

# EDJ 2005/80855

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 5ª, S 14-4-2005, nº 247/2005, rec. 774/2004  
Pte: Caballero Bonald Campuzano, Manuel

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COMPETENCIA ILÍCITA Y DESLEAL

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Catorce de los de Málaga dictó sentencia de fecha 23 de abril de 2004 en el Juicio Ordinario núm. 1246/02 del que este Rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Carrión Calle, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, contra D. Carlos Ramón, representado por el Procurador Sr. López Valero, absolviendo al demandado de todos los pedimentos formulados en su contra; condenando a la actora al abono de las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso en tiempo y forma recurso de apelación la representación de la entidad demandante, el cual fue admitido a trámite dándose traslado del escrito en el que constan los motivos y razonamientos del mismo a la otra parte para que en su vista alegase lo que le conviniese. Cumplido el trámite de audiencia se elevaron los autos a este órgano jurisdiccional, y tras su registro se turnaron a ponencia quedando pendientes de deliberación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Caballero Bonald Campuzano. Habiendo tenido lugar la deliberación previa a esta resolución el día ocho de abril de dos mil cinco.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea por la parte actora entidad Telefónica Móviles España S.A.U. recurso de apelación contra la Sentencia de instancia por estimar que en la misma se incurre en un claro error en la apreciación de la prueba pues ha quedado plenamente acreditado, entre otros elementos, por la propia conformidad del demandado, que este ha vendido en su establecimiento abierto al público teléfonos móviles de Movistar "liberados" procedentes de packs indivisibles de teléfono y tarjeta, a precio inferior a su precio de coste aprovechando la subvención al terminal realizada por la entidad recurrente, vendiendo por separado el terminal telefónico y la tarjeta a pesar de que en el propio pack y el manual de usuario se advierte de la imposibilidad de enajenar por separado tales elementos de telefonía móvil; y ello tras inutilizar o eliminar el sistema Sim-lock del móvil lo que permite desactivar el teléfono de su vinculación a Movistar y venderlo como "libre". Igualmente y con relación a la valoración del informe del detective privado aportado por la parte recurrente, con independencia de que el mismo no haya podido ser ratificado a lo largo del procedimiento, lo cierto es que fueron aportados como elementos documentales tanto el manual de Guía de Clientes como las cajas o packs que contienen los terminales y tarjetas en los que consta la prohibición de venta separada. Por lo demás y una vez acreditada la venta por separado de tales elementos incluido el terminal una vez liberado no hay duda de que dicha actuación ha de ser calificada como de competencia desleal con vulneración del artículo 5 de la Ley 3/1991 pues integra un comportamiento contrario a la buena fe y de los artículos 6 y 7 de dicho Texto Legal al integrar actos de confusión susceptibles de inducir a error sobre la naturaleza y distribución calidad y cantidad de los productos y, en concreto, sobre el nivel de precios de la entidad recurrente con aprovechamiento indebido de la reputación de dicha entidad (art. 12).

Planteados en tales términos el debate ha de anticiparse la plena acreditación de que el demandado ha vendido en su establecimiento "Carrasco TV" teléfonos móviles y tarjetas procedentes de "packs" cuya comercialización y venta debe ser indivisible, de forma separada una vez que por el demandado o por tercera persona se ha procedido a "liberar" el terminal tras inutilizar o eliminar el sistema denominado "Sim-Lock" que permite el uso del teléfono exclusivamente con Movistar. Tal extremo esencial para la resolución de la cuestión debatida, queda acreditado no sólo porque el demandado no niega de forma categórica dicho extremo sino, igualmente, por las declaraciones testimoniales de Alonso que reconoce haber vendido al demandado teléfonos "liberados" que procedían de "paks" de venta indivisible y de Clemente que declara haber comprado al demandado teléfonos "desbloqueados" procedentes de dichos paks. Junto a tal extremo ha de estimarse probado que dichos terminales y tarjetas deben venderse conjuntamente y no por separado, tal y como se hace constar

expresamente en la caja en la que se incluye el producto y en la guía del usuario aportados como prueba documental y que constan unidos al procedimiento. Tal exigencia no puede considerarse que responda a un capricho de la entidad actora sino a una política comercial compartida por todas las operadoras de telefonía móvil consistente en incentivar la adquisición de teléfonos móviles mediante la "subvención" de los terminales a fin de conseguir la estabilidad y fidelidad de los clientes sin que pueda estimarse ni sea ese el objeto del procedimiento que dicha práctica es la que vulnera la libre competencia y las reglas del libre mercado.

Con dicha práctica el coste del teléfono móvil para el consumidor se reduce considerablemente pues el fabricante asume parte del coste del terminal a cambio de dicha fidelidad representada por la incorporación al servicio ofrecido por Movistar recuperando dicha inversión a través de los beneficios que se derivan de la permanencia del cliente como consumidor de los servicios ofrecidos por la operadora en cuestión.

La parte demandada no puede mantener inocentemente que la práctica reprochada por la entidad actora no es ilícita ni contraria a las reglas sobre la necesaria lealtad de la competencia pues con su actuación se está aprovechando claramente de la inversión realizada por la actora que anticipa el coste e importe parcial del terminal que subvenciona y del que se aprovecha con mala fe el demandado sin contraprestación alguna de su parte y obteniendo unos beneficios ilícitos al ingresar en su patrimonio las cantidades invertidas por la actora a través de dicha subvención.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la ilicitud de tales prácticas de venta por separado del terminal y la tarjeta aprovechando que el precio del terminal "subvencionado" es inferior al precio de coste y ello tras "liberar" dicho terminal y así en sentencia de fecha 14 de julio de 2003 y para un caso idéntico al presente afirmábamos "La Sala comparte la apreciación probatoria que ha hecho el Juzgado de Primera Instancia en el sentido de considerar probado que el demandado ha realizado prácticas comerciales de mala fe consistentes en adquirir de diversos proveedores el producto conocido en el comercio como "Pack Activa" (facturas de compra unidas con la contestación a la demanda), que es un conjunto formado por un teléfono móvil y una tarjeta de recarga para la utilización de los servicios Moviline y Movistar, y en lugar de revenderlos como conjunto indivisible compuesto de tarjeta y teléfono (que por razones de promoción de la red goza de un precio subvencionado) separa sus componentes y los vende como productos libres, en perjuicio del consumidor al que no llega el beneficio de la subvención..... No puede aparentar el demandado ignorancia de la incorrección de esta práctica predatoria del producto subvencionado, porque en el envase de éste ya se advierte: "Prohibida la venta de esta tarjeta sin el terminal que se incluye en el pack", siendo por lo demás de dominio público la existencia de procedimientos para eliminar el sistema SIM-LOCK del terminal (informe pericial al folio 136), que permite desactivar el teléfono y venderlo como libre, lucrándose con la diferencia de precios, que es la subvención destinada al consumidor. .... Dada la mala fe inherente a la competencia desleal, el apelante era merecedor de la condena en costas, pese a la estimación parcial de la demanda, de acuerdo con lo que autoriza el art. 394. 2 de la LEC EDL 2000/77463 (RCL 2000\ 34, 962 y )."

En definitiva, estamos claramente ante actos de competencia desleal contrarios a las exigencias de la buena fe (artículo 5 de la Ley 3/91) con vulneración de lo establecido en el artículo 6 de dicha Ley en cuanto que estamos ante un comportamiento que resulta idóneo para crear confusión sobre los precios reales de los terminales y las tarjetas prepago con aprovechamiento indebido de la reputación comercial y profesional adquirida por la entidad recurrente (artículo 12) pues, como ha quedado dicho, el demandado se aprovecha de la inversión realizada por la actora que es uno de los sustentos de dicha reputación y que se realiza, obviamente, para que revierta en dicha entidad y se lucra con las cantidades que reflejan dicha "subvención" sin contraprestación ni actividad alguna que no sea la "liberalización" de los terminales por sí o por un tercero.

Por todo lo expuesto procede la estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto.

SEGUNDO.- En materia de costas causadas en esta alzada, en aplicación de lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 no se imponen a ninguna de las partes litigantes de forma que cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Con relación a las costas ocasionadas en primera instancia, al ser íntegra la estimación de la demanda, las mismas se imponen a la parte demandada (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ).

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia dictada en fecha 23 de abril de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia número Catorce de los de Málaga, en sus autos civiles 1246/02, debemos revocar y revocamos dicha resolución. Y en su lugar declaramos que la actividad desarrollada por el demandado consistente en la comercialización de tarjetas procedentes de packs Movistar Activa pertenecientes a Telefónica Móviles España constituye un acto de competencia desleal.

Y condenamos al demandado a que cese en su actividad de venta y comercialización o distribución de cualquier producto o servicio Movistar o Moviline sin la debida autorización de Telefónica Móviles España con prohibición de comercialización y distribución de cualquier producto o servicio Movistar sin la debida autorización de dicha entidad.

Y ello sin expresa imposición de costas ocasionadas en esta alzada y con imposición a la parte demandada de las costas causadas en primera instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra ésta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales con testimonio de ella, al Juzgado de su procedencia a sus efectos.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente, en el día de la fecha. Doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370052005100061**