

Competencia desleal y juego *on line* desde sitios *offshore*

Ángel García Vidal

Profesor acreditado como catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico de GA_P

Reseña de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2017, de 17 de mayo del 2017, que analiza –desde la perspectiva del Derecho represor de la competencia desleal– la situación existente en el mercado del juego on line antes de la entrada en vigor de la Ley del Juego del 2011.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2017, de 17 de mayo del 2017 (ROJ: STS 1922/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1922), se ocupa de la interpretación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que dispone lo siguiente: «*Violación de normas*. 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. [...]».
2. En el caso afrontado por el Tribunal Supremo, un grupo empresarial demanda a dos sociedades extranjeras por entender que era desleal la realización de actividades de juego *on line* en territorio español por internet. En particular, y como recuerda el Tribunal Supremo, la base de la demanda consistía en la alegación de que las demandadas venían ofreciendo servicios de juego de azar y apuestas a los consumidores situados en territorio español por medio de una página de internet y habían publicitado dicha actividad en distintos medios de comunicación

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de nuestro país, presentándose ante los consumidores como una empresa plenamente autorizada para llevar a cabo tales actividades.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Y lo hizo por entender que el régimen legal del juego *on line* era muy discutible antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, y que había una creencia generalizada de que podía hacerse un ofrecimiento del juego *on line* sin necesidad de autorización administrativa, lo que excluía la existencia de infracción legal a efectos del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que las normas supuestamente infringidas carecerían del requisito de la coercibilidad. De hecho, los órganos administrativos no habían incoado ningún expediente sancionador a las empresas que ofrecían el juego *on line*.

3. Dicha interpretación es combatida en el recurso de casación, en el que se argumenta que basta con la simple infracción de una norma jurídica concurrencial para que se incurra en la conducta desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal; que el enjuiciamiento por la jurisdicción civil de la existencia de la infracción legal, a efectos de la aplicación del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, no depende de la calificación administrativa de esas conductas, y que la «coercibilidad» de las normas infringidas no depende del grado de consciencia que los competidores o las Administraciones Públicas tengan de ellas ni de cómo éstas las apliquen.
4. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2017, de 17 de mayo, se ocupa en primer lugar de delimitar el concepto de 'normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial'. Y, así, declara que han de entenderse por tales aquellas normas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en él, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero. Es irrelevante, a estos efectos, cuáles hubieran sido los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la norma concurrencial y cuál sea la justificación que, en su caso, proceda para la limitación de la competencia mediante la acción del legislador.
5. Sobre esa base, según el Tribunal Supremo, el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal no tiene una finalidad distinta a la del artículo 15.1 de la misma ley. La finalidad común de los apartados primero y segundo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en reprimir las infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que se hallen todos los competidores. Por tanto, «la deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de normas». Y «serán reprochables, desde el punto de vista de la competencia desleal, las infracciones normativas que afecten [a] la situación de igualdad inicial de los competidores y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido, como lo hicieron otros competidores, al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad».

6. Así las cosas, ¿qué explicación tiene la diferente redacción de los apartados del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal? El Tribunal Supremo nos da la respuesta: «La diferente redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de la ventaja competitiva significativa, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia. Por el contrario, cuando la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática de la *par condicio concurrentium* entre las empresas competidoras en un mismo mercado y es esto lo que determinará, por lo general, que el infractor incurra en una conducta desleal». Por tal razón, cuando se infringen normas que no tienen por objeto la regulación de la competencia, es preciso que se justifique adecuadamente que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas, porque en principio tal circunstancia no es consecuencia natural de una simple infracción de ese tipo de normas, mientras que, en el caso de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, se presume —salvo que se justifique adecuadamente lo contrario— que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor.

En definitiva, pues, para aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal no basta con limitarse a constatar si ha existido o no infracción de las normas que regulan el mercado, prescindiendo por completo de las circunstancias concurrentes en dicho mercado y de la trascendencia que tales circunstancias tienen respecto de la posición concurrencial de los intervinientes en ese mercado.

7. Eso es precisamente lo que hizo la Audiencia Provincial y lo que hace el Tribunal Supremo en este caso: tener en cuenta la situación existente en el mercado del juego *on line* antes de la entrada en vigor de la ley del juego del 2011.

Recuérdese que «con una antelación de al menos diez años respecto de la interposición de la demanda, diversas empresas radicadas en países extranjeros, que contaban exclusivamente con autorizaciones administrativas locales, habían venido ofreciendo a los consumidores españoles, a través de internet, servicios de juego *on line*. Algunas de esas entidades han tenido una gran notoriedad, pues no sólo han ofrecido esos servicios sino que han desarrollado una intensa campaña de publicidad de los mismos a través de diversos medios, entre ellos el patrocinio deportivo.

»Pese a ello, y pese a que la actividad del juego está sometida, tanto en España como en la mayor parte de los países europeos, a un severo régimen de control administrativo, pues precisa de una autorización administrativa previa y se prevén fuertes sanciones administrativas e incluso penales en caso de incumplimiento, no se conoce ni un solo caso en el que las autoridades administrativas españolas, antes de la aprobación de la ley del juego de 2011, hubieran

abierto procedimiento de infracción, pese a no haberse concedido ninguna autorización para el juego *on line*.

»Lo anterior, junto con la obsolescencia de la regulación legal y reglamentaria, que no contenía mención alguna al juego *on line*, determinó que entre los competidores existiera una clara consciencia de que podían hacer ofrecimiento a los consumidores españoles de servicios de juego *on line* sin necesidad de contar con una autorización por parte de nuestras autoridades. Asimismo, no existía en nuestro país un grado de consciencia por parte de los diversos operadores jurídicos, particularmente por parte de las autoridades administrativas competentes en la materia, acerca de la existencia de una prohibición del ejercicio de dicha actividad».

Todo esto hace, a juicio del Tribunal Supremo, que las demandadas, al ofertar el juego *on line* en España, no se hayan prevalido de una ventaja competitiva significativa que haya alterado la *par condicio concurrentium*.

8. En todo caso, la sentencia considera que existe competencia desleal por infracción del artículo 23.1 de la Ley de Competencia Desleal (según el cual, «[s]e reputa desleal, por engañoso: 1. Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto») y del artículo 21.1c (que dispone que «[s]e reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: [...] c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización»)].

Según el Tribunal Supremo, no es correcto entender, como hizo la Audiencia Provincial que, como el legislador de 1977 no pudo tomar en consideración el juego *on line* por no existir en aquella fecha internet, no era irrazonable la conclusión de que el juego *on line* no era una actividad prohibida en dicha normativa.

Por el contrario, la «actividad que se desarrollaba mediante el sitio web www.pokerstars.com, en castellano y destinada al público español, carecía de la autorización exigible para la actividad de juegos de azar en España y no era un servicio comercializado legalmente en España», sin que el hecho de que no incurriera en la conducta desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal excluyera la comisión de tales ilícitos desleales.