

PRÁCTICAS COMERCIALES CON PREMIO, CONCURSO O SORTEO

Ángel García Vidal

*Profesor acreditado como Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
Consejero Académico de Gómez-Acebo & Pombo*

Fecha de publicación: 25 de septiembre de 2014

1. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 21 de enero de 2014, ha conocido de un interesante caso de prácticas comerciales con premio, concurso o sorteo.

Los hechos sobre los que versa la sentencia son, en síntesis, los siguientes. Una empresa organiza, por encargo de una cadena de televisión, una promoción televisiva conocida como "UNA CASA AL DÍA", desarrollada en 2009. Para participar en esta promoción cualquier persona mayor de edad debía adquirir contenidos digitales de las páginas web señaladas en las bases de la promoción, de tal modo que entre los participantes del día que hubieran adquirido al menos un contenido digital se sorteaba ante Notario una vivienda, mediante un proceso aleatorio de extracción electrónica.

La demandante participó en el sorteo y resultó agraciada, comunicándole inicialmente la empresa organizadora que podría elegir casa en la Coruña, para posteriormente notificarle que la casa adjudicada se encontraba en León. Y ello pese a que la cadena de televisión repartía una casa "... de las de verdad..." y no prefabricadas, y que dicha casa estaría ubicada "... en cualquier sitio de España...", porque "... Tú eliges, tú decides..." y "... donde tú quieras...", en cuanto en las bases del sorteo [expuestas y de consulta pública a través de internet] el agraciado del día podía elegir entre 200 viviendas repartidas por el territorio nacional.

2. Según el artículo 22 de la Ley de competencia desleal, se considera desleal por engañoso "las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente". Esta conducta, según el artículo 19.2 LCD, es desleal en todo caso y en cualquier circunstancia; de lo que debe concluirse que desplegada alguna conducta del art. 22 L.C.D. con la capacidad de inducir a error al consumidor medio y alterar con ello

de modo relevante y significativo el comportamiento comercial de los consumidores, para reputar desleal aquellas prácticas.

Con estos presupuestos, la sentencia recuerda que la ilicitud de la conducta no se encuentra en la válida y lícita promoción de la venta de contenidos digitales por medios electrónicos a través de publicidad en televisión, sino en la no entrega del premio de la promoción o hacerlo en calidad o valor mermado.

Es por eso, como destaca la Sentencia, que “no toda entrega de la prima, premio o regalo al ganador o agraciado supone *per se* deslealtad en la conducta del oferente de bienes y servicios en el mercado, sino que sólo integrarán el tipo aquellas conductas deliberadamente dirigidas a obtener una publicidad o promoción de productos ofertados en el mercado a sabiendas de que los participantes en el sorteo, concurso o promoción no van a ver satisfecho en su integridad el contenido económico de la prima, regalo o premio; de tal modo que cuando la ausencia de entrega o la entrega de cosa distinta esté justificada, no podrá hablarse de ilícito concurrencial”;

De hecho, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9.11.2010 (asunto C540/ 08) ya ha declarado que *"La posibilidad, vinculada a la adquisición de un periódico, de participar en un concurso dotado de un premio no constituye una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 por el mero hecho de que esta posibilidad de participación en un juego constituya, al menos para una parte de los consumidores interesados, el motivo decisivo que les ha incitado a comprar ese periódico..."*.

4. Sobre esta base, la sentencia considera justificado que el concursante no recibiese la vivienda de A Coruña, porque no respetó las bases del concurso. En efecto, según la sentencia: “de las bases se deduce que todo el proceso de participación, verificación, tarificación, asignación de puntos a los participantes y sorteo era gestionado por una aplicación informática, de tal modo que producida la primera adquisición por alguno de los modos indicados [identificando al participante por su número de teléfono y cuya tarificación es el medio de pago de los contenidos] el participante recibía un código identificativo de la vivienda por la que entraba en el sorteo; de tal modo que si consultada la página web de TELECINCO no le convenía, era preciso remitir un nuevo SMS con la palabra " *cambio* " o hacer una llamada al 905 y seleccionar la opción " *cambio* " seguida del código de la vivienda que se prefiere, seguida en ambos casos del código de la casa por la que se desease entrar en sorteo, también disponible en " *internet* " en la página web de TELECINCO; de tal modo que las bases de la promoción determinan que "...el ganador de cada sorteo ganará únicamente la casa por la que haya

participado, no teniendo derecho a elegir una de las otras casas del conjunto de casas disponibles una vez declarado ganador..."

Y consta finalmente que la actora remitió por su primera y única participación el día 13.11.2010 mediante SMS y que de modo automático el sistema le adjudicó y le devolvió por igual medio el código de la vivienda de Valverde de la Virgen (León), pero no remitió la actora ningún SMS posterior para introducir la palabra " *cambio* ", siendo declarada ganadora a las 00:15 horas del 14.11.2010, por lo que la remisión horas después de un SMS cambiando la vivienda de León por la de La Coruña es posterior al sorteo y a la adjudicación; de lo que debe concluirse que la oposición de la demandada a la entrega de la vivienda de Valverde de la Virgen (León) es legítima y justificada, no integrando el tipo descrito en el nº 4 del art. 22 L.C.D".

5. Ahora bien, lo que entiende injustificado el Juzgado de lo mercantil es que no se entregue la vivienda de León.

Con todo, en la medida en que este incumplimiento esencial ha ido precedido de un incumplimiento accesorio del ganador del premio, que no ha entregado la documentación señalada en las bases del concurso, el incumplimiento del organizador del concurso no puede calificarse de desleal

En definitiva, concluye la sentencia que "integradas las obligaciones de la demandada frente al participante ganador en la entrega de la vivienda por la que participó en el sorteo, procede la condena a su entrega, siempre claro está que la actora de cumplimiento a las obligaciones accesorias documentales y económicas que constan en las bases y asumió al aceptar el premio".