

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 24 de mayo de 2007¹

I. Introducción

1. En la actualidad, la mercadotecnia asedia e invade por doquier. Todos los soportes mediáticos difunden reclamos, promociones o buenos negocios. Los periódicos, el cine, la televisión, la radio, Internet, hasta los teléfonos divulgan los méritos de cualquier producto, incitando al usuario a comprarlo, con la idea de facilitarle la vida o de hacerlo más feliz, aun a riesgo de saturar su capacidad de recibir tales mensajes o de agredirlo.² La aparición de la publicidad ha fomentado el desarrollo del comercio moderno,³ que ha superado su ámbito local o nacional, evolucionando hacia un mercado mundial e interdependiente. La verborrea de los charlatanes, vendedores ambulantes, embaucadores, descubridores de elixires, de

ungüentos contra el dolor o de hierbas prodigiosas, sacamuelas, expendedores de crecepelelo o de curalotodo, gorgotereros, buhoneros y mercachifles de toda laya, cuando ensalzaban sus artículos en las lonjas y en las ferias del pasado, ha sido reemplazada por campañas de divulgación que llegan a millones de consumidores.⁴

2. Posiblemente, junto con la red informática mundial, la televisión brinde la más provocadora de las herramientas para canalizar los reclamos publicitarios, tanto por su intensidad como por su capacidad de penetración y de estimulación. Esta circunstancia explica la preocupación que late en la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva,⁵ conocida como

1 — Lengua original: español.

2 — Beigbeder, F., *99 francs*, Ed. Grasset, París, 2000, denuncia que, para los amantes de la literatura, la publicidad es una de las más grandes catástrofes de los dos últimos milenios.

3 — Zola, E., *Au bonheur des dames*, Ed. Gallimard, colección Folio, París, 1980, p. 480, se hace eco de esta reflexión: «Desde la mañana el bullicio crecía. Ninguna tienda había sacudido aún la ciudad con el estruendo de la publicidad. Ahora los almacenes *Au Bonheur des dames* se gastaban casi seiscientos mil francos anuales en carteles, en anuncios, en propaganda de toda índole; el número de catálogos enviados ascendía a cuatrocientos mil, se invertían otros cien mil francos en las muestras de mercancías. Era la invasión total de los periódicos, de las vallas, de los oídos de la gente, como si una gigantesca trompeta de bronce proclamara a los cuatro vientos el estrépito de las grandes ventas y oportunidades.»

4 — Por ejemplo, la promoción del nuevo sistema operativo de la firma americana Microsoft ha tenido lugar en 39.000 puntos de venta a través de 45 países y ha costado 500 millones de dólares (www.zdnet.fr/actualites/informatique).

5 — DO L 298, p. 23.

«Directiva televisión sin fronteras», por regular la acción anunciadora, sometiéndola a ciertas normas y a algunos criterios irrenunciables, pero dejando libertad a los países de la Unión para imponer pautas más estrictas (considerando vigésimo sexto).

3. Al propio tiempo, la televisión abre una ventana por la que la vida, real o imaginada, entra en todos los hogares, y también el tráfico mercantil, propiciando la adquisición de bienes y de servicios sin necesidad de pisar la calle. Las teletiemendas proliferan en numerosas cadenas y configuran un notable mercado, al que la Comunidad no podía dar la espalda, por lo que la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997,⁶ modificó la Directiva 89/552 para atender a este fenómeno y proteger al comprador, controlando la forma y el contenido de las emisiones de esa índole, para distinguirlas de las meramente publicitarias (considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo de la Directiva 97/36).

4. Con este trasfondo y al amparo del artículo 234 CE, el Bundeskommunikationsrat (consejo superior federal de la comunicación) de Austria dirige al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales para desentrañar los conceptos de «publicidad televisiva» y de «televenta», empleados,

respectivamente, por las letras c) y f) del artículo 1 de la Directiva 89/552, según la redacción de la Directiva 97/36. Suscita las preguntas porque, en el pleito de origen, tiene que calificar correctamente un espacio televisivo, incorporado a otro de mayor amplitud temporal y material, en el que se invita a los televidentes a participar en un juego, marcando un número telefónico de valor añadido.⁷

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

5. La Directiva 89/552 pretende remover de la Comunidad los obstáculos a la libre propagación y circulación de las informaciones y de las ideas a través de la televisión. Como quiera que, habitualmente, los impedimentos traen causa de la disparidad entre las legislaciones nacionales, la Directiva trata de coordinarlas, fijando un mínimo común denominador (considerandos noveno, undécimo y decimotercero). Por esta razón, el artículo 3, apartado 1, reconoce a los Estados miembros la facultad de exigir a sus orga-

6 — DO L 202, p. 60.

7 — Estos abonados pueden recibir del suministrador del servicio de telecomunicaciones un porcentaje del montante facturado por la llamada.

nismos de radiodifusión el cumplimiento de patrones más estrictos o detallados que los de la propia Directiva.

(apartado 2), a la vez que se rechazan la publicidad y la televenta subliminales o encubiertas (apartados 3 y 4).

6. El artículo 1, letra c), define la «publicidad televisiva» como «cualquier forma de mensaje televisado, a cambio de una remuneración o de un pago similar, o de difusión con fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o con una profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones».

9. Los artículos 18 y 18 *bis*⁹ limitan el tiempo de transmisión de spots y de bloques de teletienda, señalando porcentajes máximos, diarios o por hora.

B. *La legislación austriaca*

7. En la letra f) del precepto se describe la «televta» como «la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o a la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración».

1. Normativa orgánica relativa al Bundeskommunikationssenat

8. Ambas modalidades, según el artículo 10,⁸ deben identificarse fácilmente y diferenciarse con claridad del resto del programa gracias a medios ópticos y/o acústicos (apartado 1), reputándose excepción los anuncios aislados

10. Este ente, dependiente de la Cancillería federal, fue creado por la Bundesgesetz (ley federal) über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates¹⁰ (en lo sucesivo, «KOG») para controlar las decisiones de la Kommunikationsbehörde Austria (órgano regulador del sector de las telecomunicaciones; en lo sucesivo, «KommAustria») y las

8 — En los términos resultantes de la Directiva 97/36.

9 — También redactados por la Directiva 97/36.

10 — BGBl. n.º 32 de 2001.

del Österreichischer Rundfunk (servicio austriaco de radiodifusión; en lo sucesivo, «ÖRF»).

11. El artículo 11, apartado 2, de la KOG lo capacita para resolver, como última instancia administrativa, los recursos contra las resoluciones de la KommAustria, salvo en materia penal.

12. Los pronunciamientos del Bundeskommunikationssenat son susceptibles de impugnación jurisdiccional ante el Verwaltungsgerichtshof¹¹ (tribunal administrativo) (artículo 11, apartado 3, de la KOG).

13. El mandato de sus cinco miembros, tres de origen judicial (uno de los cuales lo preside), dura seis años, prorrogables, y los motivos de remoción se encuentran tasados en el artículo 12 de la KOG, que proclama su independencia, declarándolos exentos de sujeción a instrucciones externas.

11 — Este tribunal, con sede en Viena, supervisa en vía jurisdiccional a la Administración pública. Conoce recursos calificados de extraordinarios, pues contrastan la legalidad de la actividad administrativa, sin inmiscuirse en el terreno fáctico. Cumple el papel de tribunal administrativo de casación, limitado a defender la norma jurídica mediante la fijación de la exégesis correcta. Tiene competencia para anular los actos administrativos por violación del derecho, material o procesal, o por exceso o desviación de poder, pero no para revisar los hechos.

14. A efectos procedimentales, el artículo 14 de la KOG remite a la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz¹² (ley de procedimiento administrativo; en lo sucesivo, «AVG»).

2. La Ley sobre radiodifusión

15. La Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk¹³ (ley federal relativa a la radiodifusión austriaca; en lo sucesivo, «ÖRF-Gesetz») reconoce, en su artículo 47, apartado 1, que pretende trasponer la Directiva 89/552, una vez modificada por la Directiva 97/36.

16. El artículo 13, apartado 1, permite al ÖRF asignar, en el marco de sus programas y a cambio de una remuneración, tiempos para emitir mensajes comerciales, que define con las mismas palabras que el artículo 1, letra c), de la Directiva televisión sin fronteras.

17. El apartado 2 prohíbe la adjudicación de espacios para la televenta, caracterizada en este precepto con idénticos términos que los del artículo 1, letra f), de la referida Directiva.

12 — BGBl. n° 51 de 1991.

13 — BGBl. n° 83 de 2001, en la versión del BGBl. n° 159 de 2005.

18. Finalmente, el apartado 3 reproduce, exclusivamente para la publicidad, el artículo 10, apartado 1, de la repetida Directiva.

habilitaba a las personas no seleccionadas para concurrir a un sorteo semanal, brindaba de nuevo oportunidad a la suerte.

III. Los hechos, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales

19. En el curso de la producción «Quiz Express», difundida por el ÖRF el 1 de abril de 2005, el presentador, al tiempo que aparecía sobreimpreso en la pantalla un número telefónico de acceso a un servicio de valor añadido, lanzó una oferta para que, marcando dicho número, el público participara en un juego dotado con un premio («Gewinnspiel» en alemán). La compañía prestadora del servicio telefónico percibía 0,70 euros por cada llamada, revirtiendo una porción al ÖRF.¹⁴

20. El pasatiempo constaba de tres fases: durante la primera, por puro azar, una sola comunicación entraba en directo; el afortunado, en la segunda, debía responder a las preguntas del animador; la última, que

21. La KommAustria denunció al ÖRF ante el Bundeskommunikationssenat porque, en su opinión, había vulnerado el artículo 13, apartado 2, de la ÖRF-Gesetz, por dedicar unos minutos de la emisión a la televenta.

22. Para resolver la queja, el mencionado organismo ha suspendido el procedimiento y ha formulado al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, letra f), de la Directiva 89/552, [...] en la versión resultante de la Directiva 97/36 [...], en el sentido de que también han de entenderse como “televenta” los programas o partes de programas en los que una cadena de televisión ofrece a los espectadores la posibilidad de intervenir en un sorteo organizado por dicha cadena de televisión, llamando directamente a números de teléfono de un servicio de valor añadido y, por tanto, onerosamente?

2) Si la respuesta a la anterior cuestión fuera negativa, ¿debe interpretarse el

¹⁴ — El Bundeskommunikationssenat indica en el auto de remisión (apartado 41) que el ÖRF no ha facilitado cifras sobre la cuantía de la recaudación, pero da por sentado que, gracias al acuerdo con la sociedad de telefonía, ha obtenido pingües beneficios.

artículo 1, letra c), de la Directiva 89/552 [...], en la versión resultante de la Directiva 97/36 [...], en el sentido de que también ha de entenderse como “publicidad televisiva” cualquier mensaje que aparezca en programas o partes de programas en los que una cadena de televisión ofrezca a los telespectadores la posibilidad de participar en un sorteo organizado por dicha cadena de televisión, llamando directamente a números de teléfono de un servicio de valor añadido y, por tanto, onerosamente?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. La petición prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de abril de 2006. El ÖRE, la Comisión, así como los Gobiernos italiano y portugués, han formulado observaciones escritas, habiendo comparecido los representantes de los dos primeros en la vista celebrada el 29 de marzo de 2007, para exponer oralmente sus alegaciones, acto al que también han asistido el Gobierno británico y la KommAustria.

V. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

24. Este reenvío es el primero que el Bundeskommunikationssenat dirige al Tri-

bunal de Justicia, por lo que creo oportuno examinar si reúne las notas de un «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 234 CE. La propia instancia austriaca estima necesario justificar su condición en el auto de remisión, empleando unos argumentos avalados por la Comisión en sus observaciones escritas.

25. Para apreciar si una determinada entidad posee aquel carácter, el Tribunal de Justicia se ha limitado, hasta ahora, a desgranar unos criterios orientativos tales como su origen legal, la permanencia, la independencia de sus miembros, la obligatoriedad de la potestad que ejerce, la naturaleza contradictoria del procedimiento a través del que actúa, el talante jurisdiccional de sus decisiones y la aplicación de normas jurídicas.¹⁵

26. El Bundeskommunikationssenat aglutina, en principio, dichas propiedades, habida cuenta de que:

- a) Su origen legal no se presta a duda alguna, ya que fue instaurado por la

15 — A título de ejemplo, pueden consultarse las sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 23; y de 2 de marzo de 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Rec. p. I-1209), apartado 17.

KOG, como tampoco su condición de permanente y estable, que se deduce del artículo 11 de esta ley, cuando le confiere la misión de controlar a la KommAustria y tutelar jurídicamente al ÖRF.

- b) Su intervención no es opcional, sino obligatoria, porque resuelve los recursos interpuestos contra las decisiones de la KommAustria, a excepción de los que revistan trascendencia penal.
- c) La independencia funcional de este consejo superior audiovisual parece incontestable: se compone de cinco miembros, de los que tres son jueces (entre los que se eligen el presidente y su suplente), que desempeñan su labor sin directrices ni órdenes exógenas.¹⁶ El nombramiento, para un mandato renovable de seis años, compete al presidente federal, a propuesta del Gobierno.
- d) El procedimiento facilita un debate contradictorio, pues las partes aducen sus argumentos (artículo 37 de la AVG),

incluso en el curso de una vista, acordada de oficio o a su instancia (artículo 39, apartado 2, de la AVG). La Administración motiva por escrito su posición (artículo 38 de la AVG), citando a los testigos y a los peritos a una vista con los interesados (artículos 40 y 41 de la AVG), en la que se garantizan los derechos de defensa (artículo 43, apartado 3, de la AVG).

- e) En fin, tampoco se discute que resuelve conforme a criterios jurídicos.

27. No obstante, hay que evitar deslumbrarse con esta apariencia inicial. En las conclusiones de 28 de junio de 2001, en el asunto De Coster,¹⁷ sostengo que la actitud del Tribunal de Justicia respecto de la aludida noción de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha desencadenado una jurisprudencia flexible en exceso y carente de coherencia, por lo que sugiero un golpe de timón, para emprender derroteros más firmes y serios, que, apuntando a la razón de ser del instrumento prejudicial, alimenten una fructífera cooperación entre jueces.

28. Con ese ánimo, en las mencionadas conclusiones propongo que, como regla

¹⁶ — La Constitución austriaca asegura la independencia de los miembros no judiciales, al indicar en el artículo 20, apartado 2, que, «en caso de que por ley federal o regional se haya instituido un órgano colegiado para resolver en última instancia, cuyas decisiones, según esa ley, no estén sujetas a reforma ni anulación en vía administrativa, y del que forme parte, por lo menos, un juez, tampoco los demás miembros de dicho órgano colegiado estarán sometidos a instrucciones en el ejercicio del cargo».

¹⁷ — En el que se dictó sentencia el 29 de noviembre también de 2001 (C-17/00, Rec. p. I-9445).

general, únicamente se incluyan en el artículo 234 CE los órganos integrados en el poder judicial de cada Estado, cuando ejerzan sus funciones propiamente jurisdiccionales, incorporando, como excepción, aquellos que, sin pertenecer a esa estructura, tengan la última palabra en el ordenamiento jurídico interno, siempre que satisfagan los requisitos decantados por la jurisprudencia, en particular, los de independencia y de contradicción procesal.

29. En este entendimiento, más estricto, estimo que el Bundeskommunikationssenat debe quedar al margen de la noción, pues es ajeno a la organización judicial de Austria.

30. Ciertamente, se engloba en la categoría de «autoridades colegiales con componente jurisdiccional»,¹⁸ a las que se refiere el artículo 133, apartado 4, de la Constitución de dicho país,¹⁹ respecto de las que yo

mismo he admitido su condición de órgano jurisdiccional en un asunto precedente.²⁰

31. Aunque la atribución de ese talante jurisdiccional, realizada en el derecho interno, si bien suministra un indicio, no puede resultar determinante.²¹ Sin embargo, teniendo en cuenta que, según definiendo desde las repetidas conclusiones De Coster, la delimitación conceptual ha de efectuarse conforme al derecho comunitario, en función de sus necesidades estructurales propias, se precisa más rigor en la disección del Bundeskommunikationssenat, para comprobar si realmente reúne las condiciones para entablar el diálogo prejudicial.

32. Ese mayor esmero en el análisis revela que, a diferencia de las demás autoridades enumeradas en el artículo 133 de la Constitución austriaca, como el Oberster Patent- und Markesenat del asunto Häulp, cuyas resoluciones no son recurribles en vía administrativa ni en la judicial, las del

18 — «Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag», en alemán.

19 — Esta norma excluye de la competencia del Verwaltungsgerichtshof «las materias en las que corresponda a una autoridad colegiada la decisión en última instancia, cuando, según la ley federal o regional reguladora de la creación de dicha autoridad, figure entre sus miembros un magistrado, por lo menos; los demás miembros no estén sujetos en el ejercicio del cargo a instrucción alguna; las decisiones del órgano no sean susceptibles de anulación ni de reforma en vía administrativa; y, con independencia de que se den las condiciones anteriores, no se haya expresamente declarado la admisibilidad de la apelación ante el Verwaltungsgerichtshof».

20 — Conclusiones de 26 de octubre de 2006, en el asunto C-246/05, Häulp, aún sin sentencia, en relación con el Oberster Patent- und Markesenat (órgano superior de patentes y marcas).

21 — La diversidad de autoridades colegiadas en Austria y la heterogeneidad de las reglas que las configuran aconsejan huir de todo automatismo. El Tribunal de Justicia ha admitido cuestiones prejudiciales enviadas por algunas de esas autoridades: la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), atendió al Bundesvergabeamt, instancia que conoce de los litigios relativos a los contratos públicos, sin examinar su cualidad de órgano jurisdiccional; la sentencia de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Atzwanger (C-103/97, Rec. p. I-551), atribuyó tal condición al Tiroler Landesvergabeamt (oficina de adjudicaciones del Land del Tirol), al igual que la sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553), al Vergabekontrollsenat (comisión de control de adjudicaciones) del Land de Viena.

Bundeskommunikationssenat se revisan por el Verwaltungsgerichtshof.

33. Esta peculiaridad se explica por razones históricas. Antes de la adopción de la KOG, la regulación de la radiodifusión en Austria correspondía a la Privatrundfunkbehörde (autoridad en materia de radiodifusión privada), según la Regionalradio-Gesetz (ley relativa a la radiodifusión regional), que nació como órgano colegiado en el sentido del artículo 133, apartado 4, de la Constitución y sus decisiones no podían recurrirse ante el Verwaltungsgerichtshof. Pues bien, el Verfassungsgerichtshof (tribunal constitucional), en sentencia de 29 de junio de 2000,²² declaró inconstitucional la Privatrundfunkbehörde porque, a la luz del citado artículo 133, apartado 4, eran rechazables la inmunidad de control judicial y la concepción de ese organismo como única instancia administrativa. Esta sentencia, siguiendo la jurisprudencia,²³ defendió una interpretación estricta de la posibilidad de crear autoridades colegiadas, ya que implica una derogación singular del principio general que somete toda actividad administrativa a revisión judicial, por lo que debe justificarse caso por caso, exigencia insatisfecha para la Privatrundfunkbehörde. Para cumplir ese pronunciamiento, se modificó el artículo 13 de la Regionalradio-Gesetz, estableciendo un recurso ante el Verwaltungsgerichtshof, pero se mantuvo el resto del articulado. Llamado

de nuevo a intervenir, el Tribunal Constitucional sostuvo que la tacha persistía, porque la circunstancia de que la Privatrundfunkbehörde actuara en la vía gubernativa como instancia exclusiva se revelaba incompatible con los principios constitucionales.²⁴ El legislador tuvo que reaccionar, instaurando el Bundeskommunikationssenat, órgano administrativo revisor, y dejando expedita la vía judicial ante el Verwaltungsgerichtshof, construcción que el Tribunal Constitucional finalmente ha aprobado.²⁵

34. Pues bien, el control de las resoluciones del Bundeskommunikationssenat por un tribunal contencioso-administrativo cambia el panorama e impide reconocerle la condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.

35. El riesgo de dificultades por la intromisión de una autoridad administrativa en un encuentro entre jueces, que desglose en los puntos 75 a 79 de las conclusiones De Coster, parece evidente. Por muy elevada que sea la cualificación técnico-jurídica de este ente gubernativo, el Verwaltungsgerichtshof, al supervisar la decisión administrativa dictada después de la respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia, puede

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Sentencia de 24 de febrero de 1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Sentencia de 13 de junio de 2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Sentencia de 25 de septiembre de 2002 (B110/02 e.a., VfSlg. 16.625).

considerar equivocada la remisión a Luxemburgo o estimar que debería haberse enfocado de otra manera. Si llegara al convencimiento de que no se debate la interpretación ni la aplicación de normas del ordenamiento jurídico comunitario, la cuestión prejudicial y los esfuerzos invertidos para su desenlace serían inútiles, con la deslegitimación que sufriría el Tribunal de Justicia, al prescindirse de sus sentencias. Si apreciara que la cuestión debió formularse de modo diferente, se toparía con el pie forzado de la realmente planteada y de la sentencia recibida, siendo probable que, por motivos de economía procesal, se inclinara por no acudir otra vez al proceso prejudicial, conformándose con una consulta concebida en el ámbito administrativo y con una respuesta viciada de origen, que perturbaría la realización de un auténtico «diálogo entre jueces».

36. La injerencia de un órgano administrativo en la colaboración judicial del artículo 234 CE se me antoja siempre grave, pues su participación, aun bien intencionada, enturbia el proceso. En las conclusiones De Coster (notas 36 y 98) explico que la redacción de la pregunta prejudicial puede determinar la solución del Tribunal de Justicia, por lo que es importante mantener el carácter verdaderamente jurisdiccional de quienes cooperan en el reenvío. Si la cuestión proviniera de una instancia administrativa, el eventual recurso jurisdiccional ulterior quedaría condicionado desde su génesis, por la forma en la que se llevó a cabo o por el

momento en el que se suscitó, de suerte que el auténtico órgano judicial se sintiera desposeído de la facultad de utilizar el reenvío prejudicial, ya que, aun cuando en teoría cabría propugnar una nueva pregunta, se impondría a las partes un retraso suplementario, insoportable para una administración de justicia ya de por sí premiosa.

37. Estas reflexiones explican la conveniencia de admitir en el diálogo a los órganos no judiciales sólo cuando sus decisiones estén exentas de control ulterior por un tribunal, ofreciendo la última palabra del ordenamiento nacional, tesis en la que se les facilitaría el acceso a la vía prejudicial, a fin de conjurar el peligro de dejar rincones del derecho comunitario al margen de la intervención uniformadora del Tribunal de Justicia.

38. La reciente evolución jurisprudencial muestra²⁶ un celo más intenso en la caracterización de los trazos que perfilan la noción de órgano jurisdiccional, especialmente el de la independencia, vislumbrándose una posición próxima a la de las conclusiones De Coster. Así, la sentencia Schmid²⁷ reconoció la incompetencia del Tribunal de Justicia para abordar las remisiones de la *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion* (sala V de recurso de la dirección regional de hacienda) de Viena, Baja Austria y Burgenland, mientras que la

26 — Como he subrayado en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 30 de marzo de 2006, Emanuel (C-259/04, Rec. p. I-3089), punto 26.

27 — Sentencia de 30 de mayo de 2002 (C-516/99, Rec. p. I-4573).

sentencia Syfait y otros²⁸ hizo lo propio en un reenvío procedente del Epitropi Antagonismou (comisión de defensa de la competencia griega).

el contenido sustantivo de este reenvío prejudicial, con el ánimo de obedecer mi deber de presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre las cuestiones suscitadas (artículo 222 CE, párrafo segundo).

39. Esta tendencia se percibe significativamente si se tiene en cuenta que, en el pasado, el Tribunal de Justicia abordó cuestiones prejudiciales de organismos similares a los citados, como los tribunales económico-administrativos españoles²⁹ y el también hispano Tribunal de Defensa de la Competencia.³⁰

VI. Análisis subsidiario de las cuestiones prejudiciales

40. Mi posición no ha cambiado desde las conclusiones De Coster, por lo que, no sólo por coherencia, sino también por plena convicción, sostengo que al Bundeskommunikationssenat no le encaja el título de órgano jurisdiccional del artículo 234 CE y sugiero al Tribunal de Justicia que se declare incompetente para responderle.

A. Planteamiento

41. Albergo la esperanza de que los jueces a los que me dirijo se persuadan de las virtudes de la propuesta plasmada en el asunto De Coster, pero, ante la eventualidad de que no me sigan, paso a analizar, a título subsidiario,

42. El Bundeskommunikationssenat pide al Tribunal de Justicia que precise las nociones comunitarias de «televenta» y de «publicidad televisiva», para calificar el mini espacio incorporado a la emisión «Quiz Express». De convenirle la noción de televenta, el miniespacio estaría prohibido en su país, ya que, con la cobertura del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 89/552, el artículo 13, apartado 2, de la ORF-Gesetz repudia esta modalidad de televisión comercial, asistiendo la razón a la KommAustria. Si, por el contrario, se reputara de autopromoción, el enjuiciamiento requeriría otros parámetros, puesto que la publicidad está admitida, siempre que se identifique fácilmente y se diferencie con claridad del resto del programa mediante señales ópticas o acústicas (artículo 13, apartado 3, de la misma ley).

28 — Sentencia de 31 de mayo de 2005 (C-53/03, Rec. p. I-4609).

29 — Sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros (C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577).

30 — Sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, Rec. p. I-4785).

43. Mas el organismo administrativo remitente no suscita sus celos en abstracto, sino en relación con una variedad de entretenimiento, cuya caracterización no parece baladí, porque las letras c) y f) del artículo 1 de la Directiva televisión sin fronteras orientan tanto la actividad anunciadora, como la de teletienda, al suministro de bienes y a la prestación de servicios. Procede, pues, indagar si la emisión controvertida canaliza una prestación de servicios (indudablemente no reviste las particularidades de una entrega de bienes), para lo que previamente hay que averiguar si reúne las notas de un juego de azar, y, de ser así, desentrañar su verdadero alcance, para atribuirle la condición de televenta o, en su caso, la de publicidad.

44. No obstante, antes de proseguir, debe descartarse otra posibilidad, subyacente en las preguntas del Bundeskommunikationssenat: que no se trate de publicidad ni de televenta, sino de una simple emisión, subsumible en la noción de «programa televisado» que incorpora el artículo 1, letra a), de la Directiva comentada.

B. El «Gewinnspiel» litigioso no es un concurso de televisión

45. En este extremo se muestran muy ilustrativas las atinadas observaciones del Gobierno italiano en la fase escrita del

procedimiento prejudicial. A diferencia de un concurso de preguntas y respuestas en el plató, donde los protagonistas, el conductor del juego y los concursantes, se ven las caras, reservándose un rol pasivo al público (tanto el invitado al estudio, como el que permanece en casa), el «Gewinnspiel» del ÖRF es un pasatiempo, en el que el jugador, hasta hace unos instantes mero telespectador, se encuentra al otro extremo de la línea telefónica, gozando los demás televidentes de la expectativa de convertirse en actores de la partida y de obtener una recompensa.

46. Esta configuración evidencia que, mientras en un espacio «quiz» de corte tradicional la televisión se aprovecha como medio para difundir el juego que se desarrolla en el escenario, con el ánimo de distraer al público, el mini-espacio del ÖRF pretende atraer a los interesados con el señuelo de un premio, bien en primera instancia, si su llamada tiene la fortuna de ser la seleccionada y aciertan la solución, o bien en una segunda oportunidad, interviniendo en la rifa semanal.

47. Pero la participación exige el pago de una cantidad de dinero, de la que se beneficia la cadena de televisión, pues le genera más ganancias a mayor número de contactos telefónicos, por lo que, en principio y sin perjuicio de profundizar en esta idea en ulteriores puntos de estas conclusiones, las miras del divertimento debatido se dirigen a recaudar financiación directa para el ÖRF.

Surge así la remuneración, a la que se refieren las letras c) y f) del artículo 1 de la Directiva 89/552.

48. En fin, al poner en antena ese espacio de esparcimiento, el ÖRF no ejerce una labor de «radiodifusión televisiva» según el artículo 1, letra a), de la Directiva citada, es decir, no emite un programa destinado al público, sino que más bien utiliza la televisión en una función accesoria, aunque relevante, la de procurarse caudales.

49. En esta tesitura hay que dilucidar, como ya he avanzado, si esa función accesoria suministra un servicio a cambio de un precio, pesquisa que obliga a esclarecer la naturaleza de la retransmisión discutida.

C. Un juego de azar

50. En los puntos 92 a 97 de las conclusiones Placanica y otros³¹ examino las relaciones

31 — Asuntos C-338/04, C-359/04 y C-360/04, en los que se dictó sentencia el 6 de marzo de 2007, aún no publicada en la Recopilación.

entre el azar, el juego y el derecho. Tales vínculos justifican una legislación comunitaria protectora de los individuos frente a los riesgos de la pasión lúdica para su patrimonio y su salud,³² a la vez que guardiana de los intereses comerciales de las empresas y de los centros donde se practica esta clase de entretenimientos, garante, en suma, de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.³³

51. El ordenamiento de la Unión Europea no contiene un concepto detallado de los juegos de azar, aunque la jurisprudencia aludida analiza sus repercusiones en los cimientos del mercado único, absteniéndose de definirlos. No obstante, admite que, en un sentido jurídico, la noción evoca una apuesta de cariz económico, cuyo desenlace se fía a la suerte.³⁴

52. Con este arranque, ciertamente vago, cabe elucubrar sobre innumerables tipos de

32 — En las conclusiones de 13 de febrero de 2007, en el asunto Gintec (C-374/05), sin sentencia en la fecha de presentación de estas conclusiones, llamo la atención sobre los peligros para la salud pública de emplear en la propaganda de los medicamentos métodos como los juegos de azar (punto 72).

33 — La sentencia 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros (C-243/01, Rec. p. I-13031), declaró que una normativa nacional —la italiana— que veda, bajo sanción penal, el ejercicio de actividades en el sector de los juegos de azar a quien no dispone de una concesión o de una autorización de policía expedida por el Estado, restringe ambas libertades (apartado 59 y fallo). Esta apreciación se reiteró en la sentencia Placanica y otros, citada (apartado 71 y fallo).

34 — El artículo 1, apartado 5, letra d), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1), excluye de su ámbito de aplicación los «juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas loterías y apuestas».

juegos de azar, pues la fertilidad de la mente humana, a la hora de disfrutar y de competir, carece de límites.³⁵ Sin embargo, vislumbro tres parámetros para perfilar la noción: el coste financiero, la incertidumbre y el deseo de ganar.³⁶

53. La incerteza del resultado es inherente al juego de azar, ya que la casualidad media en todas sus fases, añadiendo el condimento para darle el sabor que embauca, y la ilusión de ganar un premio superior al envite inicial es el cebo que atrae la codicia del jugador. Además, el aspecto económico faculta al derecho para atrapar este fenómeno social: para que el ordenamiento se ocupe de la materia, parece irrenunciable la incidencia sobre el patrimonio de las personas.³⁷ Un juego sin apuestas, sin trascendencia alguna para el capital del jugador, no incumbe más que a su esfera privada y no reclama la protección de la ley.

35 — Huizinga, J., en *Homo ludens*, Ed. Alianza, Madrid, 1990, defiende que la cultura humana brota en el juego, donde se desarrolla. Expone que, cuando se comprendió que la designación *homo sapiens* no cuadraba tanto a esta especie como se había pensado en un principio, porque, a fin de cuentas, el ser humano no es tan razonable como se imaginaba en el siglo XVIII con su ingenuo optimismo, se le adjuntó la de *homo faber*. Pero, en su opinión, ese calificativo se revela todavía menos adecuado, porque es predicable respecto de muchos animales. Por consiguiente, propone añadir la designación de *homo ludens*, pues, aunque también hay animales que juegan, la función del juego es tan esencial como la de fabricar y todo el comportamiento del hombre no es más que un recreo.

36 — La sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), explicó las actividades de lotería como las que efectúa el organizador haciendo intervenir a los compradores de billetes en un juego de azar que les ofrece una esperanza de ganancia, a lo que dedica la recaudación de las apuestas, la organización de sorteos aleatorios, así como la determinación y el pago de los premios. La contraprestación es el precio de la participación (apartados 27 y 28).

37 — Esta idea late en los puntos 95 a 98 de mis conclusiones en los asuntos Placanica y otros, a las que ya me he referido.

54. Sin duda, la suerte interviene en el espacio insertado en la emisión «Quiz Express». La fortuna de los participantes se manifiesta en dos momentos: en la selección de una llamada entre las recibidas, que «abre el directo» al agraciado para comunicarse con el conductor del programa; y en el sorteo semanal, que permite a los otros concursantes aspirar a una recompensa. La habilidad del espectador, sus conocimientos o, simplemente, su rapidez mental desempeñan un papel secundario en el anhelo de triunfar.

55. En esencia, la voluntad del espectador cuando marca el número de teléfono se encamina a lograr el trofeo, ya en el aludido primer momento, ya en el segundo, el de la rifa.

56. En el primer momento se compromete a desembolsar una cantidad (0,70 euros) que, aun leve, supera ampliamente el coste de una llamada ordinaria en Austria, aceptándolo con el ánimo de recibir un premio, cifrado entre 200 y 330 euros, que compense con creces la inversión.

57. Por tanto, las peculiaridades de la prueba practicada en el programa «Quiz Express» conducen a tildarla de juego de azar.

D. *Una prestación de servicios*

58. Una vez constatado este extremo, no hay dificultad en reconocer que el ÖRF proporciona un servicio a cambio de una remuneración.

59. El Tribunal de Justicia no ha vacilado en calificar la organización de loterías (sentencia Schindler),³⁸ la utilización de máquinas tragaperras, mediando contraprestación (sentencia Läärä y otros),³⁹ y, por lo demás, los juegos de suerte o de azar (sentencia Anomar y otros),⁴⁰ como servicios en el sentido del artículo 50 del Tratado CE.⁴¹

60. Bien es verdad que ha suministrado esa calificación cuando se ha aproximado a los juegos de azar contemplándolos *in toto*, como una actividad autónoma y principal, en el marco de medidas nacionales restrictivas de su organización, para justificarlas a la luz de objetivos de interés general, como la protección del orden social o la lucha contra la criminalidad y el fraude.⁴²

61. Los referidos pronunciamientos no abordan una situación en la que el ejercicio lúdico se integre en un entorno de mayor envergadura, como en el supuesto del litigio principal y en el debatido en la sentencia Familiapress,⁴³ que se asomó a un panorama similar, en el que un semanario alemán, «Laura», distribuido en Austria, publicaba crucigramas y enigmas para que los lectores los resolvieran y sorteaba premios en metálico entre quienes enviaran las respuestas correctas. No les falta razón al ÖRF ni al Gobierno portugués cuando alegan que, para la mencionada sentencia, las rifas de esta índole, de escasa entidad, no constituyen una ocupación económica independiente, sino un elemento, entre otros, del contenido impreso de la revista (apartado 23), sin que les cuadre la caracterización de prestación de servicios del artículo 50 CE. Pero la Comisión señala con tino que esa apreciación pretendía desmarcarse de la jurisprudencia Schindler, alumbrada en el marco del control de proporcionalidad de las medidas nacionales restrictivas de los juegos de azar a gran escala, del tipo de las loterías.

62. En resumen, nada hay en la jurisprudencia comunitaria que obstaculice la catalogación del mini-espacio del ÖRF como un juego de azar y, por consiguiente, como un servicio.

63. Antes de continuar, procede replicar a un argumento esgrimido en las observacio-

38 — Sentencia Schindler, ya citada, apartados 19, 25 y 34.

39 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-124/97, Rec. p. I-6067), apartados 18 y 27.

40 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003 (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartado 48 y 52.

41 — Para una cita más detallada, remito al punto 97 de mis conclusiones en el asunto Placanica y otros.

42 — En los apartados 14 y 15 de la sentencia de 21 de octubre de 1999, Zenatti (C-67/98, Rec. p. I-7289), se desgranar algunos de estos objetivos.

43 — Sentencia de 26 de junio de 1997 (C-368/95, Rec. p. I-3689).

nes escritas del ÖRF (apartado 4) y subrayar la nula incidencia de que la emisión «Quiz Express» sólo se capte en Austria, pues esta circunstancia únicamente repercute en la aplicación del artículo 49 CE, pero nunca para negarle una condición que le es propia. Téngase en cuenta que la Directiva televisión sin fronteras emplea el significante «prestación de servicios» para delimitar una actividad, no para garantizar su libre circulación. Expresado en otros términos, un servicio, según se deduce del apartado 27 de la sentencia Läära y otros,⁴⁴ no deja de serlo porque no traspase las fronteras nacionales.

E. Televenta versus publicidad

64. Se alcanza así el nudo gordiano de este reenvío prejudicial, que estriba en discernir si el entretenimiento con premio incluido en el programa «Quiz Express» y, por extensión, este mismo programa reúnen las notas típicas de una emisión de teletienda.

44 — La sentencia indicó: «Por lo que respecta, en segundo lugar, a las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios, éstas se aplican, como reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia Schindler en relación con la organización de loterías, a una actividad que consiste en permitir a los usuarios participar, contra remuneración, en un juego de azar. Por tanto, una actividad de este tipo está comprendida en el ámbito del artículo 59 del Tratado [actualmente artículo 49 CE, tras su modificación], siempre que, por lo menos, uno de los prestadores del servicio esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrece el servicio.»

65. El artículo 1, letra f), de la Directiva televisión sin fronteras menciona cuatro elementos: (1) la radiodifusión televisiva de (2) ofertas directas al público (3) sobre bienes o servicios (4) a cambio de una remuneración.

66. El primero y los dos últimos elementos no plantean dudas en el supuesto actual. Nadie discute que el «Quiz Express» sea una emisión de televisión que propone un juego a cambio de una contraprestación: quienes llaman pagan un precio (que ingresa el ÖRF) por participar y disfrutar de ese servicio, que radica en optar a una recompensa en una de las dos fases del pasatiempo.

67. El envite se integra en el concepto de «oferta directa al público», nota que, además, facilita distinguir la televenta de la publicidad, orientada a promover el suministro y no a llevarlo a cabo.

1. La oferta directa

68. La sentencia RTI y otros⁴⁵ pormenorizó los contornos de esta noción, con la inten-

45 — Sentencia de 12 de diciembre de 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 y C-339/94, Rec. p. I-6471).

ción de interpretar la Directiva 89/552 en la redacción anterior a la que incorporó a su texto el fenómeno de la televenta, pero la idea subyacía en el apartado 3 del artículo 18, que, al regular la duración máxima de otras «formas de publicidad», disponía que «las ofertas al público destinadas a vender, comprar y alquilar productos o a prestar servicios no deben superar una hora por día».

69. El apartado 31 de la sentencia citada describió esa clase de ofertas como los «programas en los que se exhiben productos que pueden encargarse directamente por teléfono, por correo o por videotexto y que se entregan en el domicilio de los telespectadores». Comúnmente, el editor expone en antena bienes y servicios para su cesión, ensalza sus cualidades y sus ventajas, aduce el precio y los medios de pago, sobreimprimiendo además en la pantalla los números telefónicos, el sitio web u otros datos útiles para encargar el pedido. El régimen del contrato es el previsto para la venta a distancia⁴⁶ en la Directiva 97/7/CE.⁴⁷

70. Por el contrario, la publicidad expresa una oferta «indirecta», pues, aunque, al igual que la televenta, se destina a que el tele-

spectador compre los bienes o los servicios promocionados, convenciéndolo mediante la divulgación de sus propiedades, la fase final del negocio permanece al margen de sus objetivos inmediatos, difiriéndose a un tiempo ulterior, en el que el consumidor se dirige al canal de distribución correspondiente para rematar la adquisición.

71. De hecho, la teletienda avanza un paso más que la publicidad, ya que no se limita a anunciar, sino que promociona y vende.

72. Las reflexiones transcritas avalan que la emisión «Quiz Express» propone a los televidentes participar en un juego de azar, suministrándoles las informaciones ineludibles para contactar con el operador y salir en antena o, si no lo consiguen, para inscribirse en el sorteo semanal, abonando la contraprestación, al menos indirectamente,⁴⁸ mediante la indicación del número telefónico especial de coste adicional.

73. El conductor del programa incita al telespectador a tomar nota de los dígitos sobreimpresionados en la pantalla para concurrir a la emisión. La demostración comercial se cifra en hacer valer los premios

46 — Retterer, S., *Le télé-achat: une vente aux apparences publicitaires protégée des réglementations nationales*, «Droit de la consommation», Ed. Juris-Classeur, hors série, diciembre de 2000, p. 306.

47 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19).

48 — No consta si se señala el importe de la llamada.

en juego. La aceptación de la invitación acaece cuando el usuario marca el número y los servicios del ÖRF le atienden, instante en el que, simultáneamente, se pone en marcha el proceso de pago, incorporándose el precio a la factura telefónica del cliente, quien, en ese instante, opta a jugar en directo o, en su caso, adquiere el derecho a intervenir en la rifa residual.

74. Así pues, según las palabras del artículo 1, letra f), de la Directiva televisión sin fronteras, en la emisión controvertida se exhorta abiertamente al público a convenir un servicio pagando una remuneración, facilitándose todos los elementos necesarios para cerrar un contrato a distancia.⁴⁹

75. Nada impide, pues, clasificar, en abstracto, la emisión ahora estudiada como una modalidad de telementa.

2. El peso específico del juego en la emisión «Quiz Express»

76. Mas ese distintivo de teletienda no opera de forma automática. Coordinando las defi-

niciones de telementa y de publicidad del artículo 1 de la Directiva televisión sin fronteras con su capítulo IV, se comprueba el deseo de que esos cometidos se enmarquen e identifiquen (artículo 10), de manera que sólo se inserten entre los programas y, por excepción, dentro de un programa si no perjudican su integridad ni su valor, atendiendo a sus interrupciones naturales, a sus partes autónomas o a sus intervalos.

77. *Prima facie*, el legislador no contempla su incorporación a la emisión, como en el caso del litigio principal, falta de previsión que explica las dudas del organismo remitente sobre su exacta calificación.

78. Hay que preguntarse sobre «la cantidad y la calidad de telementa» en una emisión para que se le atribuya esa condición. Aquí cabe retomar la visión de la sentencia Familiapress: la relevancia de esa actividad en la producción. Si es meramente accesoria, un elemento más del programa al servicio de su objetivo, se diluye en el contenido general del propio programa; cuando tenga mayor presencia, convirtiéndose en su *leitmotif*, contagia al resto de la retransmisión su condición particular, transformándola en una teletienda. Entre ambos extremos, como es obvio, se perfilan situaciones intermedias.

49 — El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/7 define los contratos a distancia como «todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato».

79. En esencia, no le corresponde al Tribunal de Justicia embarcarse en la aventura de desentrañar la naturaleza del juego en disputa; todavía menos si, como ahora acontece, no dispone de los elementos de hecho precisos para abordarla con garantías de acierto. No obstante, sí puede proveer al órgano nacional de ciertas pautas, aunque con la prudencia que el representante del Reino Unido ha invocado en el acto de la vista.

80. La intención del programa en el que el mini-concurso se acomoda suministra el primer criterio de ponderación. Parece evidente que la apreciación oscila según que el juego se enmarque en un magacín, en un espectáculo de variedades con una finalidad global de divertimento,⁵⁰ de la que participa, o en una emisión extraña, con la que nada le une, como, por ejemplo, un noticiario o una manifestación de culto.⁵¹ Esta apreciación deja fuera de la noción de televenta aquellos supuestos en los que la intervención de los televidentes, aun onerosa y mediando un don, se incluye en el sumario editorial del programa, para encauzar su desarrollo, como en los «reality shows» de tipo «Gran Hermano», «Operación Triunfo» o «Mira quién baila».

50 — Basta un rato de «zapping» televisivo para hartarse de emisiones deportivas y de variedades en las que se incita a los televidentes a jugar y a obtener un premio, sin que padezca la naturaleza misma del programa.

51 — Esta idea emana del artículo 11, apartado 5, de la Directiva televisión sin fronteras que prohíbe insertar publicidad en las emisiones religiosas, así como en los telediarios, documentales y programas infantiles de duración inferior a media hora.

81. En esta línea, hay otro indicio, nada desdeñable, en la relevancia económica del juego en el espacio televisivo, tanto en términos directos como indirectos. En el primer aspecto, el porcentaje de los ingresos que procuran las llamadas al número telefónico especial sobre los beneficios que reporta el programa en su totalidad, publicidad comprendida, presta un importante parámetro de valoración.

82. Pero igualmente, como señales indirectas, hay que atender no sólo al tiempo dedicado a la presentación del juego y a embaucar a los espectadores para que acudan, marcando los dígitos que aparecen en la pantalla, sino también al invertido en insacular al agraciado que ha de responder en directo; es decir, al esfuerzo desplegado para «vender el producto». Los artículos 18 y 18 *bis* de la Directiva televisión sin fronteras, que regulan la duración de los anuncios y de los espacios de teletienda, muestran un método útil a este respecto.

83. Para calcular la incidencia presupuestaria del juego, la naturaleza de las preguntas que se formulan habitualmente tiene su interés, pues cuanto más sencillas sean, mayor número de eventuales concursantes acude, incrementándose la financiación por esta vía.

84. Con estos antecedentes, cualquier persona avispada detecta con facilidad si se

persigue organizar un entretenimiento o simplemente financiar la empresa audiovisual, vendiendo un servicio.

F. En todo caso, ausencia de ánimo publicitario

85. Por último, el porcentaje de telespectadores de la emisión que componen el número de teléfono para intervenir en el pasatiempo permite barruntar la auténtica naturaleza del programa.

86. Tras las anteriores reflexiones, propongo al Tribunal de Justicia responder a la primera cuestión prejudicial que, en virtud del artículo 1, letra f), de la Directiva 89/552, los programas o partes de programas en los que una cadena de televisión anima a los espectadores a intervenir en un sorteo, marcando directamente números de teléfono de un servicio de valor añadido y, por tanto, onerosamente, deben entenderse como una especie de «televenda» si el objetivo principal radica en vender la participación en el concurso. En esta línea, el juez nacional ha de ponderar los criterios desgranados en los puntos 77 a 82 de estas conclusiones, a saber: a) la finalidad principal de la emisión; b) el peso económico del juego; c) el tiempo que se le otorga; y d) la cantidad de televidentes que llaman.

87. Si la primera pregunta mereciera una solución negativa, el órgano remitente inquiriere, a título subsidiario, si, de cualquier modo, los hechos del litigio se subsumen en la noción de publicidad, en su modalidad de autopromoción, es decir, de actividad practicada por el organismo de radiodifusión televisiva para promover sus propios productos, servicios, programas o cadenas (considerando trigésimo noveno de la Directiva 97/36).

88. Esta cuestión prejudicial encierra una sensible diferencia, inédita en las observaciones escritas, con la primera en cuanto a su delimitación material, ya que no se refiere al programa o a una de sus secciones, sino al propio mensaje, pues una emisión no publicitaria puede incorporar anuncios de esta naturaleza.⁵² Ese matiz resulta decisivo en la respuesta a esta segunda pregunta.

89. Si se estimara que el «Quiz Express» no es una modalidad de televenda, habría que reconocerle el carácter de producción recreativa.⁵³ En esta tesitura, los mensajes

52 — La Comisión ha evocado esta posibilidad en los puntos 21 y 41 de la Comunicación interpretativa relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva televisión sin fronteras sobre la publicidad televisiva (DO 2004, C 102, p. 2), al aludir a los mini-spots y a la pantalla dividida, en la que aparecen simultáneamente contenidos editoriales y publicitarios.

53 — En los puntos 41 a 44 de estas conclusiones he subrayado las dificultades para calificar el «Gewinnspiel» del litigio principal como un concurso de televisión.

que proveen el número de teléfono y la manera de intervenir en el juego no buscan divulgarlo, sino proporcionar un aviso imprescindible para participar, siendo ineludible en la producción; por definición, los datos sólo tienen utilidad para el televidente en el marco de la emisión actual. En otras palabras: el mensaje con los dígitos telefónicos reviste la naturaleza de una información indisociable de la retransmisión, que pretende facilitar su desarrollo y no promover un servicio complementario.

90. En suma, la comunicación sobreimpresa en la pantalla con ocasión del «Quiz Express», exhibiendo el número de teléfono necesario para concurrir a un juego de azar, no esconde una intención publicitaria, por lo que no puede encuadrarse en el artículo 1, letra c), de la Directiva televisión sin fronteras.

VII. Conclusión

91. A la luz de las reflexiones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia:

- 1) Proclamarse incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundeskommunikationssenat de Austria, por no ser un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.

- 2) Subsidiariamente, si admitiera el reenvío, declarar que:

«a) En virtud del artículo 1, letra f), de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones

legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, según la redacción de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, los programas o partes de programas en los que una cadena de televisión anima a los espectadores a intervenir en un sorteo, llamando directamente a números de teléfono de un servicio de valor añadido y, por tanto, onerosamente, deben considerarse una modalidad de “televenta”, si el objetivo principal es vender la participación en el juego. A este respecto, el juez nacional ha de ponderar, entre otros, los siguientes criterios: a) la finalidad principal de la emisión; b) el peso económico del juego; c) el tiempo que se le dedica; y d) la cantidad de televidentes que llaman.

- b) El mensaje sobreimpreso en la pantalla durante un programa, indicando los números de teléfono de un servicio de valor añadido, que los telespectadores han de componer para participar en un sorteo organizado por la cadena de televisión en el curso de ese programa, no encierra un afán publicitario, sino simplemente informar, por lo que no puede subsumirse en el artículo 1, letra c), de la Directiva 89/552.»