

**EXPTE. NÚM.: 101.053/2011**

En la Sede de la Junta Arbitral Nacional de Consumo a 7 de Julio de 2011, se reúne el Colegio Arbitral para dictar laudo en el procedimiento arbitral en el que fueron partes, Don y PC City. 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 ADIGITAL

**RECLAMANTE:**

Don

**RECLAMADO****ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO**

La solicitud de arbitraje fue remitida ante esta Junta Arbitral Nacional de Consumo por Don , una vez agotado el procedimiento de reclamación interpuesto a través de la Secretaria de Confianza Online.

El Convenio Arbitral se formaliza validamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el sistema arbitral de consumo, por la presentación de la solicitud arbitral por el reclamante y la adhesión de la empresa reclamada al Código ético Confianza Online. La empresa ha manifestado a través de su adhesión, su vinculación al Código Ético para, una vez agotado el procedimiento de mediación llevado a cabo por la Adigital, aceptar expresamente el arbitraje de la Junta Arbitral Nacional del Consumo para la solución de las reclamaciones relativas a las transacciones electrónicas con consumidores, presentadas por la presunta infracción de las normas del mencionado Código.

De la solicitud arbitral en equidad, se dio traslado a la reclamada con el fin de que efectuara alegaciones y presentara los documentos o propuesta de pruebas pertinentes. Igualmente se ha comunicado a las partes el inicio del procedimiento arbitral, la designación de los árbitros, todo ello de acuerdo con el artículo 37.3 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, y se celebró la audiencia de forma escrita, pudiendo las partes aportar las alegaciones y pruebas que estimaron precisas para hacer valer su derecho, de acuerdo con el art. 44 del mismo texto legal.

**SEGUNDO**

Que realizó un pedido con el número 10468120, a través de la web de Pc City de 5 unidades de un Disco Duro Iomega Ego Rubi Red 2TB, por un precio total de 327,53€,

incluidos gastos de envío (ofertada cada unidad a 59,99€), enviándole ese mismo día la confirmación del pedido, al día siguiente se pusieron en contacto telefónico para la confirmación de los datos, manifestándole que procederían al envío del mismo. El día 2 de agosto de 2010, le comunican por e-mail que debido a una rotura de stock se procede a cancelar el pedido.

**Solicita** el cumplimiento del contrato, es decir la entrega de 5 unidades del disco duro adquirido de 2 TB de capacidad de la misma calidad o parecida al precio ofertado en la web y con los gastos de envío gratis (derivados por el retraso de su entrega ajeno al reclamante, al no poder hacer uso desde la fecha de su pedido).

### **TERCERO**

La empresa reclamada PC City manifiesta que en su página web en julio de 2010 se ofertaban, entre otros productos, un Disco Duro Iomega Ego Rubi HD 34924-3,5 2TB, a un precio de 59,99€ (IVA incluido) cuando su precio correcto ascendía a 238,99 euros.

Alegan que en el momento de advertir el error, adoptaron dos decisiones; de una parte se bloqueo la página web y por otra se informó a los consumidores de la existencia de un error, relativa al precio del disco duro ofertado. Manifiestan que aunque le llegó al reclamante la confirmación del pedido, de forma automática, a través del sistema informático, al no ser correcto el precio que aparecía en la web, se cancelo el pedido, procediendo a la devolución del precio de compra a favor del Señor y trasladándole las disculpas oportunas por las molestias ocasionadas.

### **CUARTO.-**

Se trasladan las Alegaciones al reclamante y se ratifica en su solicitud arbitral enviando a este Colegio Arbitral la captura de pantalla donde constan el precio del disco duro ofertado, la confirmación del pedido y los diferentes correos cruzados con Pc City .

El Órgano Arbitral a la vista de la documentación y alegaciones presentadas por las partes, expone los siguientes

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Primero.-** Que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1262 del Código Civil se establece que en los contratos entre ausentes “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”.

**Segundo.-** Que efectivamente el artículo 1258 del Código Civil señala que “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”., el art. 7.1 del Cc añade que” Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” y asimismo el art. 7.2 del mismo Código se refiere a que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

El artículo 1278 del mismo Código establece que “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez” como es el caso que nos ocupa.

**Tercero.-** Que la empresa reclamada es responsable de la disponibilidad de los productos que ofrece en su página web.

**Cuarto.-** El artículo 61.2 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, establece 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, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán de tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”.

**Quinto.-** Que se ha infringido el artículo 14, Principio de Legalidad del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva.

Este Órgano Arbitral, tras sus deliberaciones, da por terminadas las actuaciones y se pronuncia emitiendo un Laudo en Equidad.



## **LAUDO**

**Estimar parcialmente la pretensión del reclamante y PC CITY SPAIN deberá hacer entrega a Don , de un disco duro lomega Ego Ruby Red 2TB, al precio de 59,99 euros, sin gastos de envío. En caso de no existir disponibilidad, dicho producto se sustituirá por otro de iguales o superiores características.**

Dicho **Laudo** ha sido adoptado por **Mayoría** 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 conforme a lo previsto en el RD 231/2008, de 15 de febrero, 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 los artículos 24.1.c) y 27.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 37.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, 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.-** Tras el estudio sosegado de las alegaciones formuladas por el consumidor demandante, no desvirtuadas por la mercantil reclamada, ha de reconocerse que el supuesto planteado suscita algunas dudas en cuanto a su resolución. Nos hallamos en suma ante la colisión de complejos derechos. De una parte, se ha cuestionado la posible existencia de abuso de derecho prevista en el artículo 7 del Código Civil, de enriquecimiento injusto cimentado en el artículo 10.9 del mismo repertorio sustantivo civil y la prohibición de venta a pérdida, proscrita por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. De otra parte, se alza en pro del consumidor su legítima expectativa de ver respetados por el anunciante sus

compromisos publicitarios, asentada en síntesis sobre el artículo 61 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 normas complementarias, reforzada tanto por la doctrina de los actos propios consagrada en el mismo artículo 7 del Código Civil como por la propia Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico.

**Segundo.-** Comenzando la disección jurídica por el mentado *abuso de derecho*, contemplado por nuestro codificador civil en el artículo 7 de este Código, sabido es que *los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo*.

Si bien es cierto que durante un extenso periodo, nuestra jurisprudencia entendió llanamente que quien usa su derecho no hace daño a otro, superada esta fase inicial, se ha asentado el criterio favorable a la posible apreciación de abuso de derecho. Y si bien es cierto que conforme han advertido entre otras, las SSTS de 9 de octubre de 1986 o 6 de abril de 1987, el abuso del derecho es un principio general de derecho mediante el cual se permite la entrada en el Derecho positivo de la equidad, para salvaguardar intereses que todavía no han alcanzado protección jurídica, no puede obviarse tampoco que la doctrina y jurisprudencia son unánimes en señalar los graves riesgos que para la seguridad jurídica (valor constitucional) puede acarrear una aplicación generalizada de tal principio, de ahí que reiteradamente se señale el carácter excepcional de esta figura. Para apreciarla se exige la actuación de un derecho subjetivo cualquiera, con un resultado lesivo para terceros y que concorra la circunstancia subjetiva de intención de perjudicar o falta de intención seria y legítima y la circunstancia objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho.

En el supuesto analizado, no aprecia en conciencia quien suscribe tales requisitos. En primer lugar no puede aceptarse que la actuación del consumidor responda a motivos de dañar a la poderosa empresa reclamada, porque tal afirmación no resulta probada con la exigua documental obrante en el expediente y en ausencia de interrogatorio alguno del consumidor. Junto a ello hay que negar la anormalidad del ejercicio de la norma, que no puede invocarse cuando la actividad realizada venga autorizada por precepto legal, pues el ejercicio del derecho está en armonía con sus límites y el principio de buena fe (STS 2 octubre 1987).

Por lo que se refiere a sus requisitos una reiterada y unánime doctrina jurisprudencial señala que es necesario: a) el uso de un derecho objetiva y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. Con respecto a este último requisito desde la más vetusta y pacífica jurisprudencia (Vid SSTS de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963, 12 de febrero de 1964 o de 5 de junio de 1972), se ha señalado que: *Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio es decir, a un animus nocendi o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (SSTS de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (SSTS de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima qui iure suo utitur nomen laedit (SSTS de 17 de abril y 17 de noviembre de 1954 y 12 de*

febrero de 1966). No se aprecia pues en suma la concurrencia del *animus nocendi*, esto es el deseo de producir un perjuicio al Centro Comercial sin obtener un beneficio propio, pues resulta evidente que la pretensión del actor de adquirir los productos solicitados a un precio ventajoso conlleva implícitamente la obtención de un beneficio propio.

**Tercero.-** 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.

**Cuarto.-** Idéntica suerte desestimatoria ha de merecer la posible denegación de la reclamación del consumidor con base a la posible existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa. Ninguna duda cabe que desde su remota invocación por las Partidas del Rey Sabio (Partida VII, Título XXXIII, Ley XIII) al sentenciar que *ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri*, hasta la moderna dogmática sintetizada por ALVAREZ- CAPEROCHIPI (ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granadam 1993) y FABREGA (FABREGA PONCE, J. *El enriquecimiento sin causa*, 2 Tomos, Santa Fe de Bogota, 1996), la doctrina del enriquecimiento injusto ha gozado afortunadamente de una necesaria elasticidad en su espectro de apreciación.

Hoy, la jurisprudencia imperante ha venido definiendo el enriquecimiento sin causa, como el producido con adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial. De esta pacífica noción de enriquecimiento injusto se infiere, que para apreciar su existencia es preciso la inexistencia de causa en el enriquecido, siendo la noción «*sin causa*» de la atribución, como observa la Sentencia de 28 enero 1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta. Circunstancias las referidas que no concurren en el caso litigioso, carente de toda iniquidad e injusticia, pues resulta

basado en un oferta contractual, vinculante ex lege para el ofertante (art. 61 TRLGDCU) válida y eficaz, no solo ejercitada por la mercantil reclamada en el ejercicio de su actividad habitual -lo que le impone una especial diligencia en el ejercicio del comercio-, sino ratificada por la misma con posterioridad mediante correo electrónico personalizado para el consumidor.

Es doctrina jurisprudencial que cuando la pérdida patrimonial que un sujeto hubiera sufrido se haya producido como consecuencia de un contrato válido, no puede ser invocada la existencia de un enriquecimiento injusto para la otra parte pues lejos de haberse obtenido una atribución sin justa causa, es evidente que la misma se operó en adecuada correspondencia a las relaciones vinculantes establecidas entre las partes y guardando conformidad con el derecho objetivo (SSTS de 14 abril 1980; 19 diciembre 1996; 12 julio 2002 y 12 de junio de 2003, entre otras).

El ejercicio del derecho de adquisición del producto ofertado por el consumidor reclamante, debiera encontrar en esta sede arbitral el reconocimiento de la acción pretendida, pues como ha señalado nuestra más añeja jurisprudencia (SSTS 10 de abril de 1965 o 23 de marzo y 23 de noviembre de 1966) es incompatible el enriquecimiento injusto con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, que es en realidad lo acontecido al proceder la usuaria conforme a derecho en la pretensión deducida en su solicitud de arbitraje y exigir el cumplimiento de lo ofertado. En definitiva, tal y como ha resuelto la STS de 5 de abril de 1992, para apreciar la posible existencia de enriquecimiento sin causa, es precisa *la total ausencia de causa justificativa de la mejora patrimonial que se denuncia e inexistencia de la disposición normativa legal que excluya la aplicación del principio*.

Íntimamente ligada a esta cuestión, interesa a este árbitro en orden a dar una íntegra respuesta a la litis planteada, desechar con carácter postrero en este punto la intrascendencia, a efectos de validez contractual del exiguo precio marcado por el ofertante. Como apunta la STS de 23 de noviembre de 1989, el hecho de que el precio o canon que se satisfaga sea escaso, no vicia de error el negocio jurídico o en cualquier caso ello no supone el error negocial que se consigna en el art. 1301 del Código Civil en relación con el art. 1266 del mismo cuerpo legal, porque si en efecto el error-vicio aludido ha de recaer sobre la voluntad, no cabe apuntar siquiera el padecimiento de ese error cuando a nadie sino al reclamado mismo cabe imputar tal padecimiento, lo que comporta la inocuidad del error en su proyección causal negocial puesto que no puede hacerse partícipe a la contraparte del resultado económico del negocio convenido por consecuencia de un error en el que no ha mediado la voluntad de los recurridos para inducir a los recurrentes a contratar (SSTS 22 de diciembre 1908 y 6 de mayo de 1932). En todo caso nos hallaríamos en presencia de un error de apreciación subjetiva sin trascendencia a la estructura causal del contrato.

No puede compartirse la solución adoptada, y ello con la máxima consideración que merecen los restantes árbitros de este Colegio de indubitada profesionalidad, habida cuenta de la doctrina constantemente mantenida por nuestro Tribunal Supremo. Sabiendo que el enriquecimiento de una parte ha de correr paralelamente al empobrecimiento de la otra y sin causa que lo justifique, tal y como recuerdan las Sentencias de 28 de enero de 1956 y 30 de marzo de 1988, resulta primordial en esta institución de raíces iusnaturalistas de justicia y equidad que se verían seriamente quebrantadas como también la seguridad jurídica, la proscripción de esta teoría a todo desequilibrio económico que se produjera en la ejecución de los contratos cuando el resultado crematístico no respondiera a las apetencias personales de los contratantes, máxime cuando como acontece a nadie sino al propio reclamado cabe imputar la



insatisfacción por el precio recibido y ha sido el mismo quien así lo ha marcado y lo corroboró en la confirmación posterior del pedido.

**Quinto.-** Finalmente en lo atinente a los posibles argumentos sopesados en pro de la entidad reclamada, ha de partir este árbitro, respetuosamente discrepante con el parecer emitido por la mayoría, de la exégesis de la validez de la venta a pérdida. Prescindiendo del interés que pueda tener para el comerciante la existencia de una prohibición de vender a pérdida, cuyo origen hay que encontrarla en la evitación de conductas desleales en la competencia, transferida a nuestro ordenamiento jurídico del derecho francés (*revente à perte*), y obviando también la posible bondad que esta proscripción suponga para el propio consumidor a la postre, lo cierto es que su existencia plantea a este árbitro dudas acerca de su constitucionalidad, según ya hemos tenido ocasión de manifestar en ocasiones anteriores. Insistimos por ello nuevamente en cuestionar la adecuación de la prohibición de la venta a pérdida al artículo 38 de nuestra Norma Suprema, embrionario del principio de libertad de empresa o de mercado. Es notorio que el citado artículo 38 CE, si bien cuenta con algunos precedentes en nuestra historia constitucional (art. 131.21 de la Constitución de 1812, art. 25 de la Constitución de 1869 ó art. 33 de la Constitución de 1931), introduce una novedad significativa como es la referencia explícita al *marco de la economía de mercado*. Ello entendemos que efectivamente debe suponer la presencia de limitaciones de la libertad empresarial, pero la ambigüedad del texto constitucional, probablemente determinada por las numerosas presiones que su redacción padeció, no permite delimitar con exactitud cuales pueden ser estas restricciones.

A pesar de que el máximo garante constitucional ya se ha pronunciado en alguna ocasión sobre el artículo 38 CE, entendiendo que el contenido de la libertad de empresa no ampara el derecho a acometer cualquier empresa (STC 225/1993, de 8 de julio), o más concretamente queda sometido a ciertos requisitos y condiciones (STC 227/1993, de 9 de julio), lo cierto es que no ha tenido ocasión de expresar su parecer de modo concreto sobre la constitucionalidad de la venta a pérdida, más allá de sus fallos referidos al reparto de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas (STC 88/1996, de 1 de julio y STC 264/1993, de 22 de julio).

La debatida cuestión si se ha planteado en sede comunitaria en relación con la adecuación de la normativa francesa al artículo 30 del Tratado CEE. Así cabe citar a la STJE de 24 de noviembre de 1993 (*Sentencia Keck/Mithouard*), emitida con motivo de la cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal de Grande Instance de Estrasburgo*. El Tribunal de Justicia Europeo concluye que *“la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”*.

Mayor interés tiene sin embargo por la analogía que presenta con nuestro supuesto de hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Austriaco de 15 de julio de 1990, que entendió que efectivamente el artículo 3 de la Ley federal sobre mejora del suministro y de las condiciones de competencia, regulador de la venta a pérdida, no se ajustaba al principio constitucional de libertad de empresa.

En idéntico sentido también se ha planteado por algunos estudiosos de nuestra mejor doctrina, entre los que cabe citar a MARÍN LÓPEZ (vid. MARÍN LÓPEZ, J.J. "Prácticas comerciales y protección de los consumidores", *Derecho Privado y Constitución* 5, 1995, pp.116-117) o a PEGUERA POCH (Vid. PEGHERA POCH, M. *Ordenación del Comercio Minorista -Comentarios a la Ley 7/1996 y a la LO. 2/1996, ambas de 15 de enero-*, 1996, p. 132.), la dudosa constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, regulador de la venta a pérdida. Aceptada pues esta duda constitucional por nuestra parte ya hemos expresado sin éxito nuestro parecer sobre la conveniencia de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, empleada como delicado instrumento para conciliar el deber de respeto a la legalidad y la primacía de la constitución (ATC 296/1992, de 14 de octubre), sobre la adecuación a nuestra Ley Fundamental del artículo 14 LOCM. Concorre pues a nuestro juicio el exigido notorio interés público y general, como es el interés en la depuración del ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran (ATC 501/1989, de 17 de octubre). No ignora sin embargo este árbitro el importante escollo procesal que presenta la elevación de la cuestión de constitucionalidad por parte de esta Junta Arbitral Nacional de Consumo, que aún tratándose de un arbitraje institucional, que deba ser basado en derecho, se encuentra a priori excluida de los órganos legitimados por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y ello a pesar del *criterio flexible* que propugna el propio Tribunal para su admisión con objeto de dar siempre que sea posible una solución al litigio (ATC 14/1993, de 19 de enero).

Lo expuesto no empece sin embargo bajo nuestro punto de vista la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por esta Junta Arbitral Nacional de Consumo, toda vez que ha sido el propio Tribunal Constitucional el que como réplica al recurso de inconstitucionalidad 376/1985, ha declarado el arbitraje como un "equivalente jurisdiccional" (STC 62/1991, de 22 de marzo). Resulta interesante recordar como este mismo planteamiento fue solventado en Italia, tras superar la Sentencia de su Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2001 el mismo escollo que hoy hallamos en España, concluyendo el siguiente razonamiento: "*Por tanto se debe afirmar (...) que también los árbitros pueden y deben formular incidentalmente cuestiones de legitimidad constitucional de las disposiciones legales que deban aplicar en aquellos casos en los que no resulte posible despejar las dudas existentes mediante una labor meramente interpretativa*". Así también ha sido interpretada esta posibilidad por nuestra mejor doctrina (vid. MERINO MERCHAN, J.F y CHILLÓN MEDINA, J.M. *Tratado de Derecho Arbitral*, Navarra, 2006, p.815).

A *fortiori*, en apoyo de esta tesis también resulta interesante la STC 174/1995, de 23 de noviembre, resolutoria de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 2112/1991 y 2368/1995, cuyo tenor literal es el siguiente:

*"El sentido de esta doctrina constitucional sólo puede ser que los árbitros prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad - desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes- conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que*

*existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional o, si se prefiere, que los árbitros ejercen una función intrínsecamente jurisdiccional -una jurisdicción privada por concesión de la Ley-, diciendo definitivamente el derecho con observancia de las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de partes, aunque no por ello sea forzoso aplicarles automáticamente toda la doctrina elaborada respecto a la prestación jurisdiccional efectuada por los Jueces y Tribunales del Poder Judicial. En cualquier caso, siempre existe un control de las decisiones arbitrales por Tribunales del Poder Judicial para asegurar el recto ejercicio de las funciones de los árbitros; por eso asevera el preámbulo de la Ley de Arbitraje que el convenio arbitral no implica renuncia a la tutela judicial”*

Más a pesar de esta dudosa constitucionalidad y aún admitiendo lo inusitado que pudiera resultar la elevación de la cuestión al último garante de nuestra Carta Magna, tampoco ello debiera suponer un subterfugio legal para quien precisamente habiendo incumplido la norma eluda su responsabilidad con el consumidor. Si atendemos a lo dispuesto en la Disposición Adicional Única de la Ley 7/1996, de 15 de enero, el artículo 14 sobre el que se asienta la prohibición de venta a pérdida se incardina en el ámbito de la legislación mercantil ex art. 149.1.6ª de la Constitución Española. Sin embargo, la normativa de consumo, tal y como ha señalado profusamente nuestra jurisprudencia presenta también un acusado tinte *iuspublicista* (vid SSTs de 25 de junio de 1996; 19 de septiembre de 1996; SSAP Valencia 9 de febrero de 2000; SAP Vizcaya de 9 de febrero de 2001 ó SAP Asturias de 7 de junio de 2001). Ligado a esta última nota caracterizadora de la normativa administrativa, comprobamos en efecto, que guardando silencio la LOCM sobre las consecuencias que pudieran derivarse en el ámbito civil del incumplimiento de la venta a pérdida, su sanción la ofrece el artículo 65.1.i) LOCM al tipificarla como infracción grave. De ello se colige que al margen de la potestad sancionadora de la Administración sobre la entidad reclamada por la posible comisión de la reseñada infracción, en nada ha de afectar al vínculo contractual establecido entre las partes, cuya exégesis habrá de realizarse a la luz de la normativa propia de contratos y consumidores.

**Sexto.-** Dispone el artículo 61 del vigente 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 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.

Resulta irrelevante incluso, pese a lo argumentado por la reclamante, que el anunciante hubiera hecho constar cualquier tipo de cláusula exoneradora de su responsabilidad por error en el precio del estilo *salvo error tipográfico o de imprenta*, pues como bien es sabido, dicha estipulación hubiera de reputarse nula en virtud de lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Según expone FERNANDO MARGARZO (Vid. FERNANDO MAGARZO, R. en MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL JUNTA ARBITRAL NACIONAL DE CONSUMO

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*. 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.

**Séptimo.-** 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.

**Octavo.-** 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 de los productos solicitados por el precio ofertado por la entidad reclamada.

El plazo para el cumplimiento de este Laudo es de 10 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,