



La **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 257/2020 DE 5 DE JUNIO**, ha puesto fin a una larga controversia con los principales grupos multinacionales que ofrecen juego y apuestas online en España.

Caso **CODERE / BWIN**

21 de JUNIO de 2020

INTRODUCCIÓN

La reciente **Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2020 de 5 de junio**, ha venido a poner fin a una larga controversia que el Grupo CODERE ha mantenido con los principales grupos multinacionales (Grupo BWIN) que ofrecen juego y apuestas online en nuestro país.

El Tribunal Supremo profundiza en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dando preferencia, como no podía ser de otra forma, al derecho comunitario (UE) frente al derecho interno.

Los Tribunales de Justicia españoles, han apoyado nuestra argumentación jurídica en primera y segunda instancia, y finalmente en el Recurso Extraordinario de Casación, habiendo sido condenado el Grupo CODERE al pago de la totalidad de las costas causadas en primera y segunda instancia como en las del recurso de casación

EL OBJETO DEL PROCESO

Los hechos que en la demanda se imputan a BWIN, en síntesis, consisten en que han venido ofreciendo juegos de azar y apuestas a usuarios situados en España a través de la página web «www.bwin.com» con anterioridad a que se concedieran las primeras autorizaciones para ofrecer este tipo de juegos por Internet, haciendo uso de la licencia obtenida en Gibraltar.

Según CODERE, esta infracción legal ha perjudicado su actividad en el sector de las máquinas AWP (conocidas como tragaperras) y ha permitido a BWIN una ventaja competitiva en la actividad de juegos por Internet al haberse anticipado a CODERE en la comercialización de estos servicios en el canal online.

La tesis de CODERE se fundamentaba, por tanto, en considerar que la legislación española sobre el juego establecía un sistema de prohibición general que se aplicaba por igual a cualquier fórmula de juego, ya fuera presencial o se ofreciere por medios electrónicos. En opinión de CODERE, ese sistema sólo cambió tras el otorgamiento de las licencias subsiguientes a la aprobación de la Ley de Regulación del Juego 13/2011, de 27 de mayo.

Suplico del escrito inicial:

1. Declare que las demandadas Bwin.party Digital Entertainment PLC, Electraworks Limited, Electraworks (España) Plc., Partygaming Holdings Limited y Bwin Interactive Marketing España S.L., han incurrido en actos de competencia desleal.
2. Ordene la cesación y prohibición de las siguientes conductas:
 - (i) El uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos o a través de actividades de juego de azar y apuestas de clientes situados en España que hayan sido obtenidos con carácter previo al día 1 de junio de 2012.
 - (ii) El envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas, a través de cualquier medio, cuyos destinatarios sean clientes situados en España y cuyos datos se hubieran obtenido con anterioridad al 1 de junio de 2012.
3. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes el importe de 24.738.964 Euros en concepto de daños y perjuicios o en concepto de enriquecimiento injusto.

Además de que se condene a las demandadas al pago de las costas del presente procedimiento.

Posición del Grupo BWIN (demandados):

Por el contrario, el Grupo BWIN argumentó que un sistema de prohibición total para el juego online, que coexistía con un sistema de amplia permisividad para el juego presencial ofrecido por operadores públicos y privados, suponía una restricción no justificada del Artículo 56 del TFUE al hacer inviable la libre circulación de servicios en el territorio de la Unión. En consecuencia, BWIN sostuvo que al estar amparada por una licencia concedida en Gibraltar (entonces territorio comunitario) tenía derecho a la libre prestación de servicios transfronterizos en todo el territorio de la U.E.

“Bwin no ha negado que a través de la página web “www.bwin.com” se hubiera venido ofreciendo juegos de azar y apuestas por Internet con carácter previo a la obtención por parte de Electraworks España Plc de las autorizaciones pertinentes a partir del día 1 de junio de 2012. Tampoco ha negado haber redirigido a los usuarios existentes con anterioridad al 1 de junio de 2012 a su nueva operativa autorizada a través de “www.bwin.es”. Sin embargo, considera que la actividad desplegada con anterioridad a la citada fecha de 1 de junio de 2012 fue lícita.”

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, dictó sentencia 114/2014, de 30 de junio, cuyo fallo es:

“Que desestimando la demanda interpuesta Codere Apuestas, S.A, Misuri, S.A., Desarrollo Online de Juegos Regulados, S.A., Codere España, S.L. y Codere Apuestas España, S.L. frente a Bwin Party Digital Entertainment PLC y otras debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello sin expresa condena en costas a la parte actora”.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que tramitó el recurso de apelación con el número de rollo 394/2015, dictó sentencia 242/2017 de 16 de mayo, cuyo fallo dispone:

“Desestimamos el recurso de apelación interpuesto y estimamos la impugnación de la sentencia planteada por Bwin.Party Digital Enternainment Pcl (BWIN) – entre otras.

Confirmamos el fallo de la sentencia recurrida excepto en el particular relativo a costas, que revocamos. En consecuencia, condenamos a las actoras al pago de las costas de primera instancia.

Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia por su recurso de apelación.”

RECURSO DE CASACIÓN

Motivos del Recurso:

1. En el primer motivo, las recurrentes denuncian la infracción de los arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y de la doctrina sentada en la sentencia 304/2017, de 17 de mayo.
2. El segundo motivo se denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el art. 15.2 LCD.
3. En el tercer motivo, las recurrentes denuncian la infracción de la jurisprudencia sobre el art. 15.1 LCD.

La infracción se habría cometido al no considerar desleal la infracción de las normas sobre protección de datos, dado que las demandadas

recogieron, trataron y cedieron datos en el ejercicio de una actividad ilícita, como era el juego on line.

4. Los tres motivos del recurso de casación parten del carácter ilícito de la actividad de ofrecimiento de juego on line por parte de las demandadas. A la vista del criterio que el tribunal mantiene sobre esta cuestión, procede resolver los motivos de forma conjunta.

Contenido esencial de la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, que se plasma esencialmente en el fundamento jurídico quinto:

DECISIÓN DEL TRIBUNAL; *la restricción total de la prestación de servicios por empresas de los Estados miembros en el periodo anterior a la aprobación de la LRJ es contraria a la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE.*

El Tribunal Supremo había resuelto en su anterior sentencia 304/2017, de 17 de mayo, un caso similar, pero referido a una operadora instalada en la Isla de Man, un territorio que nunca ha formado parte de la Unión Europea, al haber quedado expresamente excluido en el Tratado de Adhesión del Reino Unido. No siendo parte de la U.E. la Isla de Man, ningún operador allí radicado podía alegar la protección del Tratado para justificar su oferta de servicios transfronterizos, ni en el sector del juego ni en ningún otro.

“6.- En el caso objeto de nuestro recurso, los elementos de la situación litigiosa no se circunscriben a un único Estado miembro, puesto que se trata de una situación jurídica en la que diversos operadores, radicados en varios Estados miembros de la UE, prestan servicios a las personas radicadas en España, y un competidor radicado en España ejercita contra ellos unas pretensiones con base en el carácter supuestamente ilícito de la actuación de estos prestadores de servicios radicados en varios Estados miembros de la UE.”

“11.- Sentado lo anterior, debe analizarse la jurisprudencia del TJUE que interpreta el art. 56 TFUE en lo relativo a las restricciones en la prestación de servicios de juego on line por parte de operadores radicados en Estados miembros de la UE”.

Ahora el Tribunal Supremo aclara que la jurisprudencia del TJUE ha admitido, con carácter general, la posibilidad de que los Estados establezcan

restricciones a la libre prestación de servicios en cualquier sector y muy específicamente en el sector del juego. Con referencia a Sentencias del TJUE bien conocidas por los operadores jurídicos como son “Liga Portuguesa”, “Placanica”, “Costa y Cifone” y “Unibet”, el Tribunal Supremo reconoce el doble principio que rige en esta materia: los Estados miembros son libres para determinar sus objetivos en la política de juego y para definir con precisión el grado de protección requerido, pero las restricciones que para tal fin se impongan deben ser proporcionadas, coherentes y sistemáticas.

La opinión de nuestro más Alto Tribunal se detalla, como esencial, en el repetido fundamento jurídico quinto, apartado 21:

“La prohibición total de la prestación de servicios de juego online que resultaba de la falta de un desarrollo reglamentario que autorizara esta modalidad de juego, fijara los parámetros en que podía desarrollarse y permitiera la homologación de sus medios técnicos, suponía una restricción desproporcionada de la libertad de prestación de servicios en esta actividad que no venía determinada por una decisión de los poderes públicos que respetara las exigencias de proporcionalidad, coherencia y carácter sistemático respecto de unas finalidades aceptables, exigidas en la jurisprudencia del TJUE, sino por la obsolescencia de la regulación del juego”.

Son esenciales también para conocer la respuesta dada a la problemática que rubrica la presente Newsletter, por parte del Tribunal Supremo, los apartados que seguidamente se insertan de la misma sentencia en su apartado quinto:

29.- *“La conclusión de lo expuesto es que la situación normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Juego constituía una restricción excesiva de la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 49 CE, posteriormente 56 TFUE, que no guardaba proporción con ninguno de los objetivos que legitiman las restricciones a esta libertad comunitaria y no era sistemática ni coherente con la situación existente, en la que estas empresas de juego on line operaban públicamente y desarrollaban una actividad publicitaria y de patrocinio, y eran sometidas incluso a exacciones fiscales”.*

31.- *“Consecuencia de lo anterior es que en un litigio sobre competencia desleal no puede reputarse como infracción legal, determinante de la deslealtad de la conducta, la infracción de una norma concurrencial de Derecho nacional que es contraria a las exigencias de los tratados de la UE, cuya primacía desplaza la aplicación de las normas nacionales incompatibles en aquellas situaciones que quedan incluidas en el ámbito del Derecho de la UE”.*

37.- *“En consecuencia, el recurso de casación debe ser desestimado, sin que sea necesario entrar en el resto de cuestiones que se plantean en el mismo,*

puesto que todas ellas tienen como punto de partida la ilicitud de la conducta de Bwin”.

CONCLUSIÓN

La Sentencia que comentamos establece que no existe infracción legal determinante de la deslealtad de una conducta a efectos de la Ley de Competencia Desleal, cuando la norma interna infringida es contraria a las exigencias de los tratados de la U.E.

Esta interpretación reafirma la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados Miembros en un momento en que esta posición resulta especialmente relevante en el plano internacional, tras la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán relativa a la política de compra de bonos soberanos adoptada por el BCE.

Desde CASTRILLO nos ofrecemos a asesorarles y a colaborar con ustedes en todo lo que pudieran necesitar.