Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 24 de junio de 2021 [1]

Asunto C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, representada por Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
contra
Peek & Cloppenburg KG, representada por Van Graaf Management GmbH

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Prácticas comerciales desleales — Acción publicitaria — Promoción de los productos de la empresa de medios de comunicación y del comerciante»

I. Introducción

1. Como decía H. G. Wells, «la publicidad es la mentira legalizada». Sin entrar a debatir cuán acertada es esta afirmación, lo cierto es que en Derecho de la Unión la publicidad que se presenta bajo la forma de un contenido editorial, sin indicar claramente su carácter promocional, no ha sido «legalizada».

2. En efecto, según el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29/CE, [2] un publirreportaje constituye una práctica comercial que se considera desleal en cualquier circunstancia, sin necesidad de realizar una evaluación en cada caso a la luz de los artículos 5 a 9 de dicha Directiva. Además, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que la Directiva impone a las empresas anunciadoras la obligación de indicar claramente que han pagado por un contenido editorial en los medios de comunicación cuando dicho contenido pretende promocionar un producto o un servicio de esos comerciantes. [3]

1 Lengua original: francés.

2 Directiva 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22).

3 Sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 48.

3. La presente petición de decisión prejudicial brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar el alcance del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29. Más concretamente, se solicita al Tribunal de Justicia que interprete el término «pagando», utilizado en dicha disposición para describir la ventaja que una empresa anunciadora proporciona a la empresa de medios de comunicación.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2005/29 establece lo siguiente:

«En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y solo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

5. El punto 11 del anexo I de la misma Directiva tiene el siguiente tenor:

«Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (publirreportajes). […]»

B. Derecho alemán

6. La Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la Competencia Desleal), en su versión aplicable al procedimiento principal (en lo sucesivo, «UWG»)[4] transpuso la Directiva 2005/29. El artículo 3 de la UWG, titulado «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 3:

«1. Son ilícitas las prácticas comerciales desleales.

[…]

3. Las acciones comerciales dirigidas a los consumidores que se mencionan en el anexo de la presente Ley se considerarán ilícitas en todos los casos. […]»

7. El punto 11 del anexo de dicha Ley, relativo al artículo 3, apartado 3, está redactado en estos términos:

«Insertar un contenido editorial para promocionar un producto, pagando el empresario por dicha inserción, sin que ello se desprenda claramente del contenido o de la presentación visual o sonora (publirreportaje).»

[4] BGBl. 2010 I, p. 254.

III. Hechos del procedimiento principal

8. Peek & Cloppenburg KG, representada por Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (en lo sucesivo, «P&C Düsseldorf») y Peek & Cloppenburg, representada por Van Graaf Management GmbH (en lo sucesivo, «P&C Hamburgo») son dos sociedades jurídica y económicamente independientes, que se dedican ambas a la venta de ropa al por menor, a través de distintas filiales, bajo la denominación empresarial de «Peek & Cloppenburg». Desarrollan su actividad en distintas zonas del territorio de Alemania y solo una de ellas opera tiendas de ropa en cada una de las zonas. Ambas hacen publicidad de sus tiendas de ropa de forma independiente y por separado.

9. En marzo de 2011, un artículo publicado a doble página en la revista de moda *GRAZIA*, titulado «Campaña para lectores», invitaba a las lectoras a una «exclusiva noche de compras», a saber, la «GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg».

10. Sobre un fondo de imágenes de las tiendas, en las que podía leerse, en letras luminosas situadas sobre la entrada de los establecimientos, la mención «Peek & Cloppenburg», el texto precisaba: «Noche para todas las chicas GRAZIA: ¡Ven con nosotros al templo de la moda al salir del trabajo! Incluye vinos espumosos y un estilista personal. ¿Quieres ser una V. I. S. (*Very Important Shopper*)? ¡Inscríbete ya!» En el artículo se detallaba que existen dos empresas independientes denominadas Peek & Cloppenburg y que, en ese caso, se trataba de información de la sociedad «Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf».

11. En una demanda presentada ante el Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania), P&C Hamburgo alegaba que tal práctica comercial es contraria a la prohibición de publicidad editorial prevista en el artículo 3, apartado 3, de la UWG, en relación con el punto 11 del anexo de dicha Ley. P&C Hamburgo solicitaba que se prohibiera a P&C Düsseldorf, su competidora, publicar anuncios publicitarios que no pueden identificarse claramente como tales, que se la condenara a publicar determinada información y a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

12. El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó las pretensiones de P&C Hamburgo. El recurso interpuesto por P&C Düsseldorf ante el Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania), órgano jurisdiccional de apelación, fue desestimado. Mediante su recurso de casación, P&C Düsseldorf solicita al órgano jurisdiccional remitente que desestime la demanda de P&C Hamburgo.

IV. Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. En el marco del recurso de casación interpuesto por P&C Düsseldorf, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), mediante resolución de 25 de junio de 2020, recibida por el Tribunal de Justicia el 7 de agosto de 2020, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se efectúa un "pago" para promocionar un producto, en el sentido del punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29, únicamente cuando la inserción de un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto se realiza a cambio de una contraprestación en dinero o el concepto de "pago" abarca cualquier forma de contraprestación, independientemente de que consista en dinero, bienes o servicios u otros activos?

2) ¿Constituye un requisito para el punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29 que el comerciante proporcione a la empresa de medios de comunicación la ventaja económica como contraprestación por la inserción de un contenido editorial y, en caso de respuesta afirmativa, debe considerarse que existe tal contraprestación en el supuesto de que la empresa de medios de comunicación informe sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con un comerciante, el comerciante haya concedido a la empresa de medios de comunicación derechos de imagen para el reportaje, ambas empresas hayan contribuido a los costes y a la realización de la campaña publicitaria y esta sirva para promover las ventas de los productos de ambas empresas?»

14. Han presentado observaciones escritas P&C Düsseldorf, P&C Hamburgo, el Gobierno húngaro y la Comisión Europea. No se ha celebrado vista.

V. Análisis

15. El órgano jurisdiccional observa, en la exposición de los motivos que lo han llevado a plantear las dos cuestiones prejudiciales, que el éxito del recurso de casación de que conoce depende de la interpretación del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29. Señala que el artículo 5, apartado 5, y el anexo I, punto 11, de esa Directiva se transpusieron al Derecho alemán, respectivamente, mediante el artículo 3, apartado 3, y el punto 11 del anexo de la UWG, relativo al artículo 3, apartado 3, y que, por consiguiente, esas disposiciones de la legislación alemana deben interpretarse de conformidad con la Directiva.

16. Habida cuenta de las características particulares del marco jurídico y fáctico de la presente petición de decisión prejudicial, considero oportuno formular, con carácter preliminar, algunas observaciones relativas al ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, antes de proceder al examen de las cuestiones prejudiciales.

17. Más concretamente, examinaré, en primer lugar, si la práctica controvertida en el litigio principal constituye una práctica comercial en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29 y está, por consiguiente, sujeta a las prescripciones contenidas en dicha Directiva, y, en segundo lugar, si el hecho de que las cuestiones prejudiciales hayan sido planteadas en el marco de un litigio entre dos competidores puede excluir la aplicación de la Directiva.

A. Carácter de práctica comercial de la práctica impugnada en el procedimiento principal

18. Remitiéndose a las explicaciones del órgano jurisdiccional de apelación, el órgano jurisdiccional remitente señala que la práctica impugnada en el marco del litigio principal no es la realización de los eventos anunciados y descritos en el artículo controvertido, sino la publicación de dicho artículo. [5]

19. El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que la apreciación del órgano jurisdiccional de apelación según la cual la publicación controvertida constituye una práctica comercial conjunta de P&C Düsseldorf y de la revista *GRAZIA*, destinada a promover las ventas de estas dos empresas, no parece adolecer de un error de Derecho. Sin embargo, la demanda de P&C Hamburgo se dirige solamente contra P&C Düsseldorf.

20. Para estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, la práctica impugnada en el litigio principal debe ser una práctica comercial en el sentido del artículo 2, letra d), de dicha Directiva.

21. Por lo tanto, esta práctica debe, por un lado, emanar de un «comerciante» en el sentido del artículo 2, letra b), de la citada Directiva, es decir, de una persona que actúe «con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión» en nombre de un comerciante o por cuenta de este. [6] Por otro lado, dicha práctica debe constituir una acción, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial «directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores». [7]

22. Como señala el órgano jurisdiccional remitente haciendo alusión a las constataciones del órgano jurisdiccional de apelación, la práctica controvertida fue realizada por P&C Düsseldorf [8] y se realizó con fines de promoción de las ventas de ese operador. Por un lado, esta práctica emana de P&C Düsseldorf y, por otro, se inscribe en el marco de la estrategia comercial de esta sociedad y tiene directamente por objeto la promoción y el incremento de sus ventas. Dicha práctica constituye, por consiguiente, una práctica comercial en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29 y, por lo tanto, está incluida dentro de su ámbito de aplicación. [9]

23. No empecen a esta consideración ni el hecho de que el artículo publicado en la revista *GRAZIA* versase sobre una campaña publicitaria organizada por P&C Düsseldorf en colaboración con la revista ni que tal artículo estuviera destinado a promover las ventas de esos dos operadores.

[5] En la exposición de la fundamentación de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente observa que «la campaña publicitaria impugnada consiste únicamente en la publicación del artículo y no en la realización de los eventos anunciados y descritos en él» y que «el objeto del litigio es una acción publicitaria a escala nacional de [P&C Düsseldorf], que fue publicada en la revista de moda». No obstante, en la formulación de la segunda cuestión prejudicial y en otros pasajes de la exposición de la fundamentación de la resolución de remisión, la expresión «campaña publicitaria» se utiliza para describir los eventos organizados en las tiendas de P&C Düsseldorf y que fueron objeto del artículo publicado en la revista *GRAZIA*. Para evitar toda confusión, considero que la práctica impugnada en el litigio principal consiste en la publicación del citado artículo, de modo que la expresión «campaña publicitaria» se utilizará en las presentes conclusiones para describir los eventos que en él se anuncian y describen.

[6] Véase la sentencia de 4 de octubre de 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808), apartado 32. El artículo 2, letra b), de la Directiva 2005/29 define el término comerciante como «cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por [esta] Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de este».

[7] Véase la sentencia de 4 de octubre de 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808), apartados 42 y 43.

[8] Véanse la nota 5 de las presentes conclusiones, en particular la afirmación según la cual «el objeto del litigio es una acción publicitaria a escala nacional de [P&C Düsseldorf] que fue publicada en la revista de moda».

[9] Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 36.

24. Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, a la vista de la definición del concepto de «comerciante» del artículo 2, letra b), de la Directiva 2005/29, esta puede aplicarse en una situación en que las prácticas comerciales de un operador sean llevadas a cabo por otra empresa, que actúe en nombre y/o por cuenta de ese operador, de modo que lo dispuesto en dicha Directiva, en determinados supuestos, podría ser oponible tanto a dicho operador como a la citada empresa cuando ambos respondan a la definición de «comerciante». [10] *A fortiori*, no puede excluirse que una única práctica comercial sea imputable a dos operadores diferentes cuando estos actúen por su propia cuenta y por la de un colaborador. Una práctica comercial de estas características también estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29. Dicho esto, como ya he señalado en el punto 19 de las presentes conclusiones, la demanda de P&C Hamburgo se dirige exclusivamente contra P&C Düsseldorf, de modo que, en el presente asunto, no se plantea la cuestión de la oponibilidad de las disposiciones de la Directiva a la revista *GRAZIA*. [11]

25. Por otra parte, la calificación jurídica descrita en el punto 22 de estas conclusiones se corresponde, en esencia, con la realizada por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, dicho órgano jurisdiccional señala que, según el órgano jurisdiccional de apelación, la publicación del artículo constituía una práctica comercial tanto en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 1, de la UWG como a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29. Además, afirma que la apreciación del órgano jurisdiccional de apelación no adolece de error de Derecho alguno. A mi entender, esta afirmación se refiere también a la calificación jurídica de la publicación del artículo a la luz de esta disposición del Derecho de la Unión.

26. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente llama la atención sobre un matiz que caracteriza el concepto de «prácticas comerciales», tal como este se define en el Derecho alemán. Explica que el artículo 2, apartado 1, punto 1, de la UWG define ese concepto como todo acto que una persona lleva a cabo en beneficio de su propia empresa o de una empresa tercera, antes, durante o después de la conclusión de una operación comercial, que presenta un vínculo objetivo con la promoción de las ventas, el suministro de productos o la prestación de servicios. Según el órgano jurisdiccional remitente, el concepto de «prácticas comerciales» a efectos del Derecho alemán es más amplio que el del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29, dado que comprende asimismo las acciones de terceros destinadas a promover las ventas o las compras de una sociedad tercera que no actúa por cuenta o en nombre del comerciante. Sin embargo, considera que la Directiva 2005/29 no se opone a que el concepto de «prácticas comerciales» sea definido de forma más amplia en el Derecho nacional, puesto que la Directiva solo regula un «aspecto parcial» del Derecho en materia de competencia desleal.

27. Sentado lo anterior, no se pide al Tribunal de Justicia que aclare si el artículo 2, apartado 1, punto 1, de la UWG transpone correctamente el artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29. Tampoco es necesario, para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales, dilucidar en qué medida la definición que se da en Derecho alemán es más amplia que la que recoge el Derecho de la Unión. Únicamente es preciso determinar si la práctica impugnada en el marco del litigio principal constituye una práctica comercial de P&C Düsseldorf en el sentido de dicha Directiva, cuestión que, como ya he señalado, [12] procede responder en sentido afirmativo.

[10] Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 38.

[11] Sin ánimo de prejuzgar la respuesta que debería darse a tal cuestión, es cierto que el apartado 39 de la sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), puede llevar a pensar que la publicación de un artículo no constituye una práctica comercial que emana de un editor de prensa. No obstante, el asunto que dio lugar a esa sentencia versaba sobre artículos relativos a eventos externos a los editores de prensa, mientras que el presente asunto tiene por objeto la publicación de un artículo concerniente a una campaña publicitaria organizada por un editor de prensa en colaboración con P&C Düsseldorf.

[12] Véase el punto 22 de las presentes conclusiones.

B. Sobre la impugnación de una práctica comercial en el marco de un litigio entre dos competidores

28. La presente petición de decisión prejudicial trae causa de un litigio en el que P&C Hamburgo solicita que se prohíba a P&C Düsseldorf, su competidora, publicar anuncios publicitarios que no pueden identificarse claramente como tales, y que se la condene a comunicar determinada información y a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En el contexto de ese litigio, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine si la publicación del artículo controvertido constituye una práctica comercial comprendida en el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, que debe, por lo tanto, considerarse desleal en cualquier circunstancia.

29. Ciertamente, la existencia de una práctica comercial en el sentido de dicha Directiva solo puede admitirse si se refiere a un comerciante, por una parte, y a un consumidor, por la otra. [13]

30. Ahora bien, el hecho de que el litigio principal enfrente a dos comerciantes que parecen competir entre sí no implica automáticamente que las disposiciones nacionales por las que se transpuso la Directiva 2005/29 no sean aplicables al asunto.

31. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 las disposiciones que prohíben, so pena de sanción, una práctica comercial desleal en interés de los consumidores. [14] El interés de los consumidores puede protegerse mediante el ejercicio de acciones judiciales entre competidores, adoptando en este caso la forma de aplicación privada del Derecho de la protección de los consumidores prevista en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva. La citada disposición establece que los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales. Esos medios pueden incluir disposiciones legales en virtud de las cuales los competidores puedan proceder judicialmente contra tales prácticas.

32. El hecho de que un competidor tenga un interés personal en proceder judicialmente no puede excluir la aplicación de la Directiva 2005/29.

33. En efecto, la Directiva 2005/29 fue adoptada sobre la base del artículo 114 TFUE y, como enuncia su artículo 1, uno de los objetivos que persigue es contribuir al buen funcionamiento del mercado interior. [15] En este contexto, los considerandos 6 y 8 de la Directiva señalan que esta protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y, por ende, también indirectamente los intereses económicos de los competidores legítimos. [16] Como ha observado el Tribunal de Justicia haciendo alusión al considerando 6 de la citada Directiva, únicamente se excluyen del ámbito de aplicación de esta las normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben «solo» los intereses económicos de los competidores o que se refieran a una transacción entre comerciantes. [17]

[13] Véase mis conclusiones presentadas en el asunto Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378), punto 40.

[14] Véase la sentencia de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartado 33.

[15] Véanse en este sentido mis conclusiones presentadas en el asunto Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378), punto 32. Por lo que respecta al vínculo entre el buen funcionamiento del mercado interior y las distintas formas de aplicación privada del Derecho de la Unión, véase, por analogía, la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Muñoz y Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497), apartados 29 a 32.

[16] Véase asimismo, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 40, en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2005/29 está destinada a proteger a los consumidores de los productos y servicios de esas mismas empresas y a los competidores legítimos de estas.

[17] Véanse las sentencias de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12), apartado 39, y de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartado 30.

C. Observaciones sobre el objeto y el alcance de las cuestiones prejudiciales

34. Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si, teniendo en cuenta las circunstancias del litigio principal y, más concretamente, las ventajas que P&C Düsseldorf concedió a la empresa de medios comunicación, es decir, el editor de la revista *GRAZIA*, la práctica comercial impugnada constituye una práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29. Aunque esta disposición establece una serie de requisitos que deben concurrir para declarar la existencia de una práctica comercial que se considere desleal en cualquier circunstancia, las dos cuestiones prejudiciales planteadas solo versan sobre el requisito relativo al pago por la promoción de un producto.

35. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine, en esencia, si el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se recurre a un contenido editorial con fines de promoción de un producto, el comerciante no solo efectúa un «pago» por dicha promoción cuando retribuye con dinero a la empresa de medios de comunicación, sino también cuando proporciona una ventaja que consiste en bienes, servicios u otros activos con valor patrimonial. [18]

36. La segunda cuestión prejudicial se divide en dos partes. Mediante la primera parte, a la que solo procede dar respuesta si la primera cuestión prejudicial se responde afirmativamente, el órgano jurisdiccional remitente desea que se establezca si, a efectos del anexo I, punto 11, dicha ventaja patrimonial constituye una contraprestación por la inserción de un contenido editorial con fines de promoción de un producto.

37. Aunque el uso del concepto de «contraprestación» que se proporciona «por la inserción de un contenido editorial» en la formulación de la primera cuestión prejudicial parece sugerir que esa cuestión se solapa con la primera parte de la segunda cuestión prejudicial, no es así. En efecto, mientras que la primera cuestión prejudicial versa sobre si el pago puede revestir otra forma que no sea el abono de dinero, la primera parte de la segunda cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar si tal pago debe constituir, como señala el órgano jurisdiccional remitente en la exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial, una contraprestación con valor patrimonial, «en el sentido de una relación sinalagmática».

38. Esta cuestión recuerda la alegación formulada por P&C Düsseldorf en su recurso de casación, según la cual, para poder declarar la existencia de una práctica comercial que se considere desleal en cualquier circunstancia, la ventaja proporcionada por el comerciante debe presentar un vínculo con el contenido editorial, de modo que pueda considerarse que, mediante el pago en cuestión, el comerciante ha «comprado» el reportaje. En cambio, en opinión de P&C Düsseldorf, no puede llegarse a esa conclusión cuando el comerciante contribuye a los costes de la campaña publicitaria organizada conjuntamente con una empresa de medios de comunicación que beneficia a ambos operadores. En ese caso, únicamente se financia en común el evento organizado conjuntamente, y la empresa de medios de comunicación, actuando exclusivamente en su propio interés, anuncia la campaña publicitaria mediante un artículo.

[18] Ha de observarse que el órgano jurisdiccional remitente no solicita al Tribunal de Justicia que aclare si el pago puede tomar la forma de ventaja no patrimonial. En aras de la exhaustividad, basta con señalar que la doctrina responde en sentido afirmativo a esta cuestión. Véase Namysłowska, M. y Sztobryn, K.: «Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych», *Państwo i Prawo*, 2008, vol. 11, p. 61.

39. El órgano jurisdiccional remitente señala a este respecto que el vínculo al que se refiere P&C Düsseldorf puede establecerse por el mero hecho de que la campaña publicitaria y el artículo pueden considerarse dos elementos de una única y misma campaña publicitaria, que solo puede apreciarse y calificarse globalmente. Esta solución no se impone de manera ineludible. Ante dicha alegación, el órgano jurisdiccional remitente observa que, según las constataciones del órgano jurisdiccional de apelación, P&C Düsseldorf, entre otras cosas, concedió a la empresa de medios de comunicación derechos de uso asociados a las imágenes que aparecían en el artículo. De acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente, al menos una parte de las prestaciones con valor patrimonial proporcionadas por P&C Düsseldorf parece, pues, presentar un vínculo concreto con la publicación del citado artículo.

40. Como se deduce de la formulación de la segunda cuestión prejudicial, la segunda parte de esta solo se plantea en caso de respuesta afirmativa a la primera parte. Mediante la segunda parte de la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si se efectúa un «pago», en el sentido del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, por la inserción de contenido editorial cuando el comerciante concede a la empresa de medios de comunicación derechos de imagen y ambas empresas contribuyen a los costes de la campaña publicitaria con fines de promoción de las ventas de sus productos.

41. Habida cuenta del objeto común de estas dos cuestiones y de la relación intrínseca entre ambas, considero que deben examinarse conjuntamente y recibir una respuesta única.

42. En consecuencia, en primer lugar, procede determinar si el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se recurre a un contenido editorial con fines de promoción de un producto, el comerciante no solo efectúa un «pago» por dicha promoción cuando retribuye con dinero a la empresa de medios de comunicación que realiza esa promoción, sino también cuando le proporciona una ventaja que consiste en bienes, servicios u otros activos con valor patrimonial (sección D).

43. En caso de que esa cuestión reciba respuesta afirmativa, procederá, en segundo lugar, determinar si, a efectos del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, esa ventaja patrimonial constituye una contraprestación por la inserción de un contenido editorial con fines de promoción de un producto, de suerte que existe un vínculo entre dicha ventaja y la promoción en cuestión. En tal caso, habrá de comprobarse si, cuando una empresa de medios de comunicación informa sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con el comerciante, esa contraprestación puede consistir en la concesión a la empresa de medios de comunicación de derechos de uso de imágenes y/o en la contribución a los costes de la citada campaña publicitaria (sección E).

D. Pago entendido como una ventaja patrimonial

1. Interpretación literal

44. Como resulta del tenor literal del considerando 5 de la Directiva 2005/29, el legislador de la Unión consideró que los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios o a la libertad de establecimiento solo pueden eliminarse estableciendo normas uniformes y aclarando ciertos conceptos jurídicos. De ello deduzco que, para el legislador de la Unión, los conceptos utilizados en esta Directiva constituyen, en principio, conceptos autónomos del Derecho de la Unión.

45. Atendiendo a las distintas versiones lingüísticas de la Directiva 2005/29 y a los términos empleados en cada una de ellas, el anexo I, punto 11, de esta puede entenderse en el sentido de que el pago debe efectuarse con dinero [19] o, según los términos más amplios empleados en otras versiones lingüísticas, en el sentido de que tal pago puede adoptar cualquier forma de ventaja patrimonial. [20]

46. Dada la diversidad existente, no es posible alcanzar una conclusión unívoca en cuanto a la naturaleza de las ventajas que pueden considerarse un pago en el sentido del anexo I, punto 11, de la citada Directiva. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, es preciso, por lo tanto, recurrir a métodos de interpretación distintos de la interpretación literal. [21]

2. Interpretación sistemática

47. Las disposiciones de la Directiva 2005/29 han sido concebidas esencialmente desde el punto de vista del consumidor en cuanto destinatario y víctima de prácticas comerciales desleales. [22] En ese sistema, la práctica comercial descrita en el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 se califica de «práctica comercial que se considera desleal en cualquier circunstancia» y, como se colige de las rúbricas de dicho anexo, de «práctica comercial engañosa».

48. La dicotomía entre las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia y las que solo pueden declararse desleales a raíz de un examen realizado en cada caso concreto conforme a los artículos 5 a 9 de dicha Directiva se fundamenta en la consideración de que únicamente las prácticas comerciales más perjudiciales para los consumidores son objeto de una prohibición absoluta. [23]

[19] Cabe citar las versiones en lengua española («pagando»), checa («zaplatil»), danesa («betalt»), alemana («bezahlt»), estonia («maksnud»), inglesa («paid for»), letona («ir samaksājis»), lituana («sumokėjo»), neerlandesa («betaald»), polaca («zapłacił»), rumana («a plătit»), eslovaca («zaplatil»), eslovena («plačal»), finesa («maksanut») y sueca («betalat»), que utilizan distintas formas gramaticales del verbo «pagar».

[20] Sobre todo en la versión en lengua italiana («costi […] sostenuti») que se refiere, según una traducción libre, a la «asunción de los costes de promoción». En esta línea, el tenor de las versiones en lengua francesa («financer»), húngara («fizetett») y portuguesa («financiar») no parece excluir otras formas de ventaja patrimonial distintas del dinero.

[21] En la sentencia 4finance, el Tribunal de Justicia corroboró el resultado de la interpretación literal del anexo I, punto 14, de la Directiva 2005/29 mediante su interpretación teleológica, y recordó que la necesidad de una aplicación y de una interpretación uniformes de un texto del Derecho de la Unión excluye que este sea considerado de manera aislada en una de sus versiones lingüísticas, exigiendo, por el contrario, que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por este a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las lenguas (sentencia de 3 de abril de 2014, C-515/12, EU:C:2014:211), apartados 19, 20 y 24. También en el contexto de esta misma Directiva, el Tribunal de Justicia observó, en la sentencia Trento Sviluppo y Centrale Adriatica, que, en caso de divergencia entre versiones lingüísticas, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra (sentencia de 19 de diciembre de 2013, C-281/12, EU:C:2013:859), apartado 26. Por otra parte, en la sentencia Purely Creative y otros, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones prejudiciales relativas al anexo I, punto 31, de la Directiva 2005/29 tras realizar una interpretación literal (apartados 25 y 26), histórica (apartado 28), sistemática (apartados 35 y 42) y teleológica (apartado 43) de esta disposición (sentencia de 18 de octubre de 2012, C-428/11, en lo sucesivo, «Purely Creative y otros», EU:C:2012:651). Con esta misma lógica, en la sentencia Wind Tre y Vodafone Italia, para responder a la cuestión prejudicial relativa al anexo I, punto 21, de la Directiva, el Tribunal de Justicia efectuó una interpretación literal (apartado 43), sistemática (apartado 45) y teleológica (apartado 54) (sentencia de 13 de septiembre de 2018, C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:710). Ciertamente, en estas dos últimas sentencias, el Tribunal de Justicia no mencionó que existieran diferencias entre las versiones lingüísticas de la citada Directiva. Ahora bien, el enfoque metodológico adoptado en ellas confirma que el resultado de una interpretación literal no puede silenciar los que se alcanzan con otros métodos de interpretación.

[22] Véase la sentencia de 16 de abril de 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225), apartado 52.

[23] Véase la sentencia de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211), apartado 32. Durante los trabajos preparatorios, la Comisión señaló que el anexo I de la Directiva 2005/29 recoge las prácticas comerciales que siempre distorsionan de manera sustancial la toma de decisiones del consumidor. Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2003, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior [y que modifica las Directivas 84/450/CEE y 97/7/CE y 98/27/CE] (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), [COM(2003)356 final], p. 10.

49. Desde el punto de vista del consumidor, carece de importancia que el pago por la inserción del contenido editorial se efectúe o no con dinero. La práctica comercial que se describe en el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 se considera desleal en cualquier circunstancia, puesto que puede inducir a engaño. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, «la Directiva 2005/29, en particular el punto 11 de su anexo I, impone [en efecto] a las empresas anunciadoras la obligación de indicar claramente que han pagado por un contenido editorial en los medios de comunicación cuando dicho contenido pretende promocionar un producto o un servicio de esos comerciantes» precisamente para evitar ese engaño. [24]

50. En este sentido, la interpretación sistemática de la Directiva 2005/29 aboga en favor de la tesis según la cual la forma de pago, en dinero o mediante otro tipo de ventaja patrimonial, carece de toda relevancia.

3. Interpretación teleológica

51. Remitiéndose a los apartados 46 y 47 de la sentencia Purely Creative y otros, P&C Düsseldorf afirma que el Tribunal de Justicia ha declarado que el objetivo de la Directiva 2005/29 no podría alcanzarse si, en el marco de la aplicación de las disposiciones de su anexo I, la interpretación de los distintos supuestos implicara tener en cuenta condiciones que exigiesen evaluaciones complejas, efectuadas en cada caso concreto.

52. Considero que esta afirmación no está respaldada por la interpretación teleológica de la Directiva 2005/29 y que resulta de una lectura selectiva de la citada sentencia.

53. En el asunto en que recayó la sentencia Purely Creative y otros, se solicitó al Tribunal de Justicia que interpretase el anexo I, punto 31, de la Directiva 2005/29 con el objetivo de aclarar si, según esta disposición, una práctica comercial se considera desleal en cualquier circunstancia cuando se impone un gasto, aunque sea insignificante, a un consumidor al que se ha comunicado que ha ganado un premio.

54. En un primer momento, el Tribunal de Justicia declaró, sobre la base de la interpretación literal y sistemática del punto 31 del anexo, que la prohibición de imponer un gasto tiene carácter absoluto. [25] Posteriormente, para confirmar el resultado de la interpretación literal de esa disposición, el Tribunal de Justicia recurrió a la interpretación teleológica. [26] En este contexto, el Tribunal de Justicia recordó que, como se desprende del considerando 17 de la Directiva 2005/29, la seguridad jurídica es un elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado interior y que, para alcanzar este objetivo, el legislador ha reagrupado en el anexo I de dicha Directiva las prácticas comerciales que son desleales en cualquier circunstancia. [27]

55. A continuación, el Tribunal de Justicia afirmó que el objetivo no se alcanzaría si se interpretara el punto 31 del anexo I de la Directiva 2005/29, por un lado, en el sentido de que incluye un elemento de inducción a engaño, distinto del supuesto descrito en la segunda parte de dicha disposición y, por el otro, en el sentido de que autoriza a imponer al consumidor «costes insignificantes» en relación con el valor del premio. [28] Asimismo, realizó las apreciaciones a que

[24] Sentencia de 17 de octubre de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 48.

[25] Sentencia Purely Creative y otros, apartados 30 y 36.

[26] Sentencia Purely Creative y otros, apartado 43.

[27] Sentencia Purely Creative y otros, apartado [46].

[28] Sentencia Purely Creative y otros, apartados 46 y 47.

se refiere P&C Düsseldorf, según las cuales una interpretación diferente exigiría evaluaciones complejas, efectuadas en cada caso concreto, lo cual se trata precisamente de evitar mediante la inclusión de la práctica en el referido anexo I.

56. Ha de observarse, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia recurrió a la interpretación teleológica solo para confirmar la interpretación literal del anexo I, punto 31, de la Directiva 2005/29, lo cual, a diferencia de lo que ocurre en el presente asunto, permitía alcanzar una conclusión unívoca.

57. En segundo lugar, el recurso a la interpretación teleológica permitió descartar la existencia, en la descripción de una práctica comercial comprendida en el anexo I, de un elemento distinto de los supuestos expresamente previstos en dicha disposición. Además, es preciso comprobar en todo caso si las circunstancias correspondientes a la descripción de una práctica comercial comprendida en el anexo I concurren en el caso concreto. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la aplicación de este anexo exige la calificación como «fundamental» o «principal» de ciertas circunstancias, así como la toma en consideración de determinadas circunstancias que presentan una vinculación indirecta entre sí. [29]

58. En tercer lugar, es preciso señalar que el resultado al que aboca el razonamiento del Tribunal de Justicia es opuesto al que desea llegar P&C Düsseldorf. El Tribunal de Justicia recurrió a la interpretación teleológica para no restringir la definición de «práctica comercial que se considera desleal en cualquier circunstancia», mientras que P&C Düsseldorf trata de excluir de esta definición toda forma de pago distinta del dinero.

59. En cuarto lugar, considero que el razonamiento del Tribunal de Justicia es perfectamente compatible con el segundo objetivo de la Directiva 2005/29, recordado asimismo en la sentencia Purely Creative y otros, a saber, [30] el de alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores.

60. En quinto lugar, circunscribir la definición del concepto de «prácticas comerciales» enumeradas en el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 al pago de dinero podría privar a esta disposición de su efecto útil, en la medida en que esa limitación permitiría eludir fácilmente la prohibición de los publirreportajes. [31] A este respecto, como señala P&C Hamburgo, diferenciar entre el dinero y otras ventajas de valor patrimonial no se adecua en ningún caso a la realidad de la práctica editorial.

61. Por tanto, los objetivos de la Directiva 2005/29 confirman la interpretación de que carece de importancia que un pago, en el sentido del anexo I, punto 11, de dicha Directiva, se efectúe en dinero o adopte la forma de otra ventaja patrimonial.

[29] Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958), apartado 30. Véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211), apartado 33.

[30] Sentencia Purely Creative y otros, apartados 48 y 49.

[31] Véase, por analogía, respecto del punto 14 de dicho anexo, la sentencia de 15 de diciembre de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958), apartado 31.

4. Interpretación histórica

62. Durante los trabajos preparatorios, el Parlamento Europeo propuso, en la enmienda 72,[32] definir la práctica comercial a que se refiere el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 en estos términos: «Las ofertas mediante anuncios, los anuncios o las promociones (que en ocasiones se denominan "[publirreportajes]"), *que se divulguen a cambio del pago correspondiente o al amparo de un acuerdo recíproco*, deberán cumplir lo estipulado en la Directiva si son los operadores del mercado y no los editores los que controlan su contenido. Los comerciantes y los editores aclararán que las ofertas mediante anuncios son anuncios, para lo cual, por ejemplo, añadirán en el encabezamiento "oferta mediante anuncio"».[33]

63. El Consejo de la Unión Europea se opuso a esta enmienda señalando que: «[esta] enmienda no ha podido ser aceptada porque no define una práctica considerada desleal en cualquier circunstancia, que es el criterio que se ha de aplicar para poder incluirla en el anexo».[34] Por su parte, la Comisión no tuvo en cuenta la enmienda en cuestión, de modo que durante los trabajos preparatorios no se introdujo modificación sustancial alguna al anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29.[35] Ahora bien, estas circunstancias no deben entenderse en el sentido de que el legislador de la Unión se opuso a la interpretación según la cual los publirreportajes pueden divulgarse no solo a cambio del pago correspondiente, sino también al amparo de un acuerdo recíproco.

64. Por un lado, en cuanto atañe a la oposición del Consejo, la enmienda 72 podía interpretarse, en efecto, en el sentido de que no contenía una descripción de la práctica comercial considerada desleal en cualquier circunstancia, sino más bien una instrucción que permitía evitar que un contenido editorial fuera considerado tal práctica («deberán cumplir lo estipulado en la Directiva […] los comerciantes y los editores aclararán que las ofertas mediante anuncios son anuncios»). Así pues, no sorprende que la Comisión no acogiese esta enmienda en la forma en que fue propuesta por el Parlamento.

65. Por otro lado, la enmienda 72 aportaba una precisión con respecto a la ventaja que debía proporcionar el comerciante («que se divulguen a cambio del pago correspondiente o al amparo de un acuerdo recíproco»). Pues bien, el Parlamento motivó esa enmienda invocando el objetivo de impedir una interpretación demasiado amplia del término «publirreportaje», que podría entenderse en el sentido de que abarcaba («involuntariamente») el contenido editorial. De lo anterior cabe deducir que, para el Parlamento, la adición del pasaje según el cual un publirreportaje se caracteriza por que «son los operadores del mercado y no los editores los que controlan [el contenido de una publicación]» constituía una modificación de la descripción que había propuesto inicialmente la Comisión. Cabe suponer también que el Parlamento consideró

[32] Informe de 18 de marzo de 2004 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) [COM(2003) 356 — C5-0288/2003 — 2003/0134(COD)] [A5-0188/2004 final].

[33] El subrayado es mío.

[34] Posición Común (CE) n.º 6/2005, de 15 de noviembre de 2004, aprobada [por el Consejo] de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, C 38 E, p. 1), p. 20.

[35] En la propuesta inicial de la Comisión, dicha práctica se describía en estos términos: «Recurrir al contenido editorial de medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado ([publirreportajes])». Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior [y que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE] (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) [COM(2003)356 final].

que la descripción inicialmente propuesta ya implicaba que la ventaja proporcionada por un comerciante no debía adoptar necesariamente la forma de un pago. Esta interpretación de la enmienda 72 parece estar respaldada por la constatación de la Comisión según la cual las enmiendas no aceptadas, entre las que se incluye la enmienda 72, podrían haber sido admitidas por dicha institución, al menos en parte. [36]

66. Por lo tanto, los trabajos preparatorios de la Directiva 2005/29 no ponen en cuestión la interpretación conforme a la cual toda ventaja patrimonial puede constituir un pago, en el sentido del anexo I, punto 11, de dicha Directiva.

5. Conclusión provisional

67. Habida cuenta de que la interpretación literal del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 no permite llegar a una conclusión satisfactoria, y a la luz de las conclusiones unívocas que se desprenden de su interpretación sistemática y teleológica, a las que no se oponen las dimanantes de su interpretación histórica, considero que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que, cuando se recurre a un contenido editorial con fines de promoción de un producto, el comerciante efectúa un «pago» por dicha promoción cuando proporciona a la empresa de medios de comunicación una ventaja que consiste en bienes o servicios u otros activos con valor patrimonial.

68. A continuación, abordaré de la cuestión de si, a efectos del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, tal ventaja patrimonial constituye una contraprestación por la inserción de contenido editorial para promocionar un producto y, en caso afirmativo, si en las circunstancias del litigio principal se ha satisfecho dicha contraprestación.

E. Pago como contraprestación por la inserción de un contenido editorial

69. El empleo del término «pagando» y de los que aparecen en el resto de versiones lingüísticas del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 sugiere que debe proporcionarse una ventaja patrimonial por insertar un contenido editorial con fines de promoción de un producto y que, por lo tanto, ha de existir un vínculo cierto entre la ventaja y la promoción del producto.

70. Procede señalar, a este respecto, que existe, *a priori*, un matiz que distingue la descripción que figura en esa disposición del Derecho de la Unión de su equivalente en Derecho alemán. En efecto, según el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, la práctica comercial denominada publirreportaje consiste en recurrir a un contenido editorial para promocionar un producto, *pagando el comerciante por dicha promoción*, mientras que, con arreglo al punto 11 del anexo de la UWG, lo que paga el comerciante es la *inserción del contenido editorial* con fines de promoción de un producto. En la sentencia RLvS, [37] el Tribunal de Justicia ya aportó una aclaración sobre el punto 11 del anexo I de la Directiva 2005/29 al señalar que esta disposición impone a las empresas anunciadoras la obligación de indicar claramente *que han pagado por un contenido editorial*. Por consiguiente, esa sentencia confirma la interpretación del término «pagando» que acabo de exponer.

[36] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 2004 [COM(2004)753 final], p. 6.

[37] Sentencia de 17 de octubre de 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669), apartado 48.

71. Por las razones que se han expuesto en el marco del análisis de la primera cuestión prejudicial,[38] podría argüirse que la interpretación histórica aboga también en favor de esta interpretación. En efecto, la enmienda 72, propuesta por el Parlamento, pretendía precisar respecto de los publirreportajes que estos engloban las ofertas mediante anuncios, los anuncios y las promociones que *se divulguen a cambio del pago correspondiente o al amparo de un acuerdo recíproco*. Como ya he explicado, el rechazo de esta enmienda no parece respaldar la adición de tal precisión.

72. A la vista de lo anterior, cabe señalar que, a efectos del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, una ventaja patrimonial proporcionada por el comerciante a la empresa de medios de comunicación constituye una contraprestación por la inserción de un contenido editorial con fines de promoción de un producto, de suerte que existe un vínculo cierto entre dicha ventaja y la promoción del producto.

73. En este contexto, considero que la concesión de derechos de uso de las imágenes, a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente en la segunda parte de la segunda cuestión prejudicial, constituye una contraprestación por la inserción de contenido editorial para promocionar un producto.

74. En efecto, por un lado, existe un vínculo cierto y directo entre la ventaja proporcionada por P&C Düsseldorf y la promoción realizada por medio del contenido editorial, en la medida en que los derechos de uso de las imágenes se cedieron a la empresa de medios de comunicación para que informase sobre una campaña publicitaria organizada también por dicho comerciante, y en que esas imágenes, utilizadas en el contenido en cuestión, mostraban instantáneas de las tiendas de P&C Düsseldorf, así como de los productos ofrecidos a la venta por este comerciante.

75. Por otro lado, el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 no establece ningún importe mínimo para que se considere que la ventaja patrimonial constituye un pago en el sentido de dicha disposición.[39] En consecuencia, el hecho de que la propia empresa de medios de comunicación también haya contribuido a una parte de los costes asociados a una publicación es irrelevante. La publicación de un contenido editorial siempre lleva aparejados costes para las empresas de medios de comunicación. *A fortiori*, dado que el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 no fija un importe mínimo respecto de dicha ventaja patrimonial proporcionada por el comerciante, esta disposición no exige que exista una equivalencia entre dicha ventaja y los costes soportados por la empresa de medios de comunicación.

76. La consideración que se expone en el punto 72 de las presentes conclusiones podría, por lo tanto, poner fin al análisis de la segunda cuestión prejudicial y proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente. Ciertamente, esta consideración permite concluir que el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que una ventaja patrimonial debe constituir una contraprestación por la inserción de un contenido editorial con fines de promoción de un producto, de suerte que exista un vínculo cierto entre dicha ventaja y la promoción del producto. En particular, ese vínculo existe cuando una empresa de medios de comunicación informa sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con un

[38] Véanse los puntos 64 y 65 de las presentes conclusiones.

[39] Además, el objetivo de incrementar la seguridad jurídica en la identificación de las prácticas comerciales desleales, a que se refiere el considerando 17 de la misma Directiva, no se lograría si los Estados miembros pudieran decidir los importes que pueden considerarse un pago en el sentido del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29. Véase, por analogía, la sentencia de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211), apartado 26.

comerciante, el cual, por su parte, para llevar a cabo esa promoción, pone a disposición de la empresa de medios de comunicación los derechos de uso de las imágenes que muestran instantáneas de sus tiendas y de los productos ofrecidos a la venta por dicho comerciante.

77. Dicho esto, en aras de la exhaustividad, cabría preguntarse aún si el vínculo cierto entre la ventaja patrimonial y la inserción de un contenido editorial con fines de promoción de un producto puede tener asimismo carácter indirecto y, en su caso, si, en el presente asunto, existe tal vínculo cierto e indirecto entre la contribución a los costes de una campaña publicitaria organizada conjuntamente con una empresa de medios de comunicación y la publicación del artículo impugnado. Si se considera de forma aislada, la organización conjunta de esa campaña publicitaria no presenta un vínculo directo con la publicación. Es precisamente la falta de ese vínculo directo el motivo que parece haber llevado al órgano jurisdiccional remitente a considerar que la campaña publicitaria y el artículo constituyen una sola cosa. [40]

78. De entrada, no excluyo que la existencia de un vínculo indirecto entre una ventaja patrimonial proporcionada a la empresa de medios de comunicación y la inserción de su contenido editorial con fines de promoción de un producto baste para declarar la existencia de una práctica comercial considerada desleal en cualquier circunstancia, en el sentido del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29. Cualquier otra interpretación de esa disposición podría privarla de su efecto útil, puesto que la exigencia de una vinculación directa permitiría eludir fácilmente la prohibición absoluta de los publirreportajes. [41]

79. Ahora bien, el vínculo indirecto entre la contribución a los costes de una campaña publicitaria organizada conjuntamente con una empresa de medios de comunicación y la publicación del artículo impugnado solo puede acreditarse sobre la base de una presunción dudosa, por lo que sería un vínculo incierto.

80. En efecto, en primer término, considerar que el comerciante ha pagado por recurrir a un contenido editorial con fines de promoción de un producto cuando una empresa de medios de comunicación informa sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con un comerciante supondría reconocer la existencia de una presunción según la cual ese comerciante se habría asociado con dicha empresa para llevar a cabo la mencionada promoción. Además, aceptar la pertinencia de esa presunción en el contexto del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29 podría atribuir a dicha presunción un carácter irrefutable, habida cuenta de que se trataría de una práctica desleal en cualquier circunstancia. Por último, esa práctica comercial se atribuiría al comerciante, a pesar de que su participación en la inserción del contenido editorial con fines de promoción estaría basada exclusivamente en la citada presunción.

81. Pues bien, al ejercitar su derecho a la libertad de empresa, un comerciante puede colaborar con una empresa de medios de comunicación, la cual es posible que desarrolle distintas actividades, no ya para asegurarse una cobertura mediática, sino para beneficiarse de la notoriedad de dicha empresa, de su saber hacer y de sus recursos o contactos comerciales.

[40] Véase el punto 39 de las presentes conclusiones.

[41] Véase, por analogía, la sentencia de 15 de diciembre de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958), apartado 31. En dicho asunto, se solicitó al Tribunal de Justicia que aclarase si el anexo I, punto 14, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que esa disposición permite calificar una práctica comercial de «plan de venta piramidal» aun en el supuesto de que únicamente exista una vinculación indirecta entre las contraprestaciones realizadas por los nuevos participantes en tal plan y las compensaciones percibidas por los participantes anteriores. El Tribunal de Justicia consideró, a este respecto, que la financiación de la compensación que un participante anterior puede percibir puede depender indirectamente de las contraprestaciones realizadas posteriormente por nuevos participantes en el plan.

82. A falta de pago en el sentido del anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, una práctica comercial no puede considerarse desleal en cualquier circunstancia al amparo de esta disposición. Tal práctica comercial, que no está comprendida en dicho anexo, puede ser eventualmente declarada desleal tras un examen pormenorizado de sus características en cada caso concreto a la vista de los criterios establecidos en los artículos 5 a 9 de la Directiva.

83. Sin perjuicio de las consideraciones que preceden, relativas a la contribución a los costes de una campaña publicitaria organizada conjuntamente con una empresa de medios de comunicación, mantengo la conclusión formulada en el punto 76 de las presentes conclusiones.

84. He de observar, además, que, para declarar la existencia de la práctica comercial desleal considerada desleal en cualquier circunstancia, a la que se refiere el anexo I, punto 11, de la Directiva 2005/29, conviene en todo caso comprobar si concurren también los demás requisitos que establece dicha disposición, distintos del relativo al pago de la promoción del producto. En circunstancias como las del litigio principal ha de comprobarse, en particular, si se trata de un «contenido editorial» en el sentido de dicha disposición, concepto que aún no ha sido interpretado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y si del artículo en cuestión no resulta claramente que el contenido está cofinanciado por el comerciante. Ahora bien, estos otros requisitos no han sido objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia y, por lo tanto, no se examinan en las presentes conclusiones.

VI. Conclusión

85. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania):

«El anexo I, punto 11, de 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), debe interpretarse en el sentido de que, cuando se recurre a un contenido editorial con fines de promoción de un producto, el comerciante también efectúa un “pago” por dicha promoción cuando proporciona a la empresa de medios de comunicación una ventaja que consiste en bienes, servicios u otros activos con valor patrimonial.

Tal ventaja patrimonial debe constituir una contraprestación por la inserción del contenido editorial con fines de promoción de un producto, de suerte que debe existir un vínculo cierto entre dicha ventaja y la promoción del producto.

En particular, ese vínculo existe cuando una empresa de medios de comunicación informa sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con un comerciante, el cual, por su parte, para llevar a cabo esa promoción, pone a disposición de la empresa de medios de comunicación los derechos de uso de las imágenes que muestran instantáneas de sus tiendas y de los productos ofrecidos a la venta por dicho comerciante.»