



Roj: **STS 1922/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1922**

Id Cendoj: **28079110012017100303**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **2225/2014**

Nº de Resolución: **304/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 228/2014 de 26 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 300/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, sobre competencia desleal. El recurso fue interpuesto por Codere España S.A., Codere Apuestas S.A., Codere Apuestas España S.L., Desarrollo Online Juegos Regulados S.A. y Misuri S.A., representadas por el procurador D. Arturo Romero Ballester y asistidas por el letrado D. Javier Areilza Churruca. Son partes recurridas Rational Entertainment Enterprises S.L. y Reel Spain PLC, representadas por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y asistidas por el letrado D. Antonio Jiménez Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Ángel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación de Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., interpuso demanda de competencia desleal contra Rational Entertainment Enterprises Limited y Reel Spain Plc en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

» I. Declare que las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal.

» II: Ordene la cesación y prohibición de las siguientes conductas:

» (i) El desarrollo de cualesquiera actividades de juego por parte de las demandadas por canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos que sean accesibles en territorio español y, en particular, las actividades a través de Internet mediante el sitio web www.pokerstars.com o cualesquiera otros dominios de Internet sobre los que ostenten control directo o indirecto, incluido cualquier dominio ".es" como www.pokerstars.es, u otros en tanto no cuenten con las licencias administrativas preceptivas para desarrollar estas actividades;

» (ii) El desarrollo de cualesquiera actividades de publicidad en territorio español del dominio www.pokerstars.com o cualesquiera otros dominios de Internet sobre los que ostenten un control directo o indirecto, incluido el dominio www.pokerstars.es o cualquier otro dominio ".es" así como de la denominación "Pokerstars" en tanto no cuenten con la preceptiva autorización administrativa para realizar publicidad.



- » (iii) La obtención, uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos a través de actividades de juego online de clientes situados en España obteniendo con carácter previo a la obtención de los títulos administrativos habilitantes para desarrollar actividades de juego en línea en España.
- » (iv) El envío de comunicaciones individualizadas o masivas a través de cualquier medio relativas a sus actividades de juego online cuyos destinatarios sean personas situadas en territorio español y, en concreto, la cesación y prohibición de realizar comunicaciones comerciales a los citados destinatarios en las que se indique el nombre de nuevos dominios web en los que las demandadas o terceros estén desarrollando o vayan a desarrollar actividades de juego online.
- » III. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes el importe de 34.603.141 Euros en concepto de daños y perjuicios.
- » IV. Con carácter subsidiario a la petición formulada en el ordinal "III" anterior que condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes los 34.603.141 Euros en concepto de enriquecimiento injusto.
- » V. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes los 11.395,68 Euros por cada día que desarrolle las actividades cuya cesación se ha solicitado desde la interposición de esta demanda hasta que dicha cesación se produzca.
- » VI. Condene a las demandadas al pago de las costas del presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 25 de abril de 2012 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona y fue registrada con el núm. 300/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- Rational Entertainment Enterprises Ltd y Reel Spain Plc, contestaron a la demanda, en la que solicitaba:

«[...] dicte sentencia íntegramente absolutoria, por la cual:

- » 1) Declare la ausencia de legitimación activa de las cinco demandantes y de legitimación pasiva de Reel Spain Plc.
- » 2) Si ha lugar a entrar en el fondo, y en la medida en que se haga:
 - » - Declare sobrevenidamente sin objeto, con efectos de 1 de junio de 2012, las pretensiones (i) y (ii) del punto 2; y subsidiariamente los desestime.
 - » - Desestime íntegramente el resto de pedimentos de la demanda.
- » 3) Todo ello, con condena en costas a la parte actora, no sólo por el carácter objetivo del vencimiento, según las normas procesales, sino también por su evidente y sostenida temeridad y mala fe».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, dictó sentencia núm. 289/2012 de fecha 9 de noviembre, en la que desestimó la demanda, sin hacer especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L. La representación de Rational Entertainment Enterprises Ltd y Reel Spain Plc, se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 185/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 228/2014 en fecha 26 de junio, que desestimó el recurso, sin hacer imposición de costas y con pérdida del depósito constituido.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Ángel Quemada Cuatrecasas, en representación de Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución al haberse inaplicado leyes en vigor sin que hayan sido declaradas inconstitucionales ni declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea generando, además, indefensión al no haberse debatido sobre la posible inaplicación de dichas normas sino solo sobre el alcance de su contenido.



» (i) El razonamiento por el que la sentencia recurrida declara que la normativa de juegos de azar y apuestas invocada carecía de "coercibilidad" y por tanto no sería aplicable al caso incluso si se llegara a la conclusión de que había sido infringida.

» (ii) Infracción de la doctrina constitucional que prohíbe la preterición del sistema de fuentes ya que produce decisiones vulneradoras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no estar realmente fundadas en derecho que generan indefensión (artículo 24.1 CE).

» (iii) Infracción de la doctrina jurisprudencial constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)»

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución al haber realizado una valoración de la prueba relativa al "grado de consciencia" de la Administración y de los competidores sobre la ilicitud de las conductas que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

» (i) Error patente al no haber valorado que el Acuerdo de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda solicitando a la mesa del Congreso la tramitación por la vía de urgencia del Proyecto de nueva Ley del Juego (Documento 20 de la demanda) califica expresamente de ilegal la actividad de los operadores online.

» (ii) Error patente al no haber valorado que el Gobierno de España, con ocasión de la elaboración del Libro Verde sobre el juego online por parte de la Comisión Europea, expresamente calificó de ilegales y desleales las conductas de los operadores online que ofrecían servicios a usuarios situados en España de forma transfronteriza (Documento 19 de la demanda).

» (iii) Error patente al no haber valorado que las autoridades tributarias consideraron que las demandadas y otros operadores del juego online habían venido infringiendo la normativa aplicable a los servicios de juegos de azar y apuestas a usuarios situados en España (Documentos 45 a 47 aportados por la actora en la audiencia previa).

» (iv) Valoración patentemente errónea de la consciencia de las demandadas sobre el hecho de que su autorización de la Isla de Man era suficiente para ofrecer servicios de juego a otras jurisdicciones: el texto de la propia autorización lo excluye (Documento 29 de la demanda).

» (v) Valoración patentemente errónea de la consciencia de las demandadas sobre el hecho de que su autorización de la Isla de Man era suficiente para ofrecer servicios de juego en otras jurisdicciones; procesamiento de los fundadores de Pokerstars por fraude bancario, electrónico, blanqueo de capitales y delitos relacionados con los juegos de azar ilegales a gran escala por parte de los Tribunales de los Estados Unidos de América (Documento 16 de la demanda).

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal que establece que para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos y que el juez civil no está vinculado ni condicionado en modo alguno por la aplicación de esas normas que, en su caso, hayan realizado las Administraciones Públicas».

Este motivo tenía los siguientes apartados:

«(i) Identificación de las sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial que se entiende infringida».

«(ii) Hechos declarados probados de los que debe partirse y ratio decidendi de la sentencia recurrida».

«(iii) La infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.2 LCD».

«(iv) Estimación del recurso de casación».

«Segundo.- Infracción de los artículos 21.1.c) y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal vigentes desde el 1 de enero de 2010 al haber declarado la sentencia recurrida que carecen de autonomía respecto a otras conductas desleales que, a diferencia de aquéllas, no tienen su origen en el Derecho uniforme de la Unión Europea (Directiva 2005/29). Deberá fijarse como doctrina jurisprudencial que, para asegurar la uniformidad en su aplicación en toda la Unión Europea, dichos preceptos no pueden ser interpretados a la luz de otros preceptos con origen en el Derecho puramente interno y no armonizado y que, por el contrario, sí deben ser interpretados de forma coherente y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, en el presente caso, de forma coherente con la jurisprudencia relativa a la inexistencia de un reconocimiento mutuo de licencias en materia de juegos de azar y apuestas a través de Internet en el Derecho de la Unión).



Este motivo tenía los siguientes apartados:

«(i) Identificación de las normas de menos de cinco años de vigencia infringidas sobre las que no existe jurisprudencia».

«(ii) Declaración de hechos probados de la que debe partirse y ratio decidendi de la desestimación».

«(iii) Infracción de los artículos 21.1.c) y 23.1 LCD, de la Directiva 2005/29 de la que traen causa y de la jurisprudencia del TJUE».

«(iv) Estimación del recurso de casación».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2015, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Rational Entertainment Enterprises Ltd y Reel Spain Plc presentaron escrito de oposición a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Los hechos más relevantes para entender las cuestiones objeto de los recursos han sido fijadas en la instancia como a continuación se exponen.

a) El grupo Codere es un grupo empresarial dedicado al sector del juego de origen español y con presencia en diversos países del mundo. La sociedad matriz, Codere S.A., es una empresa dedicada a los juegos de azar que cotiza en las Bolsas de Valores de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia.

b) La actividad del grupo Codere se desarrolla en España a través de un conjunto de sociedades filiales cuyas matrices son las sociedades demandantes Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L.

c) La actividad en el mercado español se desarrolla principalmente por las sociedades demandantes Misuri S.A., que se dedica en exclusiva a la explotación del bingo Canoe, situado en el Paseo de la Castellana de Madrid, y Codere Apuestas, S.A., dedicada a las apuestas deportivas, explotadas hasta ahora en los locales abiertos al público. Son sociedades filiales de las que han sido identificadas como sociedades matrices.

d) La codemandante Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A. es la sociedad del grupo Codere que ha solicitado las primeras licencias de juego *on line* que ha convocado la Administración General del Estado mediante la Orden EHA 3124/2011, de 16 de noviembre (BOE de 18 de noviembre de 2011).

e) La demandada Rational Entertainment Enterprises Ltd. (en adelante, Reel) es una sociedad constituida con arreglo a las leyes de la Isla de Man en el año 2001, que tiene su domicilio social en dicho lugar y desde allí lleva a cabo su actividad de juego de póker *on line* en muchos países del mundo.

f) Reel es titular de un conocido nombre de dominio en Internet, www.pokerstars.com, que ofrece servicios de póker que están disponibles en castellano y son accesibles desde España.

g) La codemandada Reel Spain Plc (en adelante, Reel Spain) es una sociedad domiciliada en la República de Malta, constituida el 21 de julio de 2011, con el objetivo de poder solicitar las licencias necesarias para prestar servicios de juego *on line* desde España. Dicha empresa fue constituida por la codemandada Real Entertainment Enterprises Limited, titular del 99,999% de su capital social (99.999 acciones), y por la entidad Oldford Group Limited que tiene el 0,001% de su capital social (1 acción).

h) Reel Spain es titular del nombre de dominio pokerstars.es. Ha solicitado las licencias necesarias para operar en España y ha obtenido el 1 de junio del 2012 licencia general para otros juegos y singular para el póker, autorización que está operativa desde el 5 de junio.

i) La página www.pokerstars.com ha sido operativa y accesible en toda España para el juego de póker *on line* desde el año 2001 hasta la concesión de licencia a Reel Spain; durante este período, a través de www.pokerstars.com, los jugadores han podido acceder a la actividad de juego de póker *on line*.



j) La actividad de www.pokerstars.com ha sido publicitada frecuentemente, sobre todo en televisiones como Antena 3 desde enero de 2009 y en La Sexta desde abril del mismo 2009, y ha realizado múltiples actividades de patrocinio.

k) La página web www.pokerstar.com afirma, en castellano y de forma accesible para usuarios en España, que su empresa está «completamente autorizada» y que «cumple todas las leyes y regulaciones allá donde opera».

l) La actividad del juego está sometida, tanto en España como en la mayor parte de los países europeos en los que está admitida, a un severo régimen de control administrativo. Precisa para su desarrollo de una autorización administrativa previa y el incumplimiento de la normativa reguladora puede implicar la imposición de fuertes sanciones administrativas e incluso penales.

m) Al menos con una antelación de diez años respecto de la interposición de la demanda, diversas empresas radicadas en países extranjeros (por lo general en el espacio de la Unión Europea), que contaban exclusivamente con autorizaciones administrativas locales, han 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 solo 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.

n) 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, hayan concedido autorización o licencia para el desarrollo de esos servicios de juego *on line*. Y tampoco se conoce un solo caso en el que las autoridades administrativas españolas con competencia en la materia hayan abierto procedimiento de infracción.

ñ) Entre los competidores existía 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.

2.- Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España, S.L. y Codere Apuestas España, S.L. (en lo sucesivo, Codere o grupo Codere) interpusieron demanda contra Rational Entertainment Enterprises Limited y Reel Spain PLC el 25 de abril de 2012 en la que ejercitaron acciones de competencia desleal. En ella, imputaban a las demandadas haber incurrido en diversos ilícitos concurrenciales, a la vez que solicitaban que se ordenara la cesación y prohibición de las conductas que consideraban infractoras, consistentes sustancialmente en la realización de actividades de juego *on line* en territorio español a través de Internet. También solicitaban la condena al resarcimiento de los daños y perjuicios.

La base de la demanda consistía en la alegación de que las demandadas venían ofreciendo servicios de juego de azar y apuestas (en concreto, póker) a los consumidores situados en territorio español a través de la página de Internet www.pokerstars.com, y habían realizado publicidad de dicha actividad en distintos medios de comunicación de nuestro país, presentándose ante los consumidores como una empresa plenamente autorizada para llevar a cabo tales actividades.

La justificación jurídica que servía de fundamento a la demanda se encontraba en la consideración de que los juegos de azar y apuestas constituían una actividad prohibida en España, de manera que únicamente podían ofrecerse aquellos juegos y apuestas que previamente hubieran sido aprobados por la administración competente y cuando las oferentes contaran con la autorización correspondiente.

Los ilícitos concurrenciales que imputaban a las demandadas eran los siguientes:

a) Infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal.

b) Infracción de la prohibición de conductas desleales con consumidores (arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal).

c) Infracción de la normativa sobre publicidad y protección de datos. **3.-** Reel y Reel Spain se opusieron a la demanda alegando que no era cierto que las demandadas hubieran cometido vulneración alguna de la normativa sobre el juego, razón por la que no habrían incurrido en el ilícito concurrencial invocado en la demanda.

Aceptaban que la primera había estado ofreciendo servicios de juego de póker *on line* desde el extranjero, pero contaba con la debida autorización por parte de las autoridades nacionales del Estado desde el que operaba.

A ello añadieron que, aunque hubieran incurrido en los actos de infracción que las actoras denunciaban, ningún daño habrían producido a ninguna de las empresas demandantes.



4.- La sentencia del Juzgado Mercantil desestimó la demanda. Consideró que las demandadas no habían incurrido en ninguna de las conductas desleales que se les imputaban, por las siguientes razones:

a) En cuanto a la conducta de infracción de normas, porque la actividad de juego *on line* no fue regulada por la legislación española hasta la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (en lo sucesivo, ley del juego), de manera que no puede considerarse que infringiera la normativa española sobre el juego por medio de su organización desde un país distinto a España. Y, tras la entrada en vigor de la ley del juego, porque el régimen transitorio que la misma establece debe ser entendido en el sentido de que no se cometían infracciones hasta el 30 de junio de 2012, esto es, cuando entraba en vigor el régimen sancionador.

b) No consideró acreditado que se hubiera engañado al consumidor por expresar en la página web que los servicios que Reel prestaba estaban autorizados, aunque esa autorización no la hubieran prestado las autoridades españolas.

c) Por las mismas razones la publicidad que hacían las demandadas no podía ser tachada de prohibida o ilegal, ni tampoco la captación de datos personales de los clientes.

5.- Las demandantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que, resumidamente, alegaban los siguientes argumentos:

a) El Juzgado Mercantil había hecho una interpretación incorrecta de las normas que regulaban en nuestro país la actividad del juego, concretamente del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas (en adelante, RDL 16/1977) y del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas (en adelante, RD 444/1977), al considerar que nuestra legislación no contenía una norma general prohibitiva del juego. Las había interpretado en sentido completamente contrario a como lo habían venido haciendo el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo.

b) El Juzgado Mercantil había interpretado, en contra de lo que se deriva del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que mientras las empresas de juego tradicionales no podían organizar actividades de juego en España y para los consumidores que se encontraban en nuestro territorio, no se cometía infracción alguna si esos mismos servicios se prestaban desde el extranjero.

c) Igualmente consideraban inadmisibles la interpretación del régimen transitorio de la ley del juego, que entró en vigor el 29 de mayo de 2011. El Juzgado Mercantil había entendido que esta ley no tuvo el propósito de establecer de forma inmediata a su entrada en vigor la prohibición general del juego *on line* no autorizado y retrasar esa consecuencia jurídica al momento de entrada en vigor del régimen sancionador.

6.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Resumidamente, consideró que el régimen legal del juego *on line* era muy discutible antes de la entrada en vigor de la ley del juego de 2011. No resultaba posible conocer con seguridad si existía una regulación concreta del juego *on line*, cuál era su régimen y si los operadores que contaban con una autorización que les habilitaba para operar desde un país del espacio de la Unión Europea precisaban de autorización de las autoridades españolas. Pero la creencia generalizada de que podía hacerse un ofrecimiento del juego *on line* sin necesidad de autorización administrativa excluía la existencia de infracción legal a efectos del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que las normas supuestamente infringidas carecerían del requisito de la coercibilidad. A estos efectos, resultaba determinante que tratándose de una actividad sometida al régimen de autorización previa y con un sistema de fuertes sanciones, los operadores estaban pendientes de la interpretación de las normas por los órganos administrativos, que no habían incoado ningún expediente sancionador a las empresas que ofrecían el juego *on line*.

La Audiencia Provincial realizó un examen de las normas que regulaban el juego antes de la ley del juego de 2001, en concreto, el RDL 16/1977, de 25 de febrero, y el RD 444/1977, de 11 de marzo, y concluyó que estas normas establecían un régimen en el que la práctica de los juegos de azar en España estaba condicionada a la obtención de una autorización administrativa, que exigía que previamente la Administración hubiera incluido el juego en cuestión en un catálogo de juegos. Sin embargo, como el legislador de 1977 no pudo tomar en consideración el juego *on line* por no existir en aquella fecha Internet, la Audiencia no consideraba irrazonable la conclusión de que el juego *on line* no era una actividad prohibida en dicha normativa.

El hecho de que la normativa sobre el juego no estuviera armonizada en la Unión Europea no autorizaba restricciones a la prestación de servicios que no respetaran las exigencias de proporcionalidad y no discriminación establecidas en la jurisprudencia del TJUE.

La Audiencia Provincial también rechazó que las normas sobre represión del contrabando supusieran una prohibición del juego *on line* y lo relacionaba con la jurisprudencia del TJUE. Otro tanto ocurría con la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Como conclusión, la sentencia afirmaba:

«[...] el examen de toda esa fragmentaria y dispersa regulación no evidencia que las demandadas infringieran con sus actos de ofrecimiento de servicio de juego *on line* normas legales reguladoras del mercado antes de la entrada en vigor de la ley del juego de 2011. Actuaron en el mercado con la misma confianza que todos los demás competidores, esto es, con el convencimiento de que el ordenamiento jurídico español no les exigía la obtención de una licencia administrativa de las autoridades españolas, razón por la que era suficiente con la obtenida por parte de las autoridades de los países desde los que operaban».

Respecto al periodo transcurrido tras la entrada en vigor de la ley del juego, la Audiencia Provincial consideró que el régimen transitorio que supuso que no pudieran obtenerse licencias para el juego *on line* hasta junio de 2012, excluía la existencia de infracción legal en los operadores que siguieron ofertando juego *on line* desde el extranjero, pues lo contrario hubiera implicado la infracción del Derecho comunitario. Y, se añadía más adelante, el régimen de entrada en vigor escalonado de la ley del juego «no solo debe entenderse aplicable al régimen de las sanciones sino también al de las infracciones. Por consiguiente, de ello creemos que se deriva que no puede considerarse que existiera infracción de las normas reglamentarias de desarrollo hasta la entrada en vigor del régimen sancionador, esto es, el 30 de junio de 2012», esto es, tras la demanda.

Por las mismas razones la Audiencia Provincial excluyó que se hubieran producido actos de engaño (afirmar que se contaba con autorización) o de publicidad ilícita. Y tampoco consideró que se hubiera infringido la normativa sobre protección de datos, ni la reglamentación básica del juego de póker.

7.- Las demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, basados en dos motivos cada uno de ellos.

Ninguno de estos motivos se refiere al tercer grupo de conductas desleales imputadas a las demandadas en la demanda, las relativas a la infracción de la normativa sobre publicidad y protección de datos, por lo que ninguna consideración haremos sobre las mismas.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución al haberse inaplicado leyes en vigor sin que hayan sido declaradas inconstitucionales ni declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea generando, además, indefensión al no haberse debatido sobre la posible inaplicación de dichas normas sino solo sobre el alcance de su contenido».

2.- El desarrollo del motivo se hace bajo estos tres epígrafes:

«(i) El razonamiento por el que la sentencia recurrida declara que la normativa de juegos de azar y apuestas invocada carecía de "coercibilidad" y por tanto no sería aplicable al caso incluso si se llegara a la conclusión de que había sido infringida».

«(ii) Infracción de la doctrina constitucional que prohíbe la preterición del sistema de fuentes ya que produce decisiones vulneradoras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no estar realmente fundadas en derecho que generan indefensión (artículo 24.1 CE)».

«(iii) Infracción de la doctrina jurisprudencial constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)».

3.- Los argumentos principales expuestos en el desarrollo del motivo consisten en que la Audiencia Provincial ha infringido el art. 24 de la Constitución porque el fundamento de su sentencia conduce a dejar inaplicadas las normas relevantes para el caso, por considerarlas carentes de coercibilidad. Al preterir el sistema de fuentes, la sentencia de la Audiencia Provincial no está fundada en derecho. Y no se ha dado intervención a las partes, como es exigible en los excepcionales casos en que el ordenamiento prevé que pueda no llegarse a aplicar una ley relevante para el objeto del proceso.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación del motivo*

1.- La alegación de que la sentencia recurrida ha preterido el sistema de fuentes y ha inaplicado las normas relevantes no puede convertirse en un subterfugio para impugnar la fundamentación jurídica de la sentencia



recurrida a través del recurso extraordinario por infracción procesal, con la excusa de que se vulnera el art. 24 de la Constitución.

2.- Como una de las conductas concurrenciales desleales que se imputan a las demandadas consiste en la «violación de normas», concretamente la modalidad prevista en el párrafo segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, la Audiencia Provincial ha valorado qué características tienen que concurrir en las normas cuya violación constituiría la deslealtad concurrencial y qué trascendencia tiene la posible infracción en la *par condicio concurrentium*, esto es, en la igual condición de los concurrentes en el mercado, en tanto que bien jurídico protegido por dicho precepto legal.

Que esa valoración jurídica haya sido o no correcta es cuestión sustantiva, de modo que si se ha cometido una infracción legal al resolverla, podrá denunciarse en el recurso de casación. Pero no puede retorcerse el motivo cuarto del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que este tribunal enjuicie a través del mismo la corrección de la fundamentación jurídica sustantiva de la sentencia recurrida.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- Este motivo se encabeza con el siguiente epígrafe:

«Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución al haber realizado una valoración de la prueba relativa al "grado de consciencia" de la Administración y de los competidores sobre la ilicitud de las conductas que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que se han cometido errores patentes en la valoración de la prueba, concretamente del Acuerdo de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda solicitando a la mesa del Congreso la tramitación por la vía de urgencia del Proyecto de nueva ley del juego, el documento emitido por el Gobierno de España con ocasión de la elaboración del Libro Verde sobre el juego *on line* por parte de la Comisión Europea, y las relativas a cuestiones tales como que las autoridades tributarias consideraron que las demandadas y otros operadores del juego *on line* habían venido infringiendo la normativa aplicable a los servicios de juegos de azar y apuestas a usuarios situados en España, la consideración de que su autorización de la Isla de Man era suficiente para ofrecer servicios de juego a otras jurisdicciones y el procesamiento de los fundadores de Pokerstars por fraude bancario, electrónico, blanqueo de capitales y delitos relacionados con los juegos de azar ilegales a gran escala por parte de los Tribunales de los Estados Unidos de América.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Desestimación del motivo*

1.- De forma reiterada, aunque sin mucho éxito, venimos advirtiendo que el recurso extraordinario por infracción procesal no puede constituir una excusa para revisar el enjuiciamiento realizado por el tribunal de apelación, como si se tratara de una nueva instancia (sentencias 334/2016, de 20 de mayo, y 263/2017, de 3 de mayo)

2.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso.

Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, el Tribunal Constitucional destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia 55/2001, de 26 de febrero, el Tribunal Constitucional identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

3.- A su vez, en las sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, hemos recordado que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que



concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

4.- En el motivo, la recurrente muestra su disconformidad con la selección de datos relevantes hecha por la Audiencia Provincial y pretende una nueva valoración, que es más jurídica que fáctica, de una serie de documentos de distinta naturaleza.

No concurren por tanto los requisitos, expuestos en los párrafos precedentes, para que pueda considerarse que se haya producido la arbitrariedad o el error patente en la valoración de la prueba, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- El primer motivo se encabeza con este epígrafe:

«Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal que establece que para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos y que el juez civil no está vinculado ni condicionado en modo alguno por la aplicación de esas normas que, en su caso, hayan realizado las Administraciones Públicas».

2.- En el desarrollo del motivo, las recurrentes, resumidamente, exponen que basta con la simple infracción de una norma jurídica concurrencial para que se incurra en la conducta desleal del art. 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 art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, no depende de la calificación de esas conductas realizada en el plano administrativo, y que la «coercibilidad» de las normas infringidas no depende del grado de consciencia que las Administraciones públicas tengan de las mismas o de cómo las apliquen, ni del grado de consciencia que de ellas tengan los competidores.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. El acto de competencia desleal por infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*

1.- El apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal prevé:

«Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».

2.- La conducta desleal prevista en este apartado segundo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en la infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Ha 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 el mismo, 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.

3.- En este apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal falta la mención a que el sujeto infractor se prevalga en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes, que sí se contiene en el apartado primero del precepto para el caso de que las normas infringidas no tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

4.- Podría pensarse que uno y otro apartado tienen finalidades distintas: el primero tendría por objeto perseguir la obtención de ventajas competitivas significativas adquiridas mediante la infracción de leyes que no tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, mientras que el segundo tendría por objeto reprimir la simple infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

5.- Esta interpretación no es correcta. La finalidad común de los apartados primero y segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en reprimir aquellas infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que inicialmente se hallan todos los competidores. Serán reprochables, desde el punto de vista de la competencia desleal, las infracciones normativas que afecten 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. Por tanto, la deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de normas.



No se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido. Se protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado (en el caso de la conducta prevista en el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal), respecto de aquellos concurrentes que sí respetan las exigencias de tales normas.

6.- Por consiguiente, la ausencia de una referencia específica en el apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal a la ventaja competitiva significativa, que sí se contiene en el apartado primero, no debe entenderse como indicativa de que cada uno de los apartados tiene un fundamento distinto. El fundamento de ambos apartados es común, la represión de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. 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.

7.- El apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal no tiene por objeto reprimir el incumplimiento de obligaciones normativas reguladoras de la competencia por parte de los competidores concurrentes en el mercado, sino reprimir los efectos perjudiciales que para el mercado conllevan las infracciones de tales normas por parte de los competidores que participan en el mismo. En la sentencia 1348/2006, de 29 de diciembre, declaramos lo siguiente:

«Hay que partir de la constatación de que, según la Ley de Competencia Desleal, la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, y así lo entiende un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión de esta Sala (Sentencia de 13 de marzo de 2000)».

8.- En el caso de infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la competencia, prevista en el art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal, 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 que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor.

En este segundo caso, para excluir la deslealtad de la conducta será necesario justificar adecuadamente la existencia de circunstancias excepcionales que motivan que, pese a la infracción de normas reguladoras del mercado, tal infracción no conlleva que el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa.

9.- En todo caso, no es admisible que la controversia sobre la concurrencia o no de la conducta desleal prevista en el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal se limite a constatar si ha existido o no infracción de las normas que regulan el mercado de los juegos de azar (y, en concreto, de los juegos *on line*) y se prescinda completamente de las circunstancias concurrentes en dicho mercado y la trascendencia que tales circunstancias tienen respecto de la posición concurrencial de los intervinientes en ese mercado y, en concreto, de las demandantes y las demandadas.

Todo lo cual lleva a concluir que la tesis enunciada en el encabezamiento del motivo del recurso, al afirmar que «para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos» no es correcta, puesto que es pertinente y relevante valorar las circunstancias que concurren en el mercado en el que se produce esa posible infracción de la norma concurrencial.

10.- En la apreciación de la concurrencia de la conducta desleal de los apartados primero y segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal hay dos aspectos. El primero, si ha existido infracción de normas. En el caso del apartado segundo, dichas normas deben tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, cuestión que no ha sido discutida en este proceso, porque las normas cuya infracción se alega en la demanda son justamente las que regulan el mercado de los juegos de azar.



El segundo aspecto es si, comprobada la existencia de la infracción de la norma, tal infracción ha traído consigo una ventaja competitiva significativa de la que se haya prevalido alguna de las empresas concurrentes en el mercado.

11.- La situación existente en el mercado del juego *on line* antes de la entrada en vigor de la ley del juego de 2011 y en el periodo transitorio establecido por esta para la entrada en vigor de las normas sobre sanciones, ha sido tomada en consideración por la Audiencia Provincial.

Es cierto que alguna de las consecuencias que la Audiencia Provincial ha extraído de esta situación, como es la falta de coercibilidad de tales normas, no es correcta. Las normas relevantes para determinar cuál era el régimen legal del juego en España que son analizadas en las sentencias de instancia (en concreto, el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, el Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas, la disposición final decimocuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y la propia ley del juego de 2011) reúnen los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad exigibles para que su infracción pueda constituir la conducta desleal del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (por todas, sentencia 500/2012, de 24 julio).

12.- La trascendencia de la situación del mercado del juego *on line* en esos periodos de tiempo no opera en ese primer aspecto de la comprobación de la existencia de la conducta desleal (si hay infracción de norma imperativa, general y coercible), sino en el segundo, esto es, en si se ha producido una obtención de una ventaja competitiva significativa de la que se hayan prevalido las empresas demandadas.

13.- Las características del mercado de los juegos de azar *on line* relevantes para valorar si concurre este segundo requisito son, según se ha fijado en la instancia, 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 solo 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.

14.- Estas circunstancias concurrentes en el mercado son las que determinan 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*.

La actuación de las demandadas no solo no fue aislada, sino que estaba generalizada y plenamente tolerada por las autoridades administrativas competentes en materia de juegos de azar. De acuerdo con lo declarado en la instancia, existía entre los competidores una clara consciencia de qué podían ofrecer a los consumidores españoles de servicios de juego *on line* sin necesidad de contar con una autorización por parte de nuestras autoridades. De ahí se desprende que la actuación de las demandantes, integrantes de un grupo empresarial dedicado a los juegos de azar, implantado en varios países, no vino determinada por su decisión de respetar las normas reguladoras del mercado del juego, sino por la opción por una determinada línea de negocio, más tradicional (bingo, apuestas deportivas en locales, máquinas instaladas en bares, etc.) que con el tiempo se demostró menos rentable.

15.- En conclusión, lo que alteró la igualdad inicial de la situación de la que partían las empresas del grupo Codere y las del grupo Reel en su introducción en el mercado de los juegos de azar *on line* no fue la infracción



de las normas que regulaban el mercado del juego, sino la decisión empresarial de Codere de optar por líneas más tradicionales de negocio y no sumarse a la generalidad de los competidores en su incursión en ese sector del juego *on line*, pese a la conciencia generalizada entre las empresas del sector de que era posible ofertar juego *on line* a los consumidores españoles y a la inacción de la administración competente.

La calificación como desleal de la infracción de una norma reguladora del mercado exige una valoración jurídica específica e independiente, añadida a la de la ilegalidad de la actuación, que se basa sobre premisas propias, al tiempo que supone un desvalor adicional al propio de la simple infracción de la norma.

Por tanto, la simple infracción de tales normas (que la Audiencia Provincial parece no apreciar pero que esta sala considera que sí se produjo, como se razonará al resolver el segundo motivo) no puede traer consigo la apreciación de deslealtad por aplicación del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, en tanto que, por las circunstancias concurrentes en el mercado, tal infracción no determinó que las demandadas se prevalieran de una ventaja competitiva significativa. Y, como se ha dicho, la previsión de deslealtad de los dos primeros apartados del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal no constituye una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que un reproche de ilicitud distinto al que se asocia a la norma vulnerada, pues la finalidad del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal no es reprimir la infracción de la norma reguladora de la competencia, sino reprimir la prevalencia de una ventaja competitiva significativa adquirida a resultas de la infracción de tal norma.

16.- Por estas razones, el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- *Formulación del segundo motivo del recurso de casación*

1.- Este motivo se encabeza así:

«Infracción de los artículos 21.1.c) y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal vigentes desde el 1 de enero de 2010 al haber declarado la sentencia recurrida que carecen de autonomía respecto a otras conductas desleales que, a diferencia de aquéllas, no tienen su origen en el Derecho uniforme de la Unión Europea (Directiva 2005/29). Deberá fijarse como doctrina jurisprudencial que, para asegurar la uniformidad en su aplicación en toda la Unión Europea, dichos preceptos no pueden ser interpretados a la luz de otros preceptos con origen en el Derecho puramente interno y no armonizado y que, por el contrario, sí deben ser interpretados de forma coherente y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, en el presente caso, de forma coherente con la jurisprudencia relativa a la inexistencia de un reconocimiento mutuo de licencias en materia de juegos de azar y apuestas a través de Internet en el Derecho de la Unión)».

2.- En el desarrollo del motivo, las recurrentes impugnan que la Audiencia, para interpretar los arts. 21.1.c) y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal haya acudido a una interpretación sistemática con otros preceptos de la Ley de Competencia Desleal que no tienen su origen en la Directiva 2005/29, pues no se respetaría la uniformidad a nivel europeo. Y tras ello, examina la jurisprudencia del TJUE sobre la comercialización de servicios de juegos de azar a nivel europeo, en el que no hay reconocimiento mutuo de autorizaciones. Además, Reel obtuvo su licencia en la Isla de Man, que no es un Estado miembro de la Unión Europea y sus ciudadanos no se benefician de las disposiciones de libre circulación de personas y servicios.

Asimismo, el recurso combate la tesis de la Audiencia Provincial sobre la ausencia de aplicabilidad de la ley del juego en el periodo transitorio en que no estaban en vigor las normas que establecían las sanciones, y, en todo caso, eran aplicables las normas penales de represión del contrabando.

A continuación, las recurrentes examinan la normativa reguladora del juego anterior a la ley del juego y concluyen que establecía un régimen de prohibición general de todo juego de azar y apuesta que no hubiera sido previamente incluido en el catálogo de juegos admitidos, cuyos medios técnicos no hubieran sido homologados y que no hubiera obtenido autorización administrativa. La Administración no estaba obligada a autorizar determinados juegos por el hecho de que se hubieran autorizado en otros países. Y las disposiciones adicionales 18 y 19 de la Ley 46/1985, en la redacción dada por la disposición final 14.1 de la Ley 42/2006, mantuvieron en vigor el régimen sancionador del juego *on line* como infracción de contrabando, pues hacía referencia a cualquier medio «incluso técnico o informático».

NOVENO.- *Decisión de la sala. Autonomía de las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios respecto de la obtención de ventajas competitivas significativas por infracción de normas concurrenciales*

1.- Las conductas desleales a que se refiere este segundo motivo del recurso consisten son las previstas en los arts. 21.1.c) y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal.

El primero de tales preceptos, bajo el epígrafe «prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad» establece:

«Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: [...] 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».

El art. 23.1, bajo el epígrafe «prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa», prevé:

«Se 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».

2.- Ambos preceptos fueron introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que traspuso al Derecho interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Las conductas previstas en los citados preceptos se encuentran recogidas en el anexo I de la citada directiva. Como prevé el propio encabezamiento de dicho anexo y el art. 19.2 de la Ley de Competencia Desleal, se trata de prácticas comerciales que son, en todo caso y en cualquier circunstancia, desleales con los consumidores.

3.- Sobre este particular, la sentencia del TJUE de 4 de julio de 2014, asunto C-421/12, caso Comisión Europea contra el Reino de Bélgica, afirma en su apartado 56:

«[...] la Directiva 2005/29 establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esa Directiva, se consideran desleales «en cualquier circunstancia». En consecuencia, como precisa expresamente el considerando 17 de dicha Directiva, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29 [...]».

4.- Como se ha adelantado al resolver el anterior motivo del recurso, este tribunal considera que el juego *on line*, y en concreto el juego de póker ofrecido en el sitio web de las demandadas, no era una actividad legal en España.

De la regulación existente antes de que fuera aplicable la normativa de la ley del juego de 2011, y en concreto del Real Decreto-ley 16/1977 y el Real Decreto 444/1977, se deriva que en nuestro ordenamiento existía una prohibición de carácter general, de la que únicamente escapaban los juegos que cumplieran un doble requisito: i) constituir usos sociales de carácter tradicional o familiar y ii) no ser objeto de explotación lucrativa. Fuera de estas excepciones, era necesario que el juego en cuestión estuviera incluido en el catálogo previsto en el art. 2 del Real Decreto 444/1977, sus medios técnicos estuvieran homologados y que además estuviera autorizado conforme a lo previsto en el art. 1 de dicho Real Decreto y el art. 1 del Real Decreto-ley 16/1977.

El ámbito de tal prohibición era general y no se encontraba circunscrito a los juegos a practicar en establecimientos.

Hasta aquí, este tribunal coincide con lo afirmado por la Audiencia Provincial en su sentencia.

5.- La Audiencia Provincial ha considerado 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.

Tal afirmación no es correcta. La regulación de los juegos de azar exigía la inclusión de la modalidad de juego en un catálogo, la homologación de los medios técnicos y la posterior autorización administrativa para que la práctica de tal juego sea lícita, sistema que se establece con carácter general para «la totalidad de los juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan su transferencia entre los participantes» y «con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los participantes, o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar, y tanto si se desarrollan mediante la utilización de máquinas automáticas, como si se llevan a cabo a través de la realización de actividades humanas» (art. 1 del RD 444/1977). En un sistema normativo como el descrito, la falta de referencia en tales normas al juego *on line* y, en concreto, la falta de inclusión de modalidades de juego *on line* en el catálogo de juegos permitidos, y la falta de autorización alguna para la práctica de tales juegos *on line*, no puede interpretarse como justificativa de que el juego *on line* no estaba prohibido en dicha normativa.



Por el contrario, supone que la práctica de juego *on line*, cuando reunía las características previstas en dichas normas (que se aventurasen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o travesas sobre los resultados, y permitiese su transferencia entre los participantes), no estaba autorizada y, por tanto, era ilícita.

6.- En un sistema de prohibición general salvo inclusión en catálogo y autorización administrativa expresa, la obsolescencia de la regulación y la falta de inclusión en el catálogo (y, por tanto, de posibilidad de autorización) de determinadas modalidades novedosas de juego, podrá fundar críticas a la política legislativa y a la actuación de la Administración encargada de elaborar el catálogo, pero no supone que exista una especie de abrogación de la normativa, ni su inaplicabilidad a aquellas parcelas en las que la normativa haya quedado anticuada.

7.- Por otra parte, la inacción de la Administración y la conciencia generalizada entre los concurrentes de que, pese al régimen normativo que exigía la previa inclusión en el catálogo de juegos y la posterior autorización administrativa, era posible ofertar el juego *on line*, con las consecuencias que tuvo en el incumplimiento generalizado del régimen legal, puede ser relevante para apreciar si hubo o no prevalencia de una ventaja competitiva significativa por parte de aquellos concurrentes en el mercado que ofertaron el juego *on line*.

Pero no es relevante para apreciar la existencia de infracción de las normas, que es independiente de cuál sea el celo de la Administración en velar por su cumplimiento o la creencia que puedan tener los destinatarios de las normas sobre su vigencia y obligatoriedad. En la regulación de estas prácticas desleales con los consumidores no se exige, para que la conducta se repunte desleal, que el infractor obtenga una ventaja competitiva respecto de los demás concurrentes en el mercado.

8.- Respecto de la situación existente cuando se promulgó la ley del juego de 2011, este tribunal está de acuerdo con las recurrentes en que la posposición de la entrada en vigor del régimen de sanciones específico de dicha ley no supone que mientras tanto fuera legal la actividad del juego *on line* sin autorización. La Audiencia Provincial parte del carácter legal de dicha actividad, aun sin contar con autorización administrativa, antes de la promulgación de dicha ley, y que dicha licitud se habría prolongado hasta la concesión de las primeras autorizaciones y entrada en vigor del nuevo régimen sancionador.

Tal premisa no es correcta, y el régimen transitorio relativo al régimen sancionador solo significó que hasta la entrada en vigor de las normas que establecían ese nuevo régimen sancionador, se prolongó el vigente con anterioridad, pero la actividad de juego *on line* no fue lícita hasta que se concedieron las autorizaciones pertinentes.

9.- Las invocaciones a la jurisprudencia comunitaria no pueden servir para excluir la necesidad de autorización para la organización de la actividad del juego de póker *on line* desde fuera de España pero dirigida al mercado español. En consecuencia, tampoco sirven para sustentar la legalidad de la actuación de las demandadas.

Sin entrar siquiera a considerar si la jurisprudencia invocada ha sido correctamente analizada, debe recordarse que en el periodo a que se refiere la demanda, la actividad de póker *on line* se ofertaba en el sitio web www.pokerstars.com desde la Isla de Man y era organizado por Reel, que era una sociedad constituida conforme a las leyes de la isla de Man y con domicilio social en la misma, lo que excluye la aplicación de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de servicios.

10.- Cuando el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se adhirió a las entonces Comunidades Europeas, el apartado 4 del artículo 227 del Tratado CE establecía:

«Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro».

Mediante el apartado 3 del artículo 26 del Acta relativa a las condiciones de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y a las adaptaciones de los Tratados (en lo sucesivo, el Acta de adhesión), se añadió al citado artículo 227 un nuevo apartado 5 en el que se establece lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes: [...] c) las disposiciones del presente Tratado sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para tales islas por el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972.»

El régimen especial establecido para la isla de Man (junto con las llamadas islas del Canal o islas anglonormandas) al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo 227 del Tratado CE es el establecido por el Protocolo núm. 3 del Acta de adhesión, relativo a las islas del Canal y a la isla de Man (en lo sucesivo,



el Protocolo). El Protocolo figura como Anexo del Acta de adhesión y forma parte integrante del Tratado CE (artículo 158 del Acta de adhesión).

La solución que prevaleció en el curso de las negociaciones para el ingreso del Reino Unido en las Comunidades fue la de permitir amplias excepciones a la plena aplicación del Tratado en estos territorios. En consecuencia, las disposiciones del Tratado no expresamente mencionadas en el Protocolo no son aplicables a la isla de Man e islas del Canal.

En el Protocolo se establece que las islas del Canal y la isla de Man forman parte de la Unión Aduanera comunitaria, pero no del ámbito de aplicación de la Política Agrícola Común. Y en cuanto a la libre circulación de personas y servicios, en el artículo 2 del Protocolo se estableció:

«El Acta de adhesión no afectará a los derechos de que gozan los nacionales [de esas islas] en el Reino Unido. No obstante, dichos nacionales no se beneficiarán de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y servicios».

11.- La consecuencia de lo dicho es que las normas comunitarias sobre libre circulación de servicios no pueden beneficiar a las empresas con nacionalidad manesa, como era el caso de Reel, por lo que la jurisprudencia del TJUE recaída sobre la libertad de circulación de servicios, y en concreto, de actividades de juegos de azar, no es de aplicación al caso.

12.- Sentado lo anterior, 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.

Por tal razón, Reel incurrió en las conductas desleales de los arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal, sin que el hecho de que no incurriera en la conducta desleal del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal excluyera la comisión de tales ilícitos desleales.

Puede imputarse a Reel la comisión de estas conductas desleales desde la entrada en vigor de los arts. 21 y 23 de la Ley de Competencia Desleal, el 1 de enero de 2010, pues fueron introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que estableció esta previsión legal de conductas desleales, y se desarrolló hasta que Reel dejó de ofertar a los consumidores españoles el juego de póker *on line* desde el sitio web www.pokerstars.com porque Reel Spain, una vez obtenida la autorización de la Administración española, comenzó a hacerlo desde el sitio web www.pokerstars.es.

13.- La consecuencia de estos ilícitos concurrenciales deben quedar circunscritos a la declaración de los mismos, puesto que la situación legal ha cambiado completamente a partir de junio de 2012 y ha desaparecido el reproche de ilicitud de la conducta objeto de la demanda, que ya goza de la oportuna autorización. Por tanto, no pueden adoptarse las medidas de cesación y prohibición solicitadas en la demanda.

14.- Tampoco procede adoptar la petición indemnizatoria formulada en la demanda. Mientras que la conducta desleal del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, teniendo por objeto directo la protección del interés general en el mantenimiento de un mercado que funcione de acuerdo con la competencia por eficiencia y no por ilicitud, protege también el interés de los competidores en que se repriman aquellas conductas que a ellos mismos les están prohibidas y que les pueden provocar pérdidas económicas al encontrarse en una situación de inferioridad para competir en el mercado, en el caso de los arts. 21 y 23 de dicha ley, el interés protegido es fundamentalmente el de los consumidores a recibir una información no engañosa y a que la publicidad de los productos y servicios respete las exigencias legales.

Por tanto, la comisión de esas conductas desleales no es un título jurídico que permita imputar a Reel la obligación de indemnizar daños y perjuicios a los competidores.

15.- Tales conductas desleales han sido realizadas exclusivamente por la codemandada Reel, puesto que Reel Spain fue la sociedad constituida para obtener las autorizaciones para organizar juego de póker *on line* conforme a lo previsto en la ley del juego de 2011, y las conductas desleales tuvieron lugar justamente porque Reel estaba llevando a cabo tal actividad, desde el sitio web www.pokerstars.com, antes de que se concediera la autorización a Reel Spain.

DÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las devengadas en dicho recurso ni de las de ninguna de ambas instancias.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que proceda condenar a las demandantes al pago de las costas devengadas en tal recurso.



Pese a que las codemandadas son dos, y una de ellas ha resultado absuelta, la pertenencia de tales sociedades a un mismo grupo empresarial, pues Reel es la titular del 99,999% de las acciones de Reel Spain, y esta fue constituida justamente para continuar la actividad de Reel dirigida al mercado español, aconseja considerar que la estimación de la demanda y de los recursos de apelación y casación ha sido parcial respecto de la parte demandada, considerada en su conjunto, y no que ha existido una desestimación de la demanda y de tales recursos respecto de una de las codemandadas, lo que tiene su reflejo en la imposición de las costas.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, y procede acordar la pérdida del constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., contra la sentencia núm. 228/2014 de 26 de junio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 185/2013. **2.º-** Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la desestimación de las acciones declarativas de conducta desleal de los arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal y, en su lugar, acordamos: **2.º-1.-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., contra la sentencia 289/2012, de 9 de noviembre, del Juzgado Mercantil núm. 4 de Barcelona, que revocamos en parte. **2.º-2.-** Estimar en parte la demanda interpuesta por Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., contra Rational Entertainment Enterprises S.L. y Reel Spain PLC. **2.º-3.-** Declarar que Rational Entertainment Enterprises S.L. ha incurrido en las conductas desleales previstas en los arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal. **2.º-4.-** Desestimar las demás pretensiones de la demanda. **3.º-** Condenamos a Desarrollos Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y no hacemos expresa imposición de las costas de primera instancia, del recurso de apelación y del recurso de casación. **4.º-** Se acuerda la devolución a las recurrentes del depósito constituido para interponer el recurso de casación y la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.