

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 3/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Tercera**  
**Sentencia núm. 527/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 3/2021, interpuesto por la Asociación Española de Juego Digital, representada por el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de don José María Macías Castaño y don Alejandro Auset Domper, contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado y representada por el Sr. Abogado del Estado, el procurador de los tribunales don Guzmán de la Villa de la Sierra en nombre y representación de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), con la asistencia de los

letrados don Miguel Loya del Río y doña Isabel Enríquez Matas, el procurador don Luis José García Barrenechea en nombre y representación de la Asociación Empresarial de Personas y Entidades dedicadas a la Gestión de Juegos Autorizados (ASEJU), bajo la dirección letrada de don José Luis Merino Martínez, el procurador de los tribunales don Guillermo García San Miguel Hoover en nombre y representación de Grupo Random Comunicación, con la asistencia del letrado don Fernando Augusto Martín Martín, por el procurador de los tribunales don Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), bajo la dirección letrada de don Bernardo Hernández Bataller y la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE), representada por el Abogado del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** D. Ramón Rodríguez Nogueria, actuando en nombre y representación de la “Asociación Española de Juego Digital”, interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

Aduce los siguientes motivos de impugnación:

**1º** Nulidad del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre por infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, alegando diferentes infracciones que pueden sintetizarse en las siguientes:

1.1 Omisión del trámite de audiencia (art. 26.6 de la Ley del Gobierno) y el art. 133.2 de la LPAC, en conexión con el art. 105 CE.

## 1.2 Omisión de informes preceptivos.

- Informe del Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes y memoria democrática (art. 26.9 Ley del Gobierno).
- Informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información (art. 2.b) del RD 1029/2002, de 4 de octubre.

## 1.3 Insuficiencia de la Memoria de análisis de impacto normativo.

1.4 Inadecuación del procedimiento de urgencia para solicitar el informe de la Comisión Europea (art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535).

**2º** Vulneración de principio de reserva de ley (art. 53.1 CE en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 de la CE).

El Real Decreto impugnado se dicta a partir de la habilitación contenida en el art. 7 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, entendiéndose que se trata de una remisión en blanco o *in totum* al reglamento, contraria al art. 53.1 CE y a la jurisprudencia que lo ha interpretado. Considera que la libertad de empresa (art. 38 de la CE) está sujeta a reserva de ley (art. 53.1 CE).

El establecimiento de las condiciones y limitaciones materiales en las que puede desenvolverse la publicidad, y la determinación de lo que es proporcionado y no lo es, debe hacerse mediante Ley, y que la entrada del reglamento en este ámbito sólo puede aceptarse como un reglamento de ejecución plenamente subordinado a la Ley y cuyo ámbito de regulación debe agotarse en el desarrollo de aspectos meramente accesorios.

Considera que los arts. 12, 13, 15 y 18 a 25 del Real Decreto establecen una reglamentación independiente de las condiciones o

limitaciones materiales o relativas a los aspectos intrínsecos de la actividad de publicidad sin la necesaria cobertura legal, incurriendo en ultra vires y, con ello, en supuesto de nulidad de pleno derecho considerado en el art. 47.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**3º** Vulneración del principio de proporcionalidad en relación con las exigencias del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Se impugnan los siguientes preceptos:

a) Art. 12, apartados 3, 4 y 5 por infracción del art. 38 y del art. 7.2.c) y d) de la Ley del Juego y art. 129.3 de la LPAC.

b) Art. 13, apartados 1 y 3 por infracción del art. 38 CE y 129.3 de la LPAC.

c) Art. 18, apartado 1, por infracción del art. 38 CE y art. 129.3 LPAC.

d) Art. 19, apartado 1, por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC.

e) Art. 23, apartado 1; art. 25, apartado 3 y art. 26, apartados 2 y 3, todos ellos por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC.

Se impugnan tres preceptos de forma conjunta por cuanto tienen en común el que la norma incide sobre canales de difusión que afectan de manera más intensa a operadores de juego en línea, por referirse a canales de comunicación más vinculados con este sector de juego.

**4º** Impugnación de los arts. 10.4, 13.10 y 34.4 por infracción de la disposición final segunda de la LRJ en relación con los arts. 97CE, 128 y 129.4 LRPC y 9.2.c) LRJSP.

Por todo ello suplica de este Tribunal que:

«- Estime el recurso contencioso-administrativo deducido por esta parte.

- Declare no conforme a Derecho y nulo el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego o, subsidiariamente, los siguientes preceptos impugnados individualmente:

- Art. 10.4 por infracción de los arts. 97 CE, 128 y 129.4 LPAC y 9.2.c) LRJSP;
- Art. 12 por infracción del art. 53.1 CE y, en todo caso, sus apartados 3, 4 y 5 por infracción del art. 38 CE y del art. 7.2.c) y d) de la LRJ y 129.3 LPAC;
- Art. 13 por infracción del art. 53.1 CE y, en todo caso, sus apartados 1 y 3 por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC y apartado 10 por infracción de los arts. 97 CE, 128 y 129.4 LPAC y 9.2.c) LRJSP;
- Art. 15 por infracción del art. 53.1 CE;
- Art. 18 por infracción del art. 53.1 CE y, en todo caso, de su apartado 1, por infracción del art. 38 CE y art. 129.3 LPAC;
- Art. 19 por infracción del art. 53.1 CE. Y, en todo caso, apartado 1, por infracción del art. 38 CE Y 129.3 LPAC;
- Arts. 20 a 22 por infracción del art. 53.1 CE;
- Art. 23 por infracción del art. 53.1 y, en todo caso, apartado 1 por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC;
- Art. 24 por infracción del art. 53.1 CE;
- Art. 25 por infracción del art. 53.1 CE y, en todo caso, apartado 3 por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC;
- Art. 26, apartados 2 y 3, por infracción del art. 38 CE y 129.3 LPAC; y
- Art. 34, apartado 4 por infracción de los arts. 97 CE, 128 y 129.4 LPAC y 9.2.c) LRJSP.»

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado se opone al recurso.

Se opone a todas las pretendidas irregularidades en la tramitación del Real Decreto.

Por lo que respecta a la vulneración del principio de reserva de ley considera que la libertad de empresa no es un derecho absoluto y el juego es una actividad empresarial con una fuerte regulación del Estado que puede establecer límites, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en las SSTS

Sala Tercera, de 27 de abril de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:2783-) y de 30 de junio de 2009 (rec. 8815/2004).

Por otra parte, de acuerdo con jurisprudencia consolidada del TJUE, recogida entre otras en las sentencias de 8 de septiembre de 2009 (asunto 42/07 ), 3 de junio de 2010 ( asuntos C- 203/08 y 258/08 ) y 8 de septiembre de 2010 (asuntos C-46/08 y C-316/07), los Estados miembros pueden restringir la organización y explotación de juegos de dinero por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; y se ha considerado igualmente que razones imperiosas de interés general pueden justificar también las citadas restricciones como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.

No aprecia en el artículo 7 LRJ esa “total abdicación” del legislador que requiere la doctrina constitucional enunciada, puesto que existen límites claros – la proscripción de prohibiciones absolutas y los ámbitos materiales sobre los que proyectarse, el nivel de responsabilidad de los distintos actores en la cadena publicitaria, la aplicación del real decreto a las actividades publicitarias que desarrollan los operadores de juego con título habilitante – y una clara identificación de la finalidad tuitiva del conjunto de la normativa, también predicable, claro está, sobre una manifestación tan trascendente en cualquier actividad económica como la publicitaria. Es en el margen discrecional diseñado por el legislador para la publicidad en el que la norma que ahora se cuestiona desarrolla, a juicio de esta representación legítimamente y con pleno respeto a la legalidad, el alcance de la publicidad en cada una de las modalidades en que este fenómeno puede manifestarse.

Vulneración, del principio de proporcionalidad en relación con la libertad de empresa.

Considera que la MAIN motiva la necesidad de las medidas restrictivas y su conexión con la salud pública, especialmente de los menores; realiza un estudio de alternativas con referencia al modelo del tabaco y la autorregulación del código de conducta de comunicaciones comerciales; pondera los intereses públicos alternativos; revisa la literatura científica y aporta datos de elaboración propia que acreditan la correlación entre inversión publicitaria y mayor consumo de juego entre la población joven . En el apartado 4) un examen sintético de las alternativas disponibles y el apartado 5 las alternativas regulatorias adoptadas por algunos países de nuestro entorno.

Así mismo analiza los diferentes preceptos impugnados entendiéndolos que tienen cobertura legal y son proporcionados al fin que persiguen.

**TERCERO.** El representante legal de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (en adelante ONCE) se opone al recurso.

Sin perjuicio de remitirse a lo contestado por el Abogado del Estado abunda en algunas cuestiones.

Por lo que respecta a la necesidad de un nuevo trámite de información pública al haberse producido modificaciones relevantes en el proyecto afirma que la recurrente formuló alegaciones durante la tramitación del proyecto y en el marco de la emisión del dictamen ante el Consejo de Estado y en un escrito ante la Comisión Europea y que solo sería preciso un nuevo trámite de audiencia en el caso de una modificación esencial de los objetivos generales de la norma que vayan más allá de meras variaciones consecuencia del procedimiento de elaboración, siendo necesario realizar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales, sin que en este caso las modificaciones incorporados en la última versión del RD puedan alcanzar la consideración de alteración sustancial de los objetivos generales de la norma.

Se opone a las demás irregularidades invocadas respecto a la tramitación de esta norma.

Respecto de la aplicación del Real Decreto a la Once afirma que el RD resulta de aplicación a todos los operadores de la reserva estatal de loterías, incluida la ONCE (art. 2) y la propia MAIN así lo afirma. Además las disposiciones adicionales segunda y tercera no tienen por objeto la regulación de la publicidad en materia de juego sino que permite que la ONCE pueda efectuar comunicaciones comerciales sobre sus actividades sociales de interés general ajenas al juego.

Por otra parte, para la Once la actividad de juego es un medio y no un fin, por lo que en este contexto la extensión de las restricciones publicitarias en materia de juego a la ONCE en su conjunto cercenaría la posibilidad de realizar comunicaciones comerciales de su actividad social

Prueba de que no existe distinción alguna contraria a derecho es que la inaplicación del RD para actividades sociales de los operadores de juego se contempla no solo para la ONCE y SELAE (Disp. A. Segunda y tercera) sino también para las actividades similares que desarrollen los operadores privados (Disp. Adicional Cuarta)

**CUARTO.** La Asociación Empresarial de Juegos Autorizados (ASEJU) presenta un escrito de alegaciones.

Considera que todos los interesados han gozado de las garantías de participación necesarios sin que se haya visto cercenado. El informe de Presidencia no tiene carácter vinculante ya la técnica normativa fue respetada con la participación de las Secretarías Generales Técnicas de los departamentos. El informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones no es preceptivo ni obligatorio y su omisión no es causa de nulidad haciendo depender la intervención de la voluntad del Gobierno.



Respecto a la insuficiencia de la Memoria de Análisis de Impacto normativo, aduce que, aunque la restricción de la publicidad afectará a los operadores de juego no todas las comunicaciones comerciales audiovisuales lo estarán en la misma manera, pero la aprobación del Real Decreto en su conjunto garantiza la competencia aun estando restringida su actividad. Aduce que el Real Decreto no vulnera las reglas de la competencia legal.

Está justificada la utilización del trámite de urgencia para la emisión del informe de la Comisión Europea.

Por lo que respecta a la pretendida vulneración del principio de reserva de ley el derecho de la libertad de empresa puede estar sujeto a límites siempre que sean proporcionados y que hayan de ser preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor (STC 112/2006, de 5 de abril).

Respecto de la vulneración del principio de proporcionalidad hay que ponerla en relación con el juego que genera un problema de salud pública y alarma social fundamentalmente referido a la publicidad del juego “on line”.

Y se opone a los motivos de impugnación dirigidos respecto de los preceptos concretos cuestionados.

**QUINTO.** La Asociación de usuarios de la Comunicación (AUC) se opone al recurso.

Comienza rechazando las infracciones del procedimiento denunciadas.

Respecto a la vulneración del principio de reserva de ley el Tribunal Supremo ya ha establecido que la actividad empresarial relativa al juego no es una actividad empresarial más, justificándose la intervención en intereses superiores de carácter general como los de los consumidores y usuarios. Y ello en concordancia con la normativa en materia de publicidad Ley 34/1988,

de 11 de noviembre General de Publicidad que remite expresamente a una reglamentación específica en materia publicitaria sobre los juegos de azar, por lo que existe una base jurídica clara para imponer limitaciones en defensa de interés superiores.

En relación con la vulneración del principio de proporcionalidad y la libertad de empresa, el Real Decreto da respuesta a los requerimientos de la ley (art. 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo).

Las limitaciones en las comunicaciones comerciales impuestas en el Real Decreto derivan directamente de la Ley del juego, concretamente de su artículo 8 y el art. 9.

Se opone a los argumentos aducidos por la parte demandante para impugnar los diferentes preceptos del Real Decreto cuestionados.

**SEXO.** Este Tribunal dictó un Auto, de fecha 14 de julio de 2022, planteando ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, por considerar que la remisión operada en este precepto legal a la norma reglamentaria para establecer las condiciones y límites de la actividad publicitaria en materia de juego pudiera ser contraria al principio de reserva de ley (art. 53.1 CE), en relación con la libertad de empresa (art. 38 CE).

El Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno nº 169/2023, de 22 de noviembre decidió declarar la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad, por desaparición sobrevenida de su objeto, al haberse promulgado, después de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que, se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, que introdujo en el texto originario de la Ley 13/2011 un artículo 7 bis relativo a los «principios generales para la publicidad, promoción y patrocinio de las actividades de juego», en el que, según afirma la sentencia del Tribunal Constitucional, se ha introducido una ordenación

sustantiva en este ámbito que, de resultar aplicable en el proceso de origen, impediría ya calificar de indeterminada o ilimitada la remisión a reglamento que contiene el citado artículo 7.2 en su párrafo primero.

**SÉPTIMO.** Una vez recibida esta sentencia se unió a las actuaciones y se dio traslado a las partes personadas.

La Asociación Española de Juego Digital afirma que la STC 169/2023 no ha resuelto la cuestión de legalidad ordinaria a la que refiere el presente recurso. Entiende que dicha sentencia no ha validado el art. 7 de la Ley del Juego, bajo cuya habilitación se dictó el Real Decreto 958/2020.

La infracción en la que incurre un reglamento, que sin cobertura legal suficiente regula una materia reserva a la Ley es la nulidad de pleno derecho y este vicio no es convalidable de manera que, si el reglamento es originariamente nulo, lo es siempre y en todo momento y lo sigue siendo en la actualidad. No cabe pensar que una ley posterior haya podido dar cobertura de manera sobrevenida a un reglamento anterior sobre una materia sometida a reserva de ley, porque sería tanto como aceptar una suerte indirecta de subsanación o convalidación incompatibles con el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho. El juicio sobre si el reglamento se excedió de los límites fijados en la ley no puede tomar en consideración una ley distinta de la existente cuando se dictó la norma reglamentaria.

El Abogado del Estado afirma que la sentencia del Tribunal constitucional entiende que la introducción del art. 7.bis es suficiente para descartar la vulneración del principio de reserva de ley.

La Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) consideró que el nuevo artículo 7 bis introducido por Ley 23/2022 recoge las practicas que se consideran prohibidas en tanto contrarias a dicho principio de responsabilidad social. Y entiende que el RD 958/2020 es plenamente conforme a derecho y no incurre en “ultra vires” y el recurso debe ser desestimado.

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) entiende que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional proviene de un proceso sobre un control abstracto de la norma reglamentaria en el que no aparece comprometida ninguna situación jurídica individualizada y al Real Decreto 958/2020 entonces impugnado, de otra parte, no se le reprochó infracción sustantiva alguna, sino su insuficiencia de rango para la ordenación.

El añadido del artículo 7 bis de la Ley 13/2011 ha introducido una ordenación sustantiva en este ámbito que, de resultar aplicable en el proceso, impediría ya calificar de indeterminada o ilimitada la remisión al reglamento que contiene el citado artículo 7.2 en su párrafo primero.

**OCTAVO.** Quedaron las actuaciones de nuevo pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 12 de marzo de 2024, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La Asociación Española de Juego Digital interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

Varios son los motivos de impugnación, que pueden sintetizarse en las siguientes:

1º Nulidad del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre por infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales (art. 26 de la Ley

del Gobierno y art. 133 LPAC, en conexión con el art. 105 CE y art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535).

2º Vulneración de principio de reserva de ley (art. 53.1 CE en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 de la CE).

3º. Vulneración del principio de proporcionalidad en relación con las exigencias del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) con especial referencia a varios preceptos que introducen limitaciones a la publicidad, patrocinio o promoción de los juegos de envite, suerte o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego.

4º. La impugnación de los arts. 10.4, 13.10 y 34.4 por infracción de la disposición final segunda de la LRJ en relación con los arts. 97CE, 128 y 129.4 LAPC y 9.2.c) LRJSP.

**SEGUNDO.** Sobre las irregularidades y omisiones en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 958/2020.

Con carácter general, por lo que se refiere a la omisión de trámites necesarios en el procedimiento de elaboración de esta norma, la jurisprudencia de esta Sala (recogida en la STS nº 524/2019 de 12 de abril de 2019, rec. 58/2017) establece que para que proceda la nulidad prevista en el artículo 62. 1.e) de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, es decir, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental.

Por ello, solo cuando la omisión de trámites del procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, conllevará la nulidad de la disposición que se dicte. Y el nivel de exigencia y rigor con el que ha de valorarse el incumpliendo de alguno de sus trámites debe atemperarse a las circunstancias concretas que concurren en cada caso.

En el caso que nos ocupa, ha de tomarse en consideración también que el proceso de tramitación normativa de este de los sucesivos proyectos se remonta al 2015 con diferentes trámites de alegaciones, informes y datos que ha determinado cambios en el contenido de la norma.

#### 1. Omisión del trámite de audiencia.

En primer lugar, se denuncia la falta de repetición del trámite de audiencia con la consiguiente infracción del art. 26.6 de la Ley del Gobierno y el art. 133.2 de la LPAC, en conexión con el art. 105 CE. A su juicio, dichos preceptos exigen que cuando la norma afecte a los derechos o intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente debe publicar el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Y se considera necesario repetir el trámite tantas veces como ocasiones en las que el proyecto en tramitación sufra modificaciones sustantivas.

Se alega que si bien los afectados por el proyecto del Real Decreto –destacadamente, los titulares de autorizaciones para ofertar actividades de juego– pudieron formular alegaciones en 2015, 2017 y en febrero de 2020, lo hicieron respecto de unos textos que difieren, en buena medida, del que finalmente fue objeto de deliberación y aprobación por el Consejo de Ministros en cuestiones de relevancia, tales como la prohibición absoluta de las actividades de promoción destinadas a la captación de nuevos clientes (sin

prever una exención de minimis, como en las versiones anteriores), la agravación de las restricciones para la fidelización de clientes, establece nuevas restricciones horarias a la difusión de comunicaciones comerciales vinculadas a eventos deportivos retransmitidos, la introducción de nuevas restricciones al patrocinio, la extensión de las limitaciones basadas en franjas horarias a actividades de patrocinio de eventos deportivos retransmitidos y el endurecimiento de las limitaciones para la difusión de comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información, entre otros.

Debemos rechazar esta infracción.

En los sucesivos proyectos elaborados para regular esta norma se han producido diferentes consultas públicas hasta en tres ocasiones (2015, 2017 y 2020), por lo que la mayoría de las entidades afectadas han comparecido y formulado alegaciones en defensa de sus legítimas posiciones. Además, tal y como afirma el dictamen del Consejo de Estado nº 518/2020 de fecha 15 de octubre de 2020, se verificó «una consulta pública mediante la inserción en la web del Ministerio de Consumo, desde el 24 de febrero al 2 de junio de 2020 [...]», en la que formuló alegaciones muchas entidades.

Es más, el Consejo de Estado contestando a esta misma alegación ya puso de manifiesto que «[...] el hecho de que se hayan producido cambios en el empleo de nuevos mecanismos regulatorios no empece para dejar de comprender que el proyecto oscila entre la petición de prohibición absoluta (formulada por muchas de las entidades representantes de vecinos, consumidores y usuarios, quienes por cierto no han comparecido ante el Consejo de Estado aunque sí se tienen también presentes sus alegaciones anteriores, que resultan muy claras) y la tolerancia amplia, lógicamente postulada por las empresas del sector. Muy detalladamente se precisan tales extremos en la minuciosa MAIN que acompaña al proyecto en su borrador final remitido en consulta.

Cambian en el tiempo las medidas de intervención concretas y el modo en que se articulan, pero no dejan de ser una muestra de la discrecional opción que asiste a la Administración para optar entre uno u otro extremo. Tampoco puede olvidarse que algunas de las modificaciones se deben, precisamente, a la intervención del Consejo de Estado con ocasión del dictamen número 783/2018, que ya se pronunció, por lo demás, en términos favorables a la regulación proyectada».

Y lo que es más relevante, afirmaba que «En todo caso, las entidades han tenido ocasión de manifestar sus posiciones ante el Consejo de Estado, quien ha brindado un trámite de audiencia amplio y suficiente (de quince días hábiles, similar al plazo mínimo que establece el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997 para una audiencia ordinaria) para que se formulen (como han hecho) cuantas observaciones han tenido por oportuno. El variado elenco de participantes y la nutrida serie de objeciones presentadas garantiza, una vez más, la atención a todas las cuestiones dignas de observación, las cuales también gravitan sobre el presente dictamen».

En definitiva, tanto la entidad recurrente como otras muchas han tenido la oportunidad de formular alegaciones a los diferentes proyectos del reglamento, incluido el último proyecto en su versión de febrero de 2020 y aunque posteriormente se introdujesen algunas modificaciones que establecían nuevos límites a la actividad publicitaria, estuvieron motivados en parte por los informes y alegaciones presentados en el procedimiento de tramitación.

Por otra parte, la necesidad de repetir el trámite de audiencia cuando se produzcan modificaciones sustanciales ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sirvan de muestra las sentencias de esta Sala 1608/2017, de 25 de octubre (recurso contencioso-administrativo 1386/2016, F.J. 3º), 466/2018 de 20 de marzo de 2018 (recurso 454/2016, F.J. 2º), STS nº 1822/2018 de 19 de diciembre (recurso 4908/2016, F.J. 6º), STS de 13 de junio de 2019 (rec. 87/2017) y 35/2019, de 21 de enero (recurso 639/2017. F.J. 4º) STS nº 611/2020, de 28 de mayo de 2020 (rec. 47/2018)-. En dicha jurisprudencia, se ha sostenido que la necesidad de reiterar el trámite de audiencia exige que «la demandante justificase que los cambios introducidos constituyen modificaciones sustanciales del texto, tanto por la relevancia intrínseca de las alteraciones como por su significación relativa, esto es, poniéndolas en relación con el conjunto de la disposición a fin de determinar en qué medida alteran de manera sustantiva el modelo regulatorio inicialmente propuesto».

Y en el caso que nos ocupa, las nuevas limitaciones introducidas en la fase final del proyecto, aunque relevantes, no puede considerarse que alteren la esencia del modelo de publicidad diseñado en dicha norma, sino que



introduce limitaciones puntuales o agrava alguna de las ya existentes sin cambiar la esencia ni el marco general diseñado por la norma impugnada.

## 2. Omisión de informes preceptivos.

También se aduce la ausencia de varios informes preceptivos.

Antes de analizar cada una de las omisiones denunciadas debe señalarse que la jurisprudencia, respecto de la omisión de informes preceptivos, ha sostenido -STS de 23 de enero de 2013 (rec. 589/2011)- que ha de atenderse a la finalidad que estos cumplen y la trascendencia de su ausencia, pues su finalidad es contribuir al acierto y legalidad de texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas, por estar afectados los intereses representados por ellas.

### 2.1 Informe del Ministerio de la Presidencia.

La entidad recurrente entiende que falta el informe técnico emitido por el Ministerio de la Presidencia, con el fin de asegurar la corrección técnica de la propuesta y su congruencia con el resto del ordenamiento. Reconoce que existe un informe del Ministerio de la Presidencia, pero se emite, exclusivamente, a los efectos de dar cumplimiento al requisito del apartado art. 26.5 de la Ley del Gobierno sin incluir referencia al art. 26.9 de la misma Ley ni abordar, en su contenido, las exigencias de este último precepto.

La omisión de este informe tiene trascendencia, a su juicio, desde una doble perspectiva; formal, al haberse prescindido de una opinión muy relevante en el proceso de elaboración normativa; de fondo, por cuanto es un trámite destinado a asegurar la corrección técnica de la propuesta y su congruencia con el ordenamiento.

Debe rechazarse este motivo.

La intervención de la Secretaria General Técnica del Ministerio de la Presidencia para coordinar la actividad normativa y su calidad técnica se contiene en el actual art. 26.9 de la Ley 50/1997, tras la modificación operada la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen jurídico del sector público. Pero la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 40/2015 prevé que «Los procedimientos de elaboración de normas que se hallaren en tramitación en la Administración General del Estado a la entrada en vigor de esta Ley se sustanciarán de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en el momento en que se iniciaron».

Por ello, en este caso no era aplicable la modificación operada por la Ley 40/2015, debiendo seguirse los trámites previstos en la ley 50/1997 antes de su modificación. Y el entonces vigente artículo 24.2 de la ley 50/1997 disponía que «En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos».

Dicha norma no especifica que la Secretaria General Técnica deba ser la del Ministerio de la Presidencia, por el contrario debe entenderse que se refería a la propia del Ministerio proponente y así se desprende también de la Exposición de Motivos de la Ley 40/2015 en la que se afirma que «Se atribuyen también expresamente a la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, en coordinación con la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, las competencias propias de los servicios comunes de los Departamentos en relación con el área de la Presidencia del Gobierno. Debe recordarse que, al tratarse de un ámbito ajeno a la estructura del propio departamento ministerial, esta atribución excede del real decreto en que se fije la estructura orgánica de aquél».

En el caso que nos ocupa, se emitieron informes favorables por las respectivas Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos ministeriales co-proponentes (Consumo y Sanidad), informes que también persiguen asegurar la corrección técnica y legalidad de la norma. Es más,

también se recabó el informe de la Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno del Ministerio de la Presidencia, que sí emitió Informe, con independencia de la finalidad que lo inspirase, pues pudo incorporar todas las observaciones que estimase convenientes.

2.2 Ausencia del informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información, exigido en el art. 2.b) del RD 1029/2002, de 4 de octubre.

La parte recurrente considera que el informe de dicho organismo era necesario dada la vinculación de muchas de las disposiciones contenidas en el Real Decreto impugnados con «los servicios de la sociedad de la información», tales como: la referencia a la normativa sobre servicios de la sociedad de la información que se hace en el art. 5 del Real Decreto, confirmando de manera expresa que las comunicaciones comerciales reguladas por el Real Decreto quedan vinculadas por la normativa sectorial sobre dicha materia; la regulación contenida en determinados preceptos del RD (art. 23, 24, 25 y 26); la colaboración entre las autoridades en materia de juego y en materia de servicios de la sociedad de la información a efectos de cumplir las funciones de vigilancia, inspección y control; la interacción entre la normativa sancionadora sobre el juego y la de los servicios de la sociedad de la información (art. 37.3 del RD).

El artículo 82 de la Ley 30/1992 disponía que «a los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitaran aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos». Disponiendo el art. 83 que «salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes». Previsiones estas que se reiteran en la Ley 39/2015 (artículos 79.1 y 80.1).

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones que regula el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información establece que «Le corresponderá, igualmente,

informar sobre los asuntos que el Gobierno determine o sobre los que, por propia iniciativa, juzgue conveniente», pero no se prevé su intervención directa y preceptiva en todo tipo de normas que afecten a la sociedad de la información. Tampoco la Ley del Gobierno establece su intervención preceptiva, por lo que no existe un precepto legal que exija el informe preceptivo de dicho órgano.

Por otra parte, el Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre, por el que se establece la composición y el régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, establece entre las funciones de dicho Consejo «c) Conocer e informar los proyectos legislativos y reglamentarios en materia audiovisual y de la sociedad de la información, cuando el Presidente del órgano del Consejo competente para su informe así lo decida», por lo que este precepto requiere una previa decisión para solicitar su informe, que no consta en este caso se haya producido.

Y finalmente, tal y como acertadamente sostiene el Abogado del Estado, no puede confundirse la publicidad con el medio que utiliza, en este caso, internet, pues ya en nuestra sentencia nº 1362/2017, de 27 de julio de 2017 (rec. 618/2015) se sostuvo que «La publicidad en páginas *web* regula publicidad, en el presente caso, la del juego, y en nada se proyecta dicha regulación sobre la materia de telecomunicaciones. Esto es, no se regula el funcionamiento de internet, sino un determinado contenido que puede expresarse en prensa, radio, televisión, internet o cualquier otro medio de comunicación, sin que por ello tal regulación tenga que afectar -como no lo hace en este supuesto- al medio en el que se transmite dicho contenido. Sin necesidad de efectuar afirmaciones de carácter general, lo cierto es que en el supuesto de autos es la competencia sustantiva la que puede quedar afectada, no la del medio que se utiliza. A lo que debemos atender, por tanto, es a las competencias sobre publicidad y sobre juego, que son las afectadas».

### 2.3 Insuficiencia de la Memoria de análisis de impacto normativo.

La demanda sostiene que el art. 26.3 de la Ley del Gobierno establece el contenido mínimo obligatorio de la MAIN que se concreta en el RD 931/2017, de 27 de octubre especialmente en relación con el impacto

económico, dado que exige analizar el impacto económico sobre los sectores y agentes afectados, incluido el efecto sobre la competencia, unidad de mercado y competitividad.

Varias son las objeciones que plantea la demanda relacionadas con la MAIN:

a) Considera que la MAIN no incluye ningún análisis del impacto del acceso al mercado ni un estudio de las alternativas regulatorias que permitan cumplir los objetivos buscados por la norma.

b) Las restricciones que impone no se aplican a todos los operadores, sino exclusivamente a los operadores privados, quedando exentos de su cumplimiento la ONCE y su grupo de empresas y la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A. en virtud de las disposiciones adicionales segunda y tercera, respectivamente.

c) El RD congela el mercado, por cuanto otorga indirectamente ventajas a los operadores que dispongan de una cartera de clientes ya consolidadas frente al resto de operadores. Las restricciones impuestas no solamente cercenan la posibilidad de difundir la oferta comercial de los operadores, sino que limita incluso la posibilidad de comunicar al público, por canales y en horarios efectivos, su mera existencia.

En respuesta a estas alegaciones hemos de empezar por señalar que la MAIN debía elaborarse atendiendo a las previsiones contenidas en el Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio, dado que el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre que lo derogó no es aplicable al caso que nos ocupa. Así, se desprende de la Disposición Transitoria Única que establece que «el presente real decreto no será de aplicación para aquellos proyectos normativos que hayan iniciado su tramitación con anterioridad a la entrada en vigor del mismo».

En dicha norma se prevé que la MAIN contenga un apartado referido a «d) Impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas».

La MAIN de 22 de octubre de 2020 en su apartado 7 analiza el «Impacto económico y sobre la competencia». Y, más específicamente, en su apartado 7.3 analiza el «impacto sobre los costes de los operadores y demás agentes involucrados». En dicho apartado, se considera que los costes que esta norma implica para los operadores de juego son poco significativos y, en todo caso, proporcionados. Así mismo, toma en consideración que los operadores, como consecuencia de las limitaciones impuestas, verán reducidos sus costes de inversión publicitaria, aunque afirma que no es posible realizar «una estimación aproximada de dicha reducción en términos concretos». Analiza el coste de las medidas establecidas en relación con las políticas activas de información y protección de usuarios. Y los costes de supervisión y control.

También se añade «De modo complementario, han de traerse a colación los datos del segundo informe trimestral de 2020 de datos de mercado de juego de ámbito estatal en España (correspondiente a los meses de abril a junio), trimestre en el que estuvieron en vigor las restricciones a las comunicaciones comerciales de las actividades de juego previstas en el artículo 37 del Real Decreto-Ley 11/2020 y analizadas en esta MAIN. En dicho informe, publicado en la página web de la DGOJ el 16 de octubre de 2020, se cuantifica una pérdida de la inversión en publicidad de un 71% y de las actividades promocionales del 65% con respecto al trimestre inmediatamente anterior. En todo caso, es importante subrayar que estas cifras no constituyen una referencia válida para realizar una cuantificación, siquiera aproximativa, de las eventuales repercusiones que la introducción de las restricciones que incorpora el proyecto de Real Decreto tendría en el mercado publicitario español del juego regulado de ámbito estatal, pero sí permiten apreciar lo que podría constituir el suelo de la inversión publicitaria en un entorno de restricción casi absoluta, eso sí, con las salvedades de su naturaleza temporal y en el contexto excepcional de la pandemia por el COVID – 19 en el que los acontecimientos deportivos también fueron suspendidos».

Y en el apartado 7.4 se analiza el «Impacto sobre los mercados relacionados con el juego de ámbito estatal, en particular los publicitarios» en donde se analizan el

impacto de las limitaciones establecidas en el mercado, afirmando que será “pronunciado”, identificando los diferentes sectores en los que se verá afectado, así como la incidencia que la menor demanda de espacios publicitarios tendrá sobre los distintos mercados de soporte publicitario, entre otros aspectos. Afirmandose «En todo caso, con la finalidad de aproximarnos el posible impacto económico de las restricciones publicitarias en medios de comunicación, interesa subrayar especialmente que el porcentaje de la inversión publicitaria total que corresponde a la publicidad de juego no ha variado excesivamente en estos últimos años. Así, según datos de INFOADDEX, con respecto al total de la inversión publicitaria controlada por sectores, el porcentaje correspondiente al sector del juego y las apuestas ha sido del 3 % para 2014, 3,2 % para 2015, para 2016 3,7 %, para 2017 3,3 %, para 2018 3% y para 2019 aproximadamente un 3,4 %.».

A la vista de estas consideraciones, no puede sostenerse que no exista un análisis del impacto económico de la normativa proyectada en el mercado, pues con independencia de que en muchas ocasiones se afirma que es difícil establecer cifras concretas, si quiera sea de forma aproximada, en todo caso valora con cierto detalle la incidencia de la norma en los distintos operadores y ámbitos del mercado.

Por lo que respecta a la no aplicación del Real Decreto a la ONCE y la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado. Ha de constatarse que según el artículo 2 del Real Decreto 958/2020 el ámbito de aplicación comprende «las entidades que desarrollen una actividad de juego comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011 de 27 de mayo, incluyendo a los operadores designados para la comercialización de juegos de loterías regulados en esa ley». Es evidente, por tanto, que la norma resulta aplicable tanto a la Once como la sociedad de loterías y apuestas del Estado en cuanto organizadoras de juegos y de loterías a nivel estatal.

Ahora bien, dado que estas sociedades desarrollan una labor social muy relevante, las limitaciones publicitarias contenidas en dicha norma tan solo se aplican a la faceta referida a la organización y difusión de sorteos y actividades de juego en general, pero se excluye la promoción y publicidad de

su actividad social. Este es el sentido y alcance de las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de dicha norma.

Así, la Disposición Adicional Segunda en su apartado 2 dispone que «Las disposiciones previstas en el Título I del presente Real Decreto no serán de aplicación a la ONCE respecto a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción, incluidas las efectuadas en redes sociales, [...] siempre que en dichas comunicaciones no haya referencias a la actividad o a productos de juego».

Y la Disposición adicional tercera referida a “Comunicaciones comerciales sobre actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A” establece que «En atención al fomento de fines de interés general en actividades, entre otras, de carácter social, cultural y deportivo que realiza como consecuencia de su naturaleza jurídico-pública, a las comunicaciones publicitarias, de imagen, de patrocinio y de promoción relativas a actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A., incluidas las efectuadas en redes sociales, no les resultarán aplicables las disposiciones previstas en el Título I del presente Real Decreto, siempre que en dichas comunicaciones no haya referencias a la actividad o a productos de juego».

Como fácilmente se desprende de la lectura de ambos preceptos tan solo excluye las comunicaciones publicitarias realizadas por la “ONCE”, “Grupo social ONCE” y la “Sociedad estatal Loterías y Apuestas del Estado” referidas a sus actividades de prestación de servicios y actividades de interés público, excluyendo de esta previsión y, por lo tanto, considerando aplicable dicha normativa a las comunicaciones publicitarias y de patrocinio referidas a actividades o productos de juego. Y así se desprende también de lo afirmado en la MAIN «se establece una especificidad tanto para ONCE como para SELAE relativa a la publicidad de actividades de interés general o benéficas que estas entidades realicen, en atención a la clara dimensión pública de ambas entidades. Esta previsión de carácter restrictivo solo afecta a esta clase de actividades publicitarias por lo que, cuando en dichas comunicaciones haya referencias a la actividad o a productos de juego de estos dos operadores, entonces sí resultaría de aplicación el régimen regulatorio previsto para las comunicaciones comerciales de las actividades de juego previsto en este proyecto».



Previsión esta que resulta de todo punto lógica, pues atendiendo a los diferentes ámbitos de actuación de dichas sociedades, resulta evidente que las limitaciones impuestas a la actividad publicitaria del sector del juego no pueden afectar a la promoción pública de la actividad social que desarrollan dichas entidades.

Y así se aplica también por la Disposición Adicional Cuarta a todas las asociaciones de utilidad pública o fundaciones benéficas o de interés general vinculadas a operadores de juego respecto a las comunicaciones comerciales referidas a finalidades benéficas o de interés general que puedan hacer.

Y por lo que respecta a la incidencia que la normativa aprobada puede tener en la competencia, en concreto en el acceso al mercado de nuevos operadores, la MAIN dedica el apartado 7 al “Impacto económico y sobre la competencia”, aunque para negar que produzca un impacto negativo afirmando «El real decreto no presenta impactos negativos apreciables sobre la estructura de la oferta en el mercado, o la competencia entre operadores, toda vez que las reglas y principios contenidos en él serán aplicables a todos los operadores, tanto en lo relativo a publicidad como a las políticas activas de información y protección a los usuarios [...]». Y todo ello con independencia de la conformidad o no a derecho de las limitaciones que impiden dirigir comunicaciones comerciales a nuevos potenciales clientes, cuestión que será analizada más adelante.

2.4 Se alega finalmente la omisión del preceptivo trámite de informe de la Comisión Europea (art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535).

El art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535 establece que «Los Estados miembros procederán a una nueva comunicación a la Comisión del proyecto de reglamento técnico en las condiciones mencionadas en los párrafos primero y segundo del presente apartado cuando aporten a dicho proyecto de forma significativa modificaciones que tengan por efecto modificar el ámbito de aplicación, reducir el calendario de aplicación previsto inicialmente, añadir especificaciones o requisitos, o hacer que estos últimos sean más estrictos».

La entidad recurrente, considera que el proyecto fue sometido a informe de la Comisión a lo largo de su tramitación en tres ocasiones, la última en febrero de 2020, pero después de esta última y a la vista de los informes y observaciones recibidos se decidió someterlo de nuevo el 15 de julio de 2020 a informe de la Comisión pero por la vía de urgencia (art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535), por lo que entiende que la Comisión no tuvo tiempo de emitir el informe sobre el proyecto normativo que se sometió a deliberación del Consejo de Ministros.

La normativa aplicable no contempla la necesidad de la emisión de dicho informe con carácter general, sino solo en el caso de que la Comisión u otro Estado miembro considera que la norma presenta aspectos que puedan crear obstáculos a la libre circulación de servicios o a la libertad de establecimiento de los operadores de servicio. De hecho, si bien la Comisión realizó observaciones en septiembre de 2015, no las hizo en las notificaciones realizadas respecto de los proyectos sucesivos en 2017 y 2020, ni ella ni los Estados miembros formularon observaciones ni dictámenes razonados.

La tramitación por la vía de urgencia es una posibilidad específicamente prevista en el art. 6.7 de la Directiva 2015/1535 que se justificó por la existencia de una situación grave e imprevisible relacionada con la pandemia por COVID y ante la necesidad de proteger la especialidad vulnerabilidad económica y el riesgo de surgimiento o agravamiento de comportamientos de juego problemático o patológico en un momento de confinamiento de la sociedad. Y la Comisión Europea validó la justificación de la tramitación por vía de urgencia, por lo que no se aprecia irregularidad alguna.

Por todo ello, se rechazan las irregularidades invocadas respecto a la tramitación del procedimiento de este Real Decreto.

**TERCERO.** Vulneración de principio de reserva de ley (art. 53.1 CE en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 de la CE).

La demanda alega la vulneración del principio legalidad argumentando que el Real Decreto impugnado se dicta a partir de la habilitación contenida en el art. 7 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Este precepto legal, después de prohibir en su párrafo primero toda actividad de publicidad, patrocinio o promoción de los juegos de envite, suerte o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego «cuando se carezca de la correspondiente autorización para la realización de publicidad contenida en el título habilitante», en su párrafo se dispone que «2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a [...]».

Desde esta perspectiva cuestiona diferentes preceptos del Real Decreto impugnado en cuanto establecen límites y prohibiciones a la actividad publicitaria y promocional en el sector del juego sin la suficiente cobertura legal. A tal efecto considera nulos los art. 12, 13, 15, 18 a 25.

Este Tribunal planteó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 7 de la Ley 13/2011 por su eventual contradicción con el principio de reserva de ley contenido en el art. 53.1 CE en relación con la libertad de empresa (art. 38 CE). Se consideró que el precepto realizaba una remisión a la norma reglamentaria, para regular las condiciones y los límites de la publicidad, en términos genéricos, delimitando tan solo los espacios a los que ha de extenderse dicha regulación, incluyendo finalmente una previsión abierta («Cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente») y sin establecer las condiciones y los elementos esenciales de dicha regulación.

En el Auto se argumentaba que la Ley no proporcionaba criterio alguno con arreglo al cual debe producirse el desarrollo reglamentario en el ámbito de la publicidad por lo que una remisión en tales términos podía interpretarse como una verdadera deslegalización de la materia reservada a la ley, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer

reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria.

La STC Pleno 169/2023, de 22 de noviembre de 2023, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada, entendiendo que, desde la perspectiva constitucional, el reproche que pudiera dirigirse al art. 7.2 de la Ley 13/2011, por la generalidad e indeterminación de la remisión operada al reglamento para regular las condiciones y los límites a la publicidad en este materia, debe integrarse con las previsiones sustantivas incorporadas por el nuevo artículo 7 bis de la Ley 13/2011, tras la modificación operada por la Ley 23/2022, de 2 de noviembre, en el que se recogen las comunicaciones comerciales que quedan prohibidas por considerarse contrarias al principio de responsabilidad social. Ello determinó que el Tribunal Constitucional considerarse que la aprobación sobrevenida de este nuevo precepto legal dejaba sin objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

La aprobación sobrevenida del art. 7 bis por la ley 23/2022 tiene sin duda influencia desde la perspectiva constitucional para determinar la cobertura legal actualmente existente para establecer límites a la actividad publicitaria en el sector del juego, pero no resuelve la cuestión de legalidad planteada en el litigio que nos ocupa, pues nos sitúa ante un problema diferente consistente en determinar si la ley posterior, y los límites y prohibiciones que ella introduce, pueden aplicarse con efecto retroactivo para enjuiciar la legalidad de las previsiones contenidas en el Real Decreto aprobado antes de la misma.

Ciertamente nos encontramos ante un recurso directo frente a un Real Decreto, procedimiento destinado a realizar un control abstracto de la norma reglamentaria en la que no está en juego, por el momento, ningún acto concreto de aplicación ni se pretende el restablecimiento de ninguna situación jurídica individualizada, pero ello no implica que la aplicación de esta norma reglamentaria no haya tenido incidencia en la actividad económica de las empresas y que la declaración de su legalidad o ilegalidad no pueda tener

consecuencias o repercusiones concretas, por lo que la conformidad a derecho de dicha norma y de los actos que eventualmente pudieran haberse dictado en aplicación de la misma, debe ser analizada conforme al marco normativo existente en el momento de su aprobación.

Tampoco puede entenderse que la insuficiente cobertura legal de las previsiones prohibitivas o limitativas del ejercicio de la actividad publicitaria en el sector del juego podrían haber quedado convalidadas por la ley posterior, al prever nuevas prohibiciones por norma de rango legal, supliendo así las carencias que eventualmente pudieran existir cuando el Real Decreto fue aprobado. Se estaría planteando una eventual convalidación legislativa, supuestamente sanatoria de las insuficiencias que desde la perspectiva del principio de reserva de ley pudiera tener las previsiones reglamentarias iniciales.

Lo cierto es que la falta de cobertura legal suficiente y previa respecto de límites impuestos a la actividad empresarial determinaría la nulidad de pleno derecho de las normas limitativas, y los actos y disposiciones nulos de pleno derecho no son susceptibles de convalidación (art. 52.1 de la Ley 39/2015 a sensu contrario). Además, las leyes de convalidación también tienen como límite natural la imposibilidad de convalidar o sanar normas restrictivas de derechos, sin olvidar que en este caso se estarían aplicando retroactivamente previsiones limitativas de derechos individuales, sin que tampoco dicha norma prevea su aplicación retroactiva.

Pero, a mayor abundamiento, tampoco las nuevas prohibiciones establecidas en el art. 7 bis de la Ley del Juego, introducidas por la modificación operada por la Ley 23/2022, tendrían una incidencia relevante en el análisis de la cobertura legal que ofrecen a los límites y prohibiciones establecidos en el Real Decreto 958/2020 impugnados en este procedimiento.

**CUARTO.** Sobre la cobertura legal y proporcionalidad de las prohibiciones y limitaciones a la actividad promocional y publicitaria establecidas por el Real Decreto 958/2020.

Corresponde ahora analizar si las concretas previsiones del Real Decreto 958/2020 que han sido impugnadas, en las que se establecen límites y prohibiciones a la actividad publicitaria y promocional del juego, tienen cobertura legal suficiente y son proporcionales, tomando para ello en consideración la normativa vigente en el momento en el que se dictó dicho Real Decreto.

No cabe duda de que la actividad empresarial está sujeta a límites, al no tratarse de un derecho absoluto (SSTC 184/1981, 147/1986 y 111/1983). Especialmente el ejercicio de la actividad de empresarial referida al juego y su publicidad puede sujetarse a prohibiciones y condiciones, al tratarse de una actividad regulada en la que la intervención del Estado viene exigida por la protección a intereses superiores de carácter general, como los relativos a la protección de los menores, los derechos de consumidores y usuarios (art. 51 de la Constitución), entre otros (STS, Sala Tercera, de 27 de abril de 2004 (rec. 2795/2000)).

La publicidad forma parte de la libertad de empresa, tal y como ha destacado la STS Sala Primera 860/2009, de 15 de enero, dado que es el mecanismo por el que las empresas ofrecen y promocionan sus productos y servicios, de modo que las restricciones o limitaciones que puedan imponerse a la actividad publicitaria incide en el desarrollo y promoción de su actividad empresarial y a la libre competencia en el mercado.

También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera legítima la intervención de las autoridades nacionales en la reglamentación del sector empresarial vinculado a la explotación de juegos de azar por razones de política social, protección de los menores de edad y de prevención del fraude fiscal y blanqueo de capitales. Así se afirmaba ya en la

sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de marzo de 1994 (C-275/92 ) en la que se destacaba que conforme a una jurisprudencia consolidada del TJUE - recogida entre otras en las sentencias de 8 de septiembre de 2009 (asunto 42/07), 3 de junio de 2010 ( asuntos C-203/08 y 258/08 ) y 8 de septiembre de 2010 (asuntos C-46/08 y C-316/07)- los Estados miembros pueden restringir la organización y explotación de juegos de dinero por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; y se ha considerado igualmente que razones imperiosas de interés general pueden justificar también las citadas restricciones, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.

Ello justifica que la actividad publicitaria en esta materia esté supeditada a la obtención de la correspondiente autorización y que el título habilitante pueda establecer límites y prohibiciones (art. 7 de la Ley 13/2011). Ahora bien, tales límites y prohibiciones, en cuanto inciden también en el ejercicio de una actividad empresarial lícita debe tener cobertura legal suficiente, sin que puedan regularse por normas reglamentarias independientes y desvinculadas de los criterios y límites fijados por el legislador.

Por otra parte, debe destacarse también la posible conexión entre la actividad publicitaria y los derechos fundamentales de libertad de expresión e información (art. 20.1.d) CE), tal y como han afirmado no solo el Tribunal Supremo de los EEUU (caso Bigelow c. Virginia), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de febrero de 1.994,- caso Casado Coca c. España) sino también nuestro Tribunal Supremo (la STS, Civil nº 860/2009, de 15 de enero de 2010, rec. 1516/2005).

La reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento, aunque no puede considerarse suficiente una mera remisión en blanco, sino que debe contener los criterios generales o directrices sobre los

que fundar las limitaciones que pueden establecerse a la libertad de empresa o las finalidades que la norma reglamentaria deber cumplir en uso de la habilitación. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional «El mantenimiento de esos límites [...] está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial» (STC 37/1981, de 6 de noviembre, FJ 2). Lo anterior es compatible con la afirmación del Tribunal en el sentido de que «[e]l derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho» (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y ha de estar «derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, de 5 de junio, FJ 15, o 112/2066 , de 5 de abril, FJ 8)».

En definitiva, para analizar la cobertura legal que tienen las prohibiciones y limitaciones establecidas en los preceptos impugnados, se debe tomar en consideración el marco normativo existente en el momento en el que se aprobó el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre. Este marco no está constituido tan solo por la ley 13/2011 de 27 de mayo de regulación del juego sino por un conjunto de disposiciones tanto a nivel de la Unión Europea - Recomendación 2014/478/UE de la Comisión, de 14 de julio de 2014, que insta a los Estados miembros a tomar medidas para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores- como a nivel nacional, tales como la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual, Ley 34/2002 de 11 de julio, de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, las limitaciones o prohibiciones adoptadas han de ser proporcionales lo que exige sean idóneas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la norma y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la



menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Así se ha señalado también en la jurisprudencia del TJUE [sentencias *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, apartado 122; *ERG* y otros, C-379/08 y C-380/08, apartado 86, y *Gauweiler* y otros, C-62/14, apartados 67 y 91], STJUE 4 de mayo de 2016 (Asunto C-477/14) esta última relacionada con la comercialización y la publicidad de productos relacionados con el tabaco.

La STJUE de 2 de abril de 2009 (C-421/07, asunto *Frede Damgaard*, ECLI:EU:C:2009:222), en referencia a las limitaciones de la actividad publicitaria en relación con la libertad de expresión, afirma que «esta libertad puede ser objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que estas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dicha disposición y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionadas a la finalidad legítima perseguida (véase la sentencia de 25 de marzo de 2004, *Karner*, C-71/02, Rec. p. I-3025, apartado 50)». Y finalmente se afirma «79. Por lo que se refiere al control jurisdiccional de los requisitos indicados en el apartado anterior de la presente sentencia, debe reconocerse al legislador de la Unión una amplia facultad discrecional en una materia como la controvertida en el litigio principal, en la que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tienen previsto conseguir las instituciones competentes, puede afectar a la legalidad de tal medida [véase, en este sentido, la sentencia *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, apartado 123]».

**QUINTO.** Sobre la cobertura legal y proporcionalidad de las limitaciones concretamente impugnadas.

Varios son los preceptos reglamentarios impugnados, por lo que procede un análisis independiente de cada uno de ellos.

1./ Se impugna el art. 12, y específicamente sus apartados 3, 4 y 5 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre por infracción del art. 38 CE, del art. 7.2.c) y d) de la Ley del Juego y art. 129.3 de la LPAC.

El artículo 12 “Actividades de patrocinio” dispone:

«3. No podrán realizarse actividades de patrocinio que consistan en la utilización del nombre, marca o denominación comercial de un operador para identificar a una instalación deportiva o a cualquier centro de entretenimiento. Tampoco podrán realizarse actividades de patrocinio que impliquen sustituir o añadir al nombre de un equipo o competición deportiva o de cualquier otra entidad ajena al sector de los juegos de azar y las apuestas el nombre o la denominación comercial de un operador.

4. No será admisible el patrocinio en camisetas o equipaciones deportivas.

5. La emisión, emplazamiento o difusión del patrocinio mediante comunicaciones comerciales a través de medios presenciales en estadios, instalaciones o recintos deportivos de cualquier tipo deberá ajustarse a las limitaciones horarias y los requisitos establecidos en este Real Decreto para las modalidades de servicios de comunicación audiovisual.».

La entidad recurrente considera que el artículo 12 del Real Decreto 958/2020 impone una prohibición prácticamente total de la publicidad del patrocinio de actividades, eventos, instalaciones o equipos deportivos y deportistas por parte de los operadores de juego. Desde la perspectiva de la necesidad de la medida, la prohibición reglamentaria del patrocinio impone un sacrificio desmesurado y desde la perspectiva de la idoneidad y del principio de buena regulación la MAIN carece de motivación en la MAIN.

En respuesta a esta infracción es preciso señalar que dicho precepto no prohíbe toda actividad de patrocinio relacionada con las actividades deportivas, sino que, como señala el Abogado del Estado en su contestación, las empresas de juego podrán seguir patrocinando a una entidad deportiva utilizando el nombre de dicha entidad para promocionar sus actividades de juego y remitir comunicaciones comerciales a sus clientes señalando que

patrocina a alguna entidad deportiva y podrá participar en cualquier evento siempre que se ajuste a las reglas previstas en el artículo 12.

La limitación del patrocinio y esponsorización, de instalaciones deportivas, nombres de equipos, competiciones deportivas o de equipaciones pretende evitar la asimilación o identificación del juego de apuestas y el deporte, lo cual encuentra cobertura legal en el art. 7 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego en el que se dispone que reglamentariamente «se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a: c) La actividad de patrocinio en acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas». Es una previsión legal en la que ya se contempla la posibilidad de limitar las actividades de patrocinio de acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas, si bien remite su desarrollo a una norma reglamentaria, lo cual es lícito pues la reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento.

Por ello, se considera que la previsión reglamentaria concreta y desarrolla la previsión legal.

Y la limitación contenida en el último apartado persigue la misma finalidad y es una consecuencia lógica de los dos anteriores apartados con el fin de evitar que mediante publicidad estática en dichos acontecimientos deportivos se burle la prohibición prevista anteriormente y se frustre finalidad perseguida con dicha prohibición.

Esta medida se considera adecuada para alcanzar el objetivo propuesto y proporcionada para evitar que los menores, los jóvenes y los colectivos vulnerables vinculen o asocien los juegos de suerte y azar con la práctica deportiva, sin que se haya acreditado el carácter manifiestamente inadecuado de esta limitación.

**2./** Se impugnan los apartados 1 y 3 del art. 13 que bajo la rúbrica “Actividades de promoción” disponen lo siguiente:

«1. Se prohíben las promociones de captación de clientes nuevos cualesquiera que fueran las condiciones de la promoción.

A estos efectos, los operadores solo podrán ofertar promociones a aquellos de sus clientes que, de forma acumulada:

a) Tengan una cuenta de juego abierta durante, al menos, 30 días.

b) Hayan sido verificados documentalmente.

[...]

3. Las comunicaciones comerciales de las actividades de promoción solo podrán:

a) dirigirse a clientes existentes;

b) o aparecer, en una sección independiente, en la página web o aplicación desde la que el operador ofrece actividades de juego;

c) o difundirse en los establecimientos accesibles al público de los operadores designados para la comercialización de los juegos de loterías.».

La demanda argumenta que el apartado 1 del art. 13 prohíbe de forma completa e incondicionada la posibilidad de dirigir promociones de ninguna clase con el objetivo de captar clientes nuevos. Adicionalmente a ello el apartado 3 del art. 13 restringe la posibilidad de realizar comunicaciones comerciales relacionadas con las promociones a los clientes existentes o a aquellos que las busquen proactivamente, al exigir que aparezcan, en una sección independiente, en la página web o aplicación desde la que el operador ofrece actividades de juego o ser difundidas en establecimientos designados para la comercialización de loterías. En consecuencia, la posibilidad de hacer promociones queda limitada a los clientes existentes y aun, respecto de estos, se impide dirigirles publicidad para mantener la cartera de clientes, siendo los propios clientes los que deben buscar la publicidad.

Considera que tampoco el expediente permite obtener una justificación del sentido de esta privación, con absoluto olvido de las exigencias del art. 129.3 LPAC, como tampoco resulta comprensible la evolución que ha

experimentado la norma desde sus primeras versiones, en las que se admitía la actividad de promoción en la medida en que no alterara la dinámica del juego, o indujera a confusión o percepción de gratuidad, aun cuando no se preveía límite cuantitativo a la promoción hasta la versión vigente que determina una prohibición absoluta.

No se aprecia cobertura legal alguna para establecer esta limitación que afecta a la esencia misma de la publicidad comercial, destinada a ofertar y promocionar el producto o servicio para captar nuevos clientes. Una prohibición general de estas características no permite limitar su alcance a un concreto tipo de promoción especialmente lesiva o dirigida a colectivos vulnerables por lo que tampoco puede considerarse una medida proporcional circunscrita a ofertas y prácticas altamente adictivas y peligrosas para colectivos en situación de riesgo.

Ahora bien, no debe olvidarse que las actividades de promoción deben respetar el límite que implica la prohibición de que los operadores no podrán conceder préstamos ni cualquier otra modalidad de crédito o asistencia financiera a los participantes (art. 8.2 de la Ley del Juego).

Por todo ello, procede anular el art. 13 apartados 1 y 3.

**3./** Se impugna también el artículo 15 por falta de la cobertura legal suficiente para limitar la aparición en las comunicaciones comerciales de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública, sean reales o de ficción, permitiéndose tan solo su aparición cuando:

a) Hayan adquirido esa condición a consecuencia de la propia comunicación comercial.

b) Sean quienes narren las retransmisiones en directo previstas en el artículo 19, en cuyo caso, además de ajustarse de manera específica a lo

previsto en el mencionado artículo, solo podrán emitirlas en el contexto de la narración del evento.

c) Sean quienes presenten los concursos emitidos a través de medios televisivos o radiofónicos, en cuyo caso solo podrán emitirlas durante el programa que sirve de soporte al concurso.

Esta prohibición carece de cobertura legal, incurriendo en un exceso ultra vires respecto de la remisión operada por la Ley del Juego y careciendo de cobertura legal en las demás normas de rango legal vigentes en el momento en el que se aprobó este Real Decreto.

Se anula el art. 15 del Real Decreto 958/2020.

4./ Se cuestionan los artículos 18 a 22 por entender que la publicidad en medios audiovisuales por franjas horarias niega, en la práctica, el desarrollo de la actividad publicitaria, ya que solo se verá por un número mínimo de la población aquejada de trastornos de sueño, confundiendo el momento en el que pueden emitirse programas de juego con el momento en el que puede hacerse publicidad sobre el juego. Y más adelante se cuestiona de forma más específica los artículos 18.1, 19. 1 del Real Decreto por falta de proporcionalidad de las limitaciones introducidas.

La recurrente considera que no se contiene una previsión semejante en la Ley del Juego. Tampoco en la Ley General de Comunicación Audiovisual, que refiere de manera exclusiva ese horario a la retransmisión de programas dedicados a juegos de azar y apuestas, pero no a la publicidad del juego (ex art. 7.2, párrafo sexto, de la Ley General de Comunicación Audiovisual).

La demandante admite que «el criterio de la modulación de la intensidad de las restricciones horarias en función de la mayor propensión de ciertos juegos al favorecimiento de conductas de juego impulsivo» pero cuestiona el modo en que se ha trasladado este criterio en el Real Decreto, pues a juicio de la entidad demandante, no

existe una motivación suficiente en la MAIN que fundamente adecuadamente la plasmación práctica del mismo en el articulado del Real Decreto. Una medida tan restrictiva solamente podría ser admitida (si se previese en una Ley) si se apoyase en una justificación detallada sobre su conveniencia e idoneidad, justificación que es totalmente ajena al expediente.

En definitiva, a juicio de la recurrente, la regulación reglamentaria supone, en la práctica, privar a los operadores de juego de la posibilidad de dirigir a la mayor parte de su público potencial comunicaciones comerciales a través de televisión y radio, dado que en la franja permitida la audiencia potencial es extremadamente reducida y dirigida a un público muy minoritario, lo que también supone, por la vía de la desproporción, y tanto práctica como jurídicamente, impedir una actividad autorizada por la Ley, lo que implica, de conformidad con el art. 47.2 LPAC, que el precepto debe declararse nulo.

Los preceptos impugnados tienen en común el establecimiento de franjas horarias permitidas para la emisión de comunicaciones comerciales en relación a diferentes tipos de juegos.

La limitación de las comunicaciones comerciales a una franja horaria nocturna entre la 1 y las 5 de la madrugada u otras franjas horarias de protección reforzada, dependiendo del tipo de juego, está conectada con la previsión legal contenida en el art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que limita la emisión de «los programas dedicados a juegos de azar y apuestas» a la franja horaria entre la 1 y las 5 de la mañana y que establece otras franjas de protección reforzada en interés de los menores evitando que en ellas se emitan programas que puedan perjudicarles. Se trata de una previsión legal que tiene por finalidad restringir la emisión de programas de juego que revisten especiales características de repetitividad e inmediatez - capaces de inducir o favorecer el consumo impulsivo- a una franja horaria con escasa incidencia para los menores, y, por lo tanto, una medida destinada a proteger a los menores. De hecho, el precepto legal se incluye en un precepto que lleva la rúbrica: «Los derechos del menor».

Los preceptos reglamentarios cuestionados persiguen esta misma finalidad al limitar la publicidad a estas mismas franjas horarias e impedir la emisión de comunicaciones comerciales en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específicamente o principalmente al público infantil y juvenil (art. 20, art 21.1 y 2, art. 22 del Real Decreto 958/2020). Limitación que, por otra parte, tal y como la propia parte recurrente admite, se vincula con aquellos juegos sobre los que se ha considerado que revisten especiales características de repetitividad e inmediatez capaces de inducir o favorecer el consumo impulsivo – especialmente, en combinación con la inmediatez inmanente a los servicios de comunicación audiovisual - y, por ello, la publicidad por franjas horarias se modula en relación con los juegos con un menor potencial adictivo.

Es cierto que no es lo mismo la emisión de un programa en el que se juegue que la publicidad del mismo, pero ambas actividades están íntimamente conectadas, especialmente en el caso de los menores en los que su nivel de maduración y formación puede llevarlos a identificar ambas prácticas como equiparables y apreciar que lo publicitado no entraña peligros.

Resulta relevante destacar en este punto lo afirmado en la MAIN del Real Decreto impugnado sobre la estrecha relación entre la publicidad del juego y el riesgo de adicción para los menores y adolescentes, afirmando en base a los estudios realizados que «la evolución de la presencia de jugadores especialmente jóvenes en el mercado de juego regulado de estos últimos años (18 y 19 años) ha experimentado ratios crecientes, en especial en estos últimos años, cuando se ha producido un aumento importante de la inversión publicitaria (2018 y 2019), representando cuotas crecientes en la composición de los jugadores activos (en 2016 los jugadores activos de 18 y 19 representan el 4,39% en 2016; en 2017 el 4,22%; en 2018 el 5,02%; en 2019 el 5,21%)» y más adelante se afirma «A tenor del progresivo ensanchamiento de la base de clientes muy jóvenes (18 y 19 años) con respecto a la totalidad de jugadores online que son jugadores activos, en creciente ascenso, es posible deducir que el aumento de la inversión publicitaria ha vigorizado esa tendencia, máxime cuando los incrementos más sustanciales se han producido,



justamente, en 2018 y 2019, que son los años donde la inversión publicitaria en España ha experimentado un incremento más importante».

Así mismo, y basándose en diferentes estudios, afirma que «[...] los menores de edad son capaces de reconocer marcas de operadores de juego con bastante facilidad; que pueden llegar a aprender la mecánica del juego de las apuestas simplemente con los anuncios publicitarios que se emiten; que la publicidad de juego puede acabar minusvalorando los riesgos de esta actividad para los menores de edad y que las apuestas deportivas, para este colectivo, pueden acabar siendo una parte consustancial e indivisible al mundo del deporte».

Si la ley prohíbe a los menores participar en estos juegos y restringe la franja horaria en que se pueden emitir los programas dedicados al juego con la finalidad de protegerles, el establecimiento de una restricción horaria para las comunicaciones comerciales referidas para estos mismos juegos es una consecuencia lógica estrechamente conectada con dichas previsiones legales.

En definitiva, se considera que las limitaciones reglamentariamente contenidas en dichos preceptos están amparadas por la previsión legal contenida en el art. 7.2 de la Ley 7/2010 y en las previsiones contenidas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego, cuya exposición de motivos, ya pone de manifiesto que la regulación del juego contemplada en la ley trata de cumplir con «los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores [...]», con la prohibición de que estos puedan participar en los juegos regulados en dicha norma (art. 6.2 de la Ley 13/2011).

El art. 19, apartado 1 dispone que:

«Las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual durante las retransmisiones en directo de acontecimientos deportivos, hípicas u otros de naturaleza competitiva, únicamente podrán emitirse entre la 01:00 y las 05:00 horas, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en los artículos 21 y 22.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales de cualquier tipo, difundidas o emplazadas físicamente, que resulten capturadas por la retransmisión audiovisual».

Precepto que extiende las limitaciones horarias del art. 18.1 del Real Decreto a las retransmisiones en directo de acontecimientos deportivos, hípicas u otros de naturaleza competitiva, por lo que el recurrente considera aplicables las razones de nulidad expuestas respecto de aquel precepto.

Esta previsión guarda relación con los límites que se imponen a la actividad publicitaria y promocional tanto en relación con acontecimientos y espectáculos deportivos como con la vinculación de protección a los menores, por lo que resulta trasladables lo argumentado en relación con estas cuestiones en apartados anteriores. Y si la medida limitativa tiene cobertura legal y se considera adecuada y proporcionada para el fin que trata de proteger, poco importa que en el proceso de elaboración se restringiese la franja horaria inicialmente prevista en la que quedaba limitada esta publicidad.

**5./** Se reprocha la falta de cobertura legal suficiente respecto de las previsiones contenidas en los artículos 20 a 22 y 24 del Real Decreto impugnado. La norma reglamentaria habría incurrido en un exceso ultra vires respecto de la previsión legal.

El artículo 20 establece que:

«Las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual relativas a apuestas mutuas, a loterías instantáneas y al juego de bingo no podrán emitirse dentro de las franjas horarias de protección reforzada establecidas en el artículo 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, ni tampoco en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil.

Estas franjas horarias únicamente serán aplicables cuando el operador no ostente licencias singulares asociadas a las modalidades de juegos a las que resultan de aplicación las reglas de difusión audiovisual recogidas en el artículo 18».

Las limitaciones contenidas en el artículo 20 guardan relación con las limitaciones publicitarias en las franjas horarias más amplias pero con una protección reforzada, acomodando la proporcionalidad de la restricción al tipo de juego de que se trata, por lo que se reproduce lo ya afirmado respecto del artículo 18 con un alcance más general.

Se rechaza este motivo de impugnación.

Las limitaciones contenidas en los artículos 21 y 22, aparecen referidas a la difusión de comunicaciones comerciales referidas a distintas modalidades de juego en bloques publicitarios anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil o programas no recomendados para menores de edad.

El artículo 21 dispone:

«Reglas de difusión de comunicaciones comerciales de concursos en servicios de comunicación audiovisual.

1. Las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual relativas a concursos no podrán emitirse en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil.
2. Cuando la difusión de los concursos se incluya en un programa cuya calificación por edades sea «no recomendado para menores de dieciocho años» únicamente podrán emitirse entre las 22:00 horas y las 6:00 horas del día siguiente, siempre y cuando lo permita la legislación audiovisual.
3. Si el concurso se instrumenta a través de un contenido audiovisual, mediante cualquier canal, la información sobre el precio de la participación deberá ofrecerse en la invitación a participar y, cuando el medio soporte del desarrollo del concurso lo

permita, durante todo el tiempo en que se realice la promoción o publicidad del concurso. La información deberá presentarse sobreimpresa de forma estática y en condiciones de tipo de letra, disposición y contraste que permitan su perfecta visualización o percepción. El tamaño de los caracteres no será menor que el empleado para informar del medio de participación o, en su caso, del pago de la misma.

4. A las comunicaciones comerciales de concursos difundidas a través de servicios de comunicación audiovisual radiofónica no le resultará de aplicación la obligación establecida en el artículo 10.3».

El artículo 22 dispone que «En los servicios de comunicación audiovisual las comunicaciones comerciales relativas a juegos de lotería de efecto diferido, incluidas las de carácter ocasional, así como las relativas a rifas, no podrán emitirse en los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específicamente o principalmente al público infantil».

Las restricciones impuestas tienen por finalidad proteger a la infancia y adolescencia evitando que se emitan comunicaciones publicitarias relacionadas con el juego «inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específicamente o principalmente al público infantil», dada la estrecha vinculación entre la actividad publicitaria y los mayores riesgos de adicción al juego de los menores y adolescentes.

Debe reiterarse lo ya afirmado en preceptos anteriores sobre los límites a la publicidad directamente vinculados con la protección de los menores de edad. La medida, por otra parte, se considera adecuada para cumplir con la finalidad propuesta y resulta proporcionada para alcanzar este objetivo.

Se impugna también el artículo 24, en el que bajo la rúbrica «Comunicaciones comerciales a través de correo electrónico u otros medios equivalentes» se dispone:

«1. El envío de comunicaciones comerciales de los operadores de juego a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente sólo podrá

realizarse con el consentimiento de la persona interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.2.a) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, y en el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

2. Los operadores de juego que comercialicen juegos cuya participación requiera la apertura de un registro de usuario previo no podrán remitir ningún tipo de comunicación comercial a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente dirigida a:

a) Personas registradas cuya inscripción en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego se ponga de manifiesto al operador por la autoridad encargada de la regulación del juego.

b) Personas que hayan ejercitado su facultad de autoexclusión.

c) Personas que hayan desarrollado un comportamiento de riesgo, de acuerdo a los sistemas y protocolos de detección previstos en el artículo 34.

Las prohibiciones previstas en este apartado se instrumentarán a partir de las 00:00 horas del segundo día después de aquel en que se haga efectiva la inscripción en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego, la autoexclusión o la detección de una persona que ha desarrollado un comportamiento de riesgo.

Estas prohibiciones no se aplicarán desde el día siguiente a aquel en que estas personas dejen de estar inscritas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego, dejen de estar autoexcluidas o ya no sean catalogadas como participantes con un comportamiento de riesgo».

El art. 24 establece limitaciones referidas a las comunicaciones comerciales por correo electrónico exigiendo que sólo podrá realizarse con el consentimiento de la persona interesada. Esta previsión encuentra cobertura legal en el artículo 7.2.a) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo en el que se establece una expresa remisión al reglamento para que limite la actividad publicitaria del juego en relación respecto del envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico, disponiendo que solo pueden ser enviadas cuando se tenga la previa

autorización del destinatario. Precepto que, por otra parte, reproduce lo ya afirmado en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en el que bajo la rúbrica «Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes» se dispone que «1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas», salvo que «exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente».

De modo que la norma reglamentaria reproduce y completa lo previsto en dos normas con rango de ley, por lo que se considera que dicha limitación tiene suficiente cobertura legal.

Y por lo que respecta a las limitaciones que se imponen a los operadores de juego cuya participación requiera que el usuario esté registrado (se excluye la posibilidad de enviar comunicaciones comerciales cuando haya manifestado expresamente su deseo de ser excluido del envío de estas comunicaciones o porque se trata de grupos de riesgo) la limitación encuentra cobertura en la previsión legal contenida en el art. 6 de la ley del Juego, en la que se prohíbe participar en juegos de suerte o azar las personas que han sido incapacitadas legalmente o por resolución judicial, a las que se les ha prohibido el acceso al juego o lo tengan prohibido por resolución judicial firme incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil. De modo que si determinadas personas por decisión propia o por disposición legal o judicial tienen prohibido participar en esta clase de juegos resulta una consecuencia lógica y directamente vinculada con esta prohibición legal la imposibilidad de remitirle publicidad para que participe en los mismos.

Se desestima este motivo de impugnación.

**6./** Se impugnan también los artículos 23 apartado 1, art. 25 apartado 3 y art. 26 apartados 2 y 3.

La recurrente impugna estos tres preceptos de forma conjunta por cuanto tienen en común el que la norma incide sobre canales de difusión que afectan de manera más intensa a operadores de juego en línea y más vinculados con este sector de juego.

a) En primer lugar, el art. 23.1, apartado 1 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, impone una prohibición generalizada para la difusión de comunicaciones comerciales a través de servicios de la sociedad de la información (entendiendo por tal todo servicio a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario) salvo en los supuestos en los que dichas comunicaciones se inserten en una página web o aplicación dedicada a estos juegos.

Esta limitación no tiene cobertura legal, no siendo suficiente con invocar la protección de los menores por cuanto no es posible limitar la publicidad con un alcance general a todo un medio ante la eventualidad de que pueda ser utilizado por menores de edad. La protección de los menores está contemplada en la ley del juego como una limitación a los juegos de suerte y azar y a su publicidad, pero la previsión ahora cuestionada no se concreta en medidas destinadas específicamente a los menores sino a todos los usuarios de la sociedad de la información sin cobertura legal alguna que ampare una limitación de estas características. Por otra parte, restringe la posibilidad de dirigir comunicaciones comerciales a quienes ya utilizan las páginas web o aplicaciones destinadas al juego, lo que implica la imposibilidad de dirigir publicidad a potenciales nuevos clientes en este medio, sin previsión legal alguna que ampare esta limitación.

Procede anular el apartado primero del art. 23.

b) En segundo lugar, el art. 25.3 prevé que las cuentas o canales desde los que se ofrezcan programas o vídeos disponibles a través de una plataforma de intercambio de vídeos sólo podrán realizar comunicaciones comerciales audiovisuales de operadores de juego cuando su actividad principal consista en ofrecer información o contenidos sobre las actividades de juego, y siempre que cumplan con determinadas obligaciones relacionadas con evitar el acceso de menores a la cuenta o canal y difundan, de manera periódica, mensajes sobre juego seguro.

Esta limitación carece de cobertura legal alguna dado el alcance general con el que se concibe.

c) Y finalmente el art. 26 apartados 2 y 3 del Real Decreto impugnado limita la posibilidad de llevar a cabo publicidad a través de redes sociales a personas que ya son clientes de los operadores o acceden de manera específica a cuentas o canales cuya actividad principal consiste en ofrecer información o contenidos sobre las actividades de juego.

Esta limitación, al igual que las anteriores carece de cobertura legal en la normativa existente en el momento de dictarse el reglamento por lo que procede su anulación.

**QUINTO.** Sobre la legalidad de las previsiones contenidas en los arts. 10.4, 13.10 y 34.4.

La Asociación recurrente impugna también los artículos 10.4, 13.10 y 34.4 del Real Decreto 958/2020 por entender que infringen la Disposición Final Segunda de la Ley 13/2011, de 27 de mayo en relación con los artículos 97 CE, 128 y 129.4 LAPC y, en su caso, del art. 9.2.c) LRSP.

La Disposición Final Segunda afirma que: «Se autoriza al Gobierno de la Nación a adoptar, a propuesta del titular del Ministerio de Economía y Hacienda, en el plazo de



un año desde la entrada en vigor de esta Ley, cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo e implementación de lo previsto en la misma».

La demandante entiende que los artículos impugnados sobrepasan la remisión legal operada por la Disposición Final Segunda por cuanto el ejercicio de la potestad reglamentaria debe recaer en el propio Gobierno (art. 129.4.3) y el desarrollo de la potestad reglamentaria por autoridades diferentes exige de la correspondiente habilitación legal. Sólo con carácter excepcional puede atribuirse el ejercicio de la potestad reglamentaria a los ministros o a otras autoridades inferiores, y siempre que se justifique en la Ley habilitante («Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante»). El Real Decreto impugnado, sin que la Ley lo autorice, relaja el desarrollo de la propia Ley a una Dirección General.

La previsión del 10.4 del Real Decreto prevé que «La autoridad encargada de la regulación del juego podrá establecer, mediante resolución, la obligatoriedad de que las comunicaciones comerciales incluyan un mensaje relativo a los efectos dañinos derivados de la ludopatía [...]», lo que supone la abdicación en el Reglamento de regular si en las comunicaciones comerciales de los operadores ese mensaje es o no obligatorio para los operadores, lo que vuelve a ser una forma de innovación del ordenamiento jurídico ajena a las competencias de un Director General.

Considera que la previsión del art. 13.10 del Real Decreto 958/2020 cuando prevé que la Dirección General, en el concreto ámbito de la actividad promoción dirigida a los clientes de los operadores, «podrá desarrollar las condiciones y límites a que sujetar [...] más allá de lo que se dispone en este Real Decreto», prevé es que se pueda desarrollar la Ley directamente por el Director General de manera independiente al propio Real Decreto («más allá de lo que se dispone en este Real Decreto»), incurriendo con ello en la infracción de los preceptos que antes hemos citado.

A su juicio, vuelve a suceder lo mismo con el art. 34.3 al prever que el Director General «podrá desarrollar, mediante resolución, los concretos mecanismos para la detección de comportamientos de riesgo, así como el contenido de los protocolos que los operadores y, en su caso,». Se faculta a la Dirección General más allá de los aspectos puramente técnicos o de ajuste al caso concreto, se le atribuye un auténtico «desarrollo» que implica innovación del ordenamiento jurídico en cuanto que impondrán con efectos ad extra (para los operadores) determinadas obligaciones de hacer mediante la definición del contenido de los protocolos. En definitiva, lo que se está encomendado a la Dirección General es una tarea de desarrollo normativo que la Disposición adicional segunda de la LRJ sólo atribuye al Gobierno de la Nación y que no cabe derivar o delegar de manera indirecta en una Dirección General.

En respuesta a estas alegaciones cabe señalar que el art. 23 de la Ley 13/2011 de regulación del juego dispone que «La Comisión Nacional del Juego podrá dictar aquellas disposiciones que exijan el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en esta Ley, en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello». Y la Dirección General de Ordenación del Juego ha asumido de forma expresa las competencias de la Comisión Nacional del Juego, tal y como dispone la Disposición Adicional décima de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Existe, por tanto, una previsión legal expresa que habilita a la Dirección General de Ordenación del Juego para desarrollar y ejecutar las previsiones de la Ley del juego y del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre. Este marco legal habilita, por tanto, para adoptar disposiciones técnicas que impliquen el desarrollo necesario de sus previsiones.

La posibilidad de incluir en las comunicaciones comerciales un mensaje relativo a los efectos dañinos derivados del juego no excede de lo que constituye el desarrollo técnico necesario de las previsiones legales destinadas

a la protección de los consumidores y del juego responsable, tal y como específicamente se dispone en el art. 8 de dicha ley.

Y por lo que respecta a la previsión contenida en el artículo 13.10, referida al desarrollo de las condiciones y límites de la actividad promocional a los clientes, no existe inconveniente en establecer previsiones que impliquen el desarrollo técnico y concreción de las previsiones que sobre este punto ya se contienen en el art. 13 -salvo los apartados 1 y 3 que se anulan por esta sentencia-. El hecho de que se añada que podrá actuar «más allá de lo que se dispone en este Real Decreto» no implica un motivo de nulidad de esta disposición. Habrá que estar al alcance y contenido de lo dispuesto por dicha autoridad pues es perfectamente posible que la autoridad concrete los aspectos técnicos, regulaciones accesorias y se detallen las previsiones contenidas en la ley y el Real Decreto sobre esta materia más allá de lo dispuesto en dichas normas sin contravenir el alcance de una remisión reglamentaria, pero si supera estos límites convirtiéndose en una regulación independiente habrá que impugnarla por este motivo de forma autónoma cuando esta se produzca.

Y por lo que respecta la previsión contenida en el art. 34.3 no se aprecia exceso alguno por el hecho de que la autoridad establezca mecanismos para la detección de comportamientos de riesgo y ciertos protocolos para evitarlos pues en definitiva constituye el desarrollo concreto de las previsiones de la ley destinadas a «prestar la debida atención a los grupos de riesgo» (art. 8 de la 13/2011).

**SEXO.** Por todo ello. procede estimar en parte el recurso interpuesto contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre anulando los siguientes preceptos artículo 13 apartados 1 y 3; art. 15; art. 23 apartado 1; art. 25.3; art. 26 apartados 2 y 3 y desestimar los restantes motivos de nulidad.

Y por lo que respecta a las costas no procede imponerlas a ninguna de las partes.

## FALLO

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

Que debemos Estimar en parte el recurso interpuesto por la Asociación Española de Juego Digital interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, se anulan los artículos 13 apartados 1 y 3; art. 15; art. 23 apartado 1; art. 25.3; art. 26 apartados 2 y 3 desestimándose el recurso en todo lo demás, sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.