretaria de Confianza Online, recibió, a través del formulario de reclamación disponible en la página web del sistema, una reclamación de Don _____, manifestando su malestar por la anulación unilateral de la compra de un Pack Prepago Nokia 5130, realizada a través del portal www.movistar.es, del que es responsable Telefónica Móviles España S.A., empresa adherida a Confianza Online.

Según se desprende de la reclamación, el consumidor realizó la compra con fecha 28 de septiembre de 2009, a un precio de 25 euros con gastos de envío gratuitos. Pese haber recibido confirmación del pedido el reclamante afirma, que este ha sido anulado por la empresa por lo que, no conforme solicita la entrega inmediata de su pedido al precio ofertado en la web.

Que según considera el consumidor dicha actuación podría suponer una vulneración al artículo 14, "Principio de Legalidad", del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, en relación con el artículo 1278 del Código Civil.

Como quiera que Telefónica Móviles de España S.A., es una compañía adherida a Confianza Online, la misma ha manifestado a través de su adhesión, su vinculación al Código Ético para, una vez agotado el plazo previsto en el artículo 34.6 para alcanzar un acuerdo por mediación, someter a la Junta Arbitral Nacional del Consumo las reclamaciones relativas a las transacciones electrónicas con consumidores presentadas por la presunta infracción de las normas del mencionado Código.

Presentada la solicitud arbitral en equidad, admitida a tramite y formalizado el Convenio Arbitral entre la parte Reclamante y Reclamada, se comunico a las mismas el inicio del procedimiento arbitral y la designación de los árbitros, y de acuerdo con el artículo 44 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, se celebros la audiencia de forma escrita, pudiendo las partes aportar las alegaciones y pruebas que estimaren precisas para hacer valer su derecho.

FASE DE AUDIENCIA

La Secretaria del Órgano Arbitral, procede a recoger las alegaciones y referir los documentos presentados por las partes, a este Colegio Arbitral.

EL RECLAMANTE,

Se ratifica en la reclamación presentada ante Confianza Online y expone que el día 28 de septiembre de 2009 adquirió en la tienda online de Telefónica Móviles un Pack Prepago, compuesto por un Terminal Nokia 5130 y su respectiva tarjeta con un número de teléfono, al precio de 25 euros con gastos de envío incluidos.

Teniendo confirmado el pedido, días mas tarde le llaman diciéndole que se produjo un error en la tienda online y el precio real era de 69€ mas una recarga de 25 euros.

Solicita

Que la empresa reclamada le proporcione el Pack adquirido al precio establecido en la web.

PRESENTA:

- Copia DNI.
- Pantallaza de la oferta
- Confirmación del pedido
- Copia del expediente Confianza Online

ALEGACIONES DEL RECLAMADO

D. _____, mayor de edad, Abogado, con domicilio, a estos efectos, en _____, _____, con D.N.I./N.I.F. _____, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que comparezco en mi calidad de Apoderado de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (en adelante TME), Sociedad Unipersonal cuyas circunstancias constan en la escritura de mandato de la que hago uso, autorizada por el Notario de Madrid D. _____ el día 26 de julio de 2007, con el nº 2477 de su Protocolo.

Y, en ejercicio de las facultades que me están conferidas, por medio del presente escrito, vengo a

EXPONER

1º Que se ha recibido **Petición de Alegaciones** por la Junta Arbitral Nacional de Consumo en relación con la reclamación referenciada en el epígrafe, relativa a una Promoción de Prepago reflejada en la página Web de Movistar.

2º Que a efectos de su lectura y consideración en el proceso abierto, se realizan las siguientes

MANIFESTACIONES

-Con carácter previo al análisis del asunto, conviene informar a la Junta Arbitral Nacional de Consumo que con fecha 28 de septiembre de 2009 se reflejó en la página Web www.movistar.es y en concreto en la sección “Tu tienda”, unas promociones prepago, que permitían adquirir terminales, con unas características técnicas avanzadas, a un precio muy competitivo.

-El precio del terminal elegido se encontraba en todo momento visible para el usuario en el margen inferior izquierdo, justo debajo de la foto del terminal.

-Teniendo en cuenta que el usuario fue consciente desde el inicio del precio correcto del terminal, debe igualmente señalarse que en el margen derecho y fuera del área “Selecciona tu Móvil”, aparecía en el recuadro “Mi cesta” un precio erróneo de tan sólo 25 € para cualquiera de los trece terminales promocionados.

-En este sentido y dado el precio sin subvención, resulta insostenible que las personas interesadas desconocieran el valor del producto y no fueran conscientes, suponiendo por tanto que por sólo 25€ se obtenía un terminal con las condiciones anteriormente descritas. A título de ejemplo, los reclamantes acreditan un alto grado de conocimiento del producto así como la normativa específica aplicable y literalmente dicen: “Por el ámbito telemático de la contratación también es conocedor de la aplicación de la Ley de comercio electrónico y sociedad de la información...”

-Conjuntamente con la corrección se publicó una Nota Informativa en la “Home” de Movistar.es, en el apartado “Noticias” (*se anexa como documento nº 4*) y se inició el contacto con los solicitantes para pedir disculpas, informarles de las condiciones correctas de la Promoción y ofrecerles, como compensación, una recarga extra de 20€ en caso de adquirir el pack prepago con el precio correcto. Señalar que, una vez informados, un elevado número de los mismos comunicaron su voluntad de cancelar la petición o dieron su conformidad con el precio y la recarga extra, agradeciendo en cualquier caso la aclaración recibida por la Compañía.

-La buena fe es un principio general del derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta. Ella exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. Por tanto, éste principio impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente.

SOLICITO a la Junta Arbitral Nacional de Consumo, a la que tengo el honor de dirigirme, tenga por presentado este escrito, a efectos de su lectura y consideración.

OTROSÍ DIGO: que a efectos de notificaciones, señalo el domicilio social de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., en Ronda de la Comunicación, s/n Edificio Norte 1, 6ª planta, 28050 Madrid. (Tfnos.: 680 079799 / 680 074791 / 680 074925/ 680 071479) FAX: (680 07 76 71).

Presenta

- Imagen de la oferta publicada, correspondiente al Nokia 5130.
- Imagen, características y precios actuales del Nokia 5130 libres en la propia tienda oficial de Nokia.

CONSIDERANDO

-Que la pantalla en la que figuraba la oferta de un pack Nokia 5130 en la modalidad de prepago, aparece el precio de 89 euros y señala las características de la oferta.

-Que cuando el reclamante procede a efectuar la compra junto al precio de 89€ y en el recuadro de "Mi cesta", aparece otro precio diferente, el de 25€. El reclamante conoce el precio y las características ofertadas desde el inicio de su compra, es decir el precio de 89 euros que figuraba en la pantalla junto con el otro precio de 25€ que figuraba en el total de mi cesta y es desde ese momento que presta su consentimiento para realizar la compra.

-Que no se aprecia mala fe entre las partes, ni tampoco puede atribuirse a la empresa ánimo de publicidad engañosa, ya que en todo momento aparecía la información del precio correcto en la pantalla.

Tras lo cual y, previa deliberación, el Colegio Arbitral se pronunció emitiendo el correspondiente Laudo en Equidad:

Laudo

Desestimar la pretensión del reclamante, al estar debidamente publicitado el precio del móvil Nokia en la página web de Telefónica Móviles, aunque apareciera otro precio diferente, además del correcto cuando se procedió a la compra.

Dicho **Laudo** ha sido adoptado por **MAYORIA**, con el voto particular del árbitro de la Asociación de Consumidores.

Voto particular emitido por el Árbitro vocal de la Asociación de Consumidores (CEACCU)

D. _____, letrado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, miembro de derecho de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, órgano colegiado adscrito al Instituto Nacional de Consumo, en calidad de árbitro vocal de la Asociación de Consumidores (CEACCU), por medio del presente escrito y dentro del plazo legalmente establecido, para su incorporación al laudo adoptado por mayoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en concordancia con lo previsto en los artículos 24.1.c) y 27.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, formaliza el siguiente **VOTO PARTICULAR**:

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.- El árbitro disidente muestra su conformidad a los contenidos en el Laudo mayoritario, que se dan aquí por reproducidos en aras de evitar ociosas reiteraciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Dispone el artículo 61 del vigente Real Decreto Legislativo 1/1007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios referido a la publicidad que *el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.* A través de ha venido defendiendo de modo unánime por doctrina y tribunales la conocida doctrina integradora de la publicidad en el contrato.

Según expone FERNANDO MARGARZO (Vid. FERNANDO MAGARZO,

R. en LLAMAS POMBO (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 2005, p. 195), frente al régimen general existente con anterioridad a la entrada en vigor de la LGDCU, el art. 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, hoy trasladado al ya citado art. 61 del TRLGDCU, protege al consumidor cuyas expectativas basadas en la publicidad han quedado defraudadas con independencia de la intencionalidad o negligencia del anunciante. En el mismo sentido MORENO LUQUE (Vid. MORENO LUQUE, C.M. en LEON ARCE, A. (Coord), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2000, p. 140) apunta que la publicidad será exigible aunque su inexactitud no se deba a culpa o dolo del anunciante.

Prescindiendo de otros pronunciamientos previos incluso a la LGDCU, como resultó ser la STS de 27 de enero de 1977, la primera sentencia de nuestro Tribunal Supremo que acoge la aplicación de la integración contractual de la publicidad es la de 7 de noviembre de 1998, concluyendo que *la publicidad sobre un objeto, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los consumidores y usuarios, y origina responsabilidad en el oferente.*

El contrato en suma ha de entenderse perfeccionado entre las partes, habiendo confirmado la vendedora la operación electrónicamente, por lo que tal y como señalara la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 23 de noviembre de 2006, no cabe la alegación de supuesto error en el precio ofertado en la página Web.

Como ha razonado también CORRAL GARCIA (Vid. CORRAL GARCÍA, E. *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002, p. 215), doctrina y jurisprudencia coinciden en la interpretación del artículo 61 TRLGDCU: lo que establece dicha norma son los efectos contractuales de la publicidad, sin que sea necesario estudiar su naturaleza desde la perspectiva de la formación o conclusión del contrato. Coincidimos con CORRAL cuando concluye que este precepto ha supuesto un torpedo a la línea de flotación de la distinción dogmática anterior entre oferta de contrato e *invitatio ad offerendum*, no pudiendo el empresario esgrimir que la publicidad no tiene valor vinculante de cara a sus obligaciones, pues la confianza generada en los consumidores por sus declaraciones ha de verse satisfecha con el efectivo cumplimiento de lo anunciado.

Segundo.- La buena fe, sintetizada en la doctrina alemana conforme al principio *Treu and Glauben*, implica fidelidad del sujeto de derecho a las normas morales y jurídicas que deben regir en cada caso su conducta, y como dimanante de esta conducta, la confianza que debe inspirar en los demás individuos y en la comunidad. Es por ello que la buena fe como el posible abuso de derecho, debe examinarse caso por caso. Y ello hace, que no sea factible, como ya anunciábamos, una automática extensión o reproducción de laudos anteriores dictados por esta Junta Arbitral Nacional de Consumo a todo tipo de supuestos, que aún pudiendo presentar características semejantes no guarden absoluta identidad analógica. Esto es, puede no tener la misma consecuencia jurídica la pretensión de compra de dos unidades de un producto

que de doscientas, y a su vez, las propias características del producto, el precio, los destinatarios del mismo, su actitud en el proceso de compra o reclamación, el modo de presentación de la oferta o publicidad, las circunstancias de la venta y adquisición pueden modular o alterar radicalmente estas consecuencias jurídicas, atendiendo a la observancia de este superior principio jurídico de buena fe.

Para la apreciación de la buena o mala fe de las partes, ha de partirse del pacífico axioma de que en principio se presume la buena fe y ha de probarse la mala fe. Ha de recordarse nuevamente la doctrina jurisprudencial imperante que exige la prueba de la extralimitación o de la mala fe, como hecho constitutivo de la acción, incumbiendo la carga de la prueba a quien alega su existencia (SSTS de 9 octubre 1986 o de 2 de diciembre de 1999, entre otras). Así las cosas, y sin ánimo de incurrir en reiteración, bajo ninguna circunstancia cabe deducir la ausencia de buena fe en el consumidor, a pesar de la manifestación carente de la mínima galanura en este aspecto vertida por la reclamada en su escrito de alegaciones.

Tercero.- Resulta también invocable la conocida doctrina de los *actos propios*, construida sobre el artículo 7 del Código Civil (*contra actum proprium venire qui non potest*), que supone la inadmisibilidad de la declaración de voluntad prestada posteriormente en sentido opuesto. La jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo 5 de octubre de 1984, 25 de septiembre de 1987, 10 de enero de 1989, 20 de febrero de 1990, o 10 de junio de 1994 *ad exemplum*) tiene declarado la virtualidad del principio de derecho de vinculación a los actos propios con las siguientes exigencias:

a) Que el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo.

b) Además es necesario en nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior.

c) Que dicho principio solo puede estimarse cuando el acto o actos en que se apoyen definan de modo inalterable la situación de quien lo realiza y que los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter transcendental o por constituir convención causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a actos que previamente hubiesen creado esa relación o situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.

Es decir que la esencia vinculante del acto propio en cuanto significativo de la expresión del consentimiento, es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que origine un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior y fundamento en un comportamiento voluntario, concluyente e indubitable, de tal modo que defina de manera inalterable la situación del que lo realiza (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio y 12 de julio de 1990). Asumida esa realidad fáctica, actos concluyentes del sujeto, cuando en determinada relación jurídica actúa de manera que produce en otro una fundada confianza de que, por la significación de su conducta, en el futuro se comportaría coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (art. 7.1 CC) y convierte en inadmisibles las pretensiones que resultan contradictorias con dicha precedente forma de proceder (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982, 7 de enero de 1984, 1 de marzo de 1988 y 28 de junio de 1990).

Trasladada la anterior doctrina al supuesto de hecho que examinamos, no cabe sino concluir que incurre la mercantil reclamada en el quebrantamiento de la examinada doctrina de los actos propios, cuando tras expresar su oferta contractual, confirma la misma de modo personalizado al reclamante, otorgándole el número de pedido y pretende con posterioridad deshacer su compromiso, desdiciéndose de sus propios actos, con alegación de un supuesto error, del que sólo ella es responsable.

Cuarto.- En último lugar, ha de recordarse que según advertía el insigne jurista LARENZ (Vid. LARENZ. K, *Derecho de obligaciones*, Tomo Y, 1958, pág. 148), donde la confianza se pierda, la comunidad y la comunicación humana quedan afectadas en su base. Nuestro Código Civil ya hemos apuntado que refleja el principio de la confianza a través de la norma general contenida en su título preliminar. A su vez en el ámbito contractual, el artículo 1258 CC exige que los contratantes se atengan a la buena fe en el cumplimiento de lo pactado. En el comercio electrónico esta confianza se hace si cabe más acuciante tanto para el propio consumidor que contrata como para la propia supervivencia y éxito de este cauce comercial. Existe por ello junto a las poderosas razones ya expuestas un argumento más que debiera haber hecho absolutamente prosperable, a criterio de quien suscribe, la pretensión del consumidor, la necesaria y fundamental confianza que el comercio electrónico ha de inspirar a los consumidores del siglo XXI.

En virtud de todo lo expuesto, este árbitro-vocal de la Asociación de Consumidores de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, emite el presente **voto particular**, por el que disiente respetuosamente del laudo adoptado por mayoría para su incorporación al mismo, entendiendo procedente la estimación íntegra de las pretensiones del consumidor reclamante y la entrega a este del producto solicitado por el precio ofertado por la entidad reclamada.



El plazo para el cumplimiento de este Laudo es de 15 días siguientes a partir de su notificación.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, pudiendo interponer contra el mismo recurso de anulación de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, siendo competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado, y pudiendo ejercitarse la acción de anulación dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su notificación.

Y para que conste, firman el presente Laudo los indicados miembros del Colegio Arbitral, ante el Secretario de la misma, en el lugar y fecha señalados al principio.

EL PRESIDENTE,

EL VOCAL

EL VOCAL

Ante mí: EL SECRETARIO,