STJCE (Sala 1ª) de 9 de noviembre de 2010: 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 el periódico.

Nota: EL TJCE se enfrenta nuevamente en esta sentencia a un supuesto de venta con premio o prima. La Sala 1ª del mismo ha tenido ya ocasión de conocer asuntos muy similares al que es objeto de esta nota en las Sentencias de 23 de abril de 2009 (caso Total Belgium), 14 de enero de 2010 (caso PLUS) y 11 de marzo del mismo año (caso Telekomunikacja Polska vs Prezes Urdezu). En todos ellos el TJCE declaró contrarias a la Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales, las normas nacionales que declaran que incurre en competencia desleal quien supedita la participación de los consumidores en un concurso o juego a la adquisición de la mercancía o a la contratación de un servicio, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

El caso resuelto por la sentencia que comentamos presenta grandes similitudes con los mencionados, aunque ofrece alguna peculiaridad a la que enseguida nos referiremos. Enfrenta a dos empresas austríacas: Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag Gmbh & Co. KG y Österreich Zeitungsverlag GMBH.

Entre el 25 de noviembre y 7 de diciembre de 2007, el diario Österreich organizó la elección de futbolista del año e invitó al público a participar en este concurso, por Internet o mediante cupón de voto que aparecía en el diario. La participación en el concurso permitía ganar una cena con el futbolista elegido. Mediaprint solicitó al juzgado de lo mercantil de Viena el cese de esta práctica. Dicho órgano estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el diario demandado, éste fue admitido. Llegado el asunto al tribunal de casación de Austria, éste plantea al TJCE dos cuestiones prejudiciales.

En la primera de ellas pregunta si se opone a la Directiva 2005/29 una normativa nacional conforme a la cual se prohíben el anuncio, la oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas, así como el anuncio de ventajas gratuitas con otros bienes o servicios, salvo excepciones enumeradas con carácter taxativo, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso, agresivo o de cualquier otro modo desleal de esta práctica comercial, incluso cuando esta normativa no sólo está dirigida a la protección de los consumidores, sino también a la consecución de otros objetivos que no están comprendidos en la citada Directiva (p.ej. pluralismo de los medios de comunicación o protección de los consumidores más débiles). A esta cuestión responde el TJCE en el mismo sentido que en los casos antes mencionados: se opone a la Directiva una disposición nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que establece una prohibición general de las ventas con prima y que no tiene solamente por objeto proteger a los consumidores, sino que persigue también otros objetivos.

En la segunda cuestión planteada radica en mi opinión el interés del caso resuelto por esta sentencia. El Tribunal Supremo austríaco pregunta si las ventas con prima deben considerarse prácticas comerciales desleales en el sentido del artículo 5, apartado 2 de la Directiva, *por el único hecho de que la posibilidad de ganar constituya, al menos para una parte del público interesado, el motivo decisivo que le ha llevado a adquirir el producto principal*.

El TJCE declara que cuando una práctica comercial comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva no figure en su Anexo I, sólo podrá considerarse desleal -y, por tanto, prohibirse- a raíz de un análisis específico, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, realizado en particular a la luz de los criterios fijados en los artículos 5 a 9 de la Directiva (esta afirmación se repite literalmente en todas las sentencias existentes hasta el momento sobre esta cuestión). Considera así mismo que el hecho de que la posibilidad de participar en un concurso represente, al menos para una parte del público interesado, el motivo decisivo para adquirir un diario constituye uno de los elementos que puede tener en cuenta el juez nacional al realizar un análisis de

este tipo. Esta circunstancia podría llevar a éste a considerar que la práctica comercial controvertida distorsiona o puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva. No obstante, tras estas afirmaciones, concluye con una afirmación de especial relieve:

La posibilidad, vinculada a la adquisición de un periódico, de participar en un concurso dotado de un premio no constituye práctica comercial desleal por el mero hecho de que esa posibilidad de participación en un juego constituya, al menos para una parte de los consumidores interesados, el motivo decisivo que los ha llevado a comprar el periódico.

La apreciación de dicha deslealtad por el juez nacional podría tener lugar, según el TJCE, concurriendo una circunstancia añadida: que la práctica en cuestión sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional, en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra a) de la Directiva. Corresponde, por tanto, al juez nacional la difícil tarea de discernir acerca de dicha circunstancia. A tales efectos pueden tener un papel decisivo los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, tales requisitos proporcionarán elementos de juicio inestimables para el juzgador, en relación con el empleo de la diligencia profesional exigible en dicho sector (vid, Considerando 20 de la Directiva 2005/29CE).

Mª Ángeles Zurilla Cariñana.