

Nº: 518/2020



“En cumplimiento de la Orden de V. E., de 28 de agosto de 2020, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

De antecedentes resulta:

**Primero.-** El proyecto de Real Decreto sometido a consulta recuerda en su preámbulo que el marco regulatorio de la actividad de juego de ámbito estatal se estableció en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, teniendo como objetivo la salvaguarda de diversos intereses de carácter público (entre los que se encuentran especialmente los contenidos en los artículos 4, 7 y 8 de la misma) cuyo desarrollo constituye el objeto último de la futura norma. Destacan así la prevención de conductas adictivas, la protección de ciertos grupos vulnerables -en especial de las personas menores de edad- y, en general, la protección de las personas consumidoras.

Ya existe en la actualidad un conjunto de normas, dictadas en desarrollo de la referida ley, relativas a políticas de juego responsable o juego seguro. Es el caso tanto del Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego como del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, referido a licencias, autorizaciones y registros del juego. Igualmente, se han dictado una serie de órdenes ministeriales mediante las que unas aprueban la reglamentación básica de los distintos tipos de juego y otras regulan las respectivas convocatorias de licencias generales de juego de ámbito estatal. Se complementa lo anterior con diversos acuerdos de corregulación y sistemas de autorregulación en materia de comunicaciones comerciales impulsados al amparo del artículo 24.5 de la

Ley 13/2011, habiéndose aprobado en 2012 un Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego que ha sido suscrito por la práctica totalidad de los operadores de juego de ámbito estatal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el proyecto pretende acometer el desarrollo reglamentario de los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011, por varias razones: se estima que ya existe una suficiente perspectiva para abordar esta regulación; debe darse una respuesta interna a la Recomendación de la Comisión Europea, de 14 de julio de 2014, relativa a principios para la protección de los consumidores y usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre las personas menores de edad; se aprecia una creciente y sostenida sensibilidad social por el notorio aumento de la inversión publicitaria de las actividades de juego de ámbito estatal en estos años, lo que exige medidas preventivas sobre el consumo de algunos juegos de azar sobre ciertas personas, especialmente los más jóvenes y las personas con problemas con el juego.

Se examina luego el ámbito subjetivo de aplicación, que ha de incluir a todos los operadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011, lo que incluye a los operadores de juegos de lotería que desarrollan esa actividad con arreglo a la reserva establecida en la norma legal (artículo 4), así como a la Organización Nacional de Ciegos Españoles, dada la singularidad de su naturaleza de Corporación de Derecho Público y su carácter social. También se atiende al alcance material (donde resulta procedente partir del Código de Conducta de 2012, actualizándolo y perfeccionándolo) y se señala que se busca completar el marco de la responsabilidad social corporativa incluyendo ciertas medidas que intentan abordar necesidades u omisiones percibidas en la regulación vigente.

Se contiene luego un resumen del proyecto y se añade que se adecúa a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, habiendo sido consultados el Consejo de Políticas de Juego, el Consejo de Consumidores y Usuarios, la Agencia

Española de Protección de Datos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También se ha sometido al procedimiento previsto en la Directiva (UE) 2015/1535, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

La futura norma que se aprueba mediante este real decreto - copropuesta por el Ministro de Consumo y la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital- consta de cuatro títulos con treinta y siete artículos, seis disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El título preliminar ("*Disposiciones generales*") contiene los artículos 1 a 4, sucesivamente dedicados al objeto de la norma, su ámbito de aplicación, las definiciones y un precepto relativo a la colaboración y coordinación institucional.

El título I ("*Las comunicaciones comerciales de las actividades del juego*") se divide en cuatro capítulos. El capítulo I ("*Régimen jurídico y principios generales de la comunicaciones comerciales*", artículos 5 a 11) se refiere al régimen jurídico de las comunicaciones comerciales, la sujeción a autorización previa y los principios de identificación de las comunicaciones comerciales y del anunciante, veracidad, responsabilidad social, juego seguro y protección de menores de edad. El capítulo II ("*Disposiciones específicas*" artículos 12 a 16) versa sobre las actividades de patrocinio y promoción, las aplicaciones de juego gratuito, la aparición de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública en comunicaciones comerciales y los sistemas de exclusión publicitaria.

El capítulo III ("*Disposiciones específicas en función del canal de difusión publicitaria*", artículos 17 a 27) regula las comunicaciones comerciales a través de medios presenciales y las relativas a servicios de comunicación audiovisual; las reglas de difusión de comunicaciones comerciales durante acontecimientos en directo en medios de comunicación audiovisual, en apuestas mutuas, de loterías instantáneas o presorteadas y de bingo en servicios de comunicación audiovisual, en concursos en servicios de

comunicación audiovisual, en loterías de efecto diferido y rifas en servicios de comunicación audiovisual; las comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información y a través de correos electrónicos u otros medios equivalentes; las reglas de difusión de comunicaciones comerciales audiovisuales en servicios de intercambios de videos a través de plataforma, así como las específicas sobre comunicaciones comerciales en redes sociales y las emitidas por personas pronosticadoras de apuestas. El capítulo IV (“*Corregulación*”, artículo 28) se refiere a los acuerdos de correulación.

El título II (“*Políticas activas de información y protección de las personas usuarias*”) regula en el artículo 29 la política integral de responsabilidad social corporativa y la persona responsable del juego seguro. Su capítulo I (“*Mecanismos de prevención*”, artículos 30 y 31) establece obligaciones de información, especialmente en materia de asistencia sobre juego seguro y comportamientos de riesgo. El capítulo II (“*Mecanismos de sensibilización*”, artículos 32 y 33) se refiere a la colaboración con la Administración para la sensibilización y promoción del juego seguro, así como a estudios sobre dicho juego seguro. El capítulo III (“*Mecanismos de intervención y control por parte de los operadores*”, artículos 34 y 35) se dedica a la detección de comportamientos de riesgo de las personas usuarias y la suspensión de cuentas de juego por autoprohibición y por autoexclusión.

El título III (“*Supervisión, inspección y control*”, artículos 36 y 37) versa sobre el régimen de supervisión, inspección y control así como la responsabilidad.

Las seis disposiciones adicionales regulan sucesivamente el régimen de determinados sorteos de la Lotería Nacional, el específico de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), las comunicaciones comerciales sobre actividades de interés público promovidas por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado S. M. E., S. A., las comunicaciones comerciales sobre finalidades benéficas o de interés general de entidades de naturaleza asociativa o fundacional vinculadas a operadores de juego, la detección de comportamientos de riesgo de los usuarios en 2020 y 2021, así

como las marcas o nombres comerciales ya promocionados por los operadores de juego.

Las cuatro disposiciones transitorias establecen la adaptación del Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego, un régimen transitorio para los patrocinios y disponen la adaptación de las campañas publicitarias con personas o personajes de relevancia o de notoriedad pública, al igual que de los contratos publicitarios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la futura norma.

La disposición derogatoria, conforme a su naturaleza, ordena la derogación de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la nueva norma.

De las tres disposiciones finales, la primera ordena la modificación del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre en su artículo 36, referido al límite de los depósitos, que pasa a tener una nueva redacción. La segunda faculta a la persona titular del Ministerio de Consumo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente norma. La última disposición final establece la entrada en vigor del real decreto el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, exceptuándose de ello el artículo 13.1 (que entrará en vigor el 1 de enero de 2021), sus apartados 2, 3 y 4 (que lo harán el 1 de diciembre de 2020) y los apartados 5,6, y 7 (que lo harán el 1 de marzo de 2021). También se exceptúan del régimen general los párrafos b) y c) del artículo 23.1 y los artículos 24, 25.3, 26.3 y 27, que entrarán en vigor el 1 de febrero de 2021.

**Segundo:** Se completa el expediente con los siguientes documentos:

A) Documentación relativa a la tramitación del anterior proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego y de juego responsable, la cual se inició en 2015 y fue objeto del dictamen del Consejo de Estado número 783/2018, de 4 de octubre, el cual se da por reproducido. La conclusión del citado dictamen fue “*Que, una vez tenidas en*

*cuenta las observaciones formuladas con carácter esencial al artículo 17.1 y a la disposición final segunda del proyecto, puede elevarse al Consejo de Ministros para su aprobación el proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego y de juego responsable”.*

La memoria del análisis de impacto normativo (MAIN) del nuevo proyecto, que luego se analizará, manifiesta respecto a las observaciones de dicho dictamen que *“han sido aceptadas en su totalidad en su versión sometida a información pública, nuevamente, en 2020”.*

B) Texto del proyecto de fecha 24 de febrero de 2020, acompañado de la MAIN, con el que se inicia el actual procedimiento de elaboración de la norma, verificándose una consulta pública mediante la inserción en la web del Ministerio de Consumo, desde el 24 de febrero al 2 de junio de 2020, al haberse interrumpido el plazo en virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Consta la recepción de alegaciones por parte de los siguientes intervinientes: 888 Spain PLC; Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB); Actora Consumo; Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC); Agencia de Salud de Barcelona; Fundación Althaia; Asociación de Medios de Información (AMI); ANESAR; Asociación Empresarial de Juegos Autorizados (ASEJU); Asensi Abogados; múltiples asociaciones vecinales (Almendrales, Alonso de Ojeda (AFAO), Alto Arenal, Aluche, Andalucía, Canillejas, La Flor, Latina, Madrid, Majadahonda, Prosperidad (Valle Inclán), San Cristobal, San Fermín, Simancas, Sol-Letras y Zaragoza); Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC); Betfair International PLC; Betmedia Advance S. L. U.; Betway Spain PLC; BGCOUNCIL (The Betting and Gaming Council); Bilbao Basket (Basket Bilbao Berri S. A.); Consejo Empresarial del Juego (CEJUEGO); Codere On Line, S. A. U.; Consejo de la Juventud de España (CJE); European Gaming and Betting Association (EGBA); Ekasa Apuestas online S. A.; Eurasia Solutions; Euroapuestas Online S. A.; Eurojuego Star S. A.; Facebook; Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA); Federación

Española de Jugadores de Azar Rehabilitados (FEJAR); Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid (FRAVM); Gamesys Spain PLC; Google Spain S. L.; GVC Holdings; Hillside (Bet365-Hillside España Leisure S. A. y Hillside New Media Malta PLC; Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios (HISPACOOOP); Hospital Universitario Bellvitge; Interwetten España PLC; JDIGITAL; La Coalición de Creadores de Industrias de Contenidos; Leovegas Gaming PLC; Loyra Abogados; Luckia Games S. A.; MEDIAPRO (Mediaproducción S. L. U.); Mediaset España Comunicación; Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE); PAF Consulting ABP; Playes PLC; Playtech; Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, S. M. E. (SELAE); Sisal Entertainment SPA; Skill on Net, S. A.; Skiwind Network Services, EAD; Telefónica; TSG Interactive, PLC; Universidad de Valencia; Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA); Veramatic Online S. A.; Versus Online S. A.; William Hil International. Junto a las anteriores constan diversas aportaciones de particulares.

Figura luego un informe de la Dirección General de Ordenación del Juego, dependiente de la Secretaría General de Consumo y Juego del Ministerio de Consumo “*sobre las aportaciones presentadas a lo largo de la tramitación del proyecto*”, sin fecha, en el que se contestan las alegaciones anteriores de 2020 y se motivan su incorporación o no a los sucesivos borradores, conteniéndose también -conjuntamente y de forma sistemática- las que corresponden a las intervenciones en los anteriores procedimientos de 2015 y 2017.

C) Consulta a las comunidades autónomas de fecha 26 de febrero de 2020, recibándose alegaciones de Comunidad Valenciana, Principado de Asturias y Galicia.

D) Informe de 3 de marzo de 2020 de la Dirección General de Régimen Jurídico Autonómico y Local del Ministerio de Política Territorial y Función Pública. No formula objeciones en cuanto a su adecuación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y señala que el proyecto se ajusta a la competencia del Estado contenida en el artículo 149.1 (reglas 6.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 21.<sup>a</sup>) de la Constitución.

E) Informe favorable, de 9 de marzo de 2020, de la Comisión Ministerial de Administración Digital.

F) Informe de 10 de marzo de 2020 del Coordinador de la Unidad de Apoyo de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Consumo, en el que se concluye que el proyecto de Real Decreto no tiene incidencia en la unidad de mercado.

G) Consulta, de 29 de abril de 2020, a la Comisión Sectorial del Consejo de Políticas del Juego, recibándose las aportaciones de sus miembros hasta el 29 de mayo siguiente. Constan alegaciones de Castilla y León, Galicia, La Rioja, Cataluña, Aragón, Castilla-La Mancha y País Vasco.

H) Informe de 20 de mayo de 2020 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre el proyecto de Real Decreto (este documento no figura en la documentación remitida y ha sido obtenido de la página web de la CNMC). Una de sus conclusiones es la siguiente:

*“Establecimiento de un marco normativo uniforme para servicios audiovisuales y online. La CNMC recuerda que una buena regulación de las comunicaciones comerciales del juego, para proteger al público en general o a los colectivos vulnerables en particular, debe tener en cuenta la realidad del consumo audiovisual, en especial el auge del consumo de servicios online. La principal medida contemplada en el PRD para proteger a los menores de las comunicaciones comerciales de las actividades de juego es la restricción de este tipo de publicidad entre la 1 y las 5 de la madrugada, lo que es aplicable tanto a servicios de comunicación audiovisual como a servicios online de intercambio de vídeos, pero no se traslada enteramente a todo el universo de productos online a los que están expuestos los menores como consumidores. La CNMC plantea realizar limitaciones horarias similares al resto de servicios de la sociedad de la información (en particular, a la publicidad insertada en los buscadores, en la navegación Web, en los juegos online, o en las redes sociales)”.*

I) Nuevas versiones del proyecto de 30 de junio, 9 y 28 de julio de 2020, acompañados de la correspondiente MAIN actualizada a tales fechas.

J) Informe de 9 de julio de 2020 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, acompañando observaciones de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

K) Certificación de 23 de junio de 2020 de la Dirección General de Coordinación del Mercado Interior de la Secretaría de Estado para la Unión Europea del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, relativa a que el proyecto ha sido notificado a la Comisión y a los Estados miembros -con arreglo a la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información- sin que se hayan recibido observaciones ni dictámenes razonados dentro del plazo previsto para ello. Consta luego una segunda certificación del mismo órgano (ahora de 23 de julio de 2020) referida a que se había practicado, con posterioridad, una nueva comunicación, por el trámite de urgencia, al haberse introducido un nuevo plazo de entrada en vigor del futuro real decreto (al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*).

L) Informe del 19 de julio de 2020 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda donde se destaca que, frente a versiones anteriores del proyecto en las que se indicaba la inexistencia de impacto presupuestario, ahora se señala que habrá una menor recaudación en razón de las medidas adoptar, interesando que se aclare este cambio en la MAIN. Se adjunta también un informe de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) sobre el proyecto.

M) Informe favorable de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Consumo, de 28 de agosto de 2020.

N) Nuevo texto del proyecto, de fecha 28 de agosto de 2020, en el que se recogen las observaciones aceptadas hasta el momento, acompañado de la MAIN actualizada.

La memoria justifica la oportunidad de la propuesta (situación, objetivos y alternativas), su contenido y análisis jurídico, la adecuación al orden de competencias y el impacto económico y presupuestario (positivo sobre la economía general al promover la canalización de la oferta de juego y sin efecto en relación a la competencia, conteniendo nuevas cargas administrativas cuantificadas en 60.030 euros), estimándose positivos los impactos en materia de género, infancia y la adolescencia, aunque nulo en relación a la familia.

La MAIN (de 122 páginas) contiene un extenso y minucioso informe sobre la renovada incidencia de la futura norma en el ámbito del juego *online*, enfatizando el dato -novedoso respecto al proyecto de 2018- de que en relación al último año el Plan Nacional sobre Drogas reporta que un 10,3 % de los jóvenes entre 14 y 18 años han participado en juegos de azar *online*, ascendiendo en la modalidad de juego presencial al 22,7 %. Simultáneamente, se constata que el aumento de la inversión publicitaria en el sector ha vigorizado la incorporación de jóvenes hasta el punto de que el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, adoptó un modelo de restricción de la actividad publicitaria en su artículo 37 (*“Medidas de restricción a las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego regulada en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego”*), dadas las implicaciones de la declaración del estado de alarma en términos de movilidad y oferta de ocio disponible para los ciudadanos, para evitar la intensificación del consumo de juegos de azar en línea que podían derivar en conductas de consumo compulsivo o incluso patológico (especialmente para proteger a los menores de edad, adultos jóvenes o personas con trastornos de juego en un momento de mayor exposición), limitándose las comunicaciones comerciales que realizaban los operadores de juego de ámbito estatal desde el 4 de abril hasta el 10 de junio de 2020.

Se añade como justificación de la entrada en vigor inmediata de la disposición *“la situación extraordinaria sobrevenida derivada de la enfermedad COVID-19 a la luz de las finalidades tuitivas de la salud pública que orientan el proyecto”* al preverse *“como consecuencia del extraordinario incremento del desempleo producido”*, a lo que irá pareja una mayor probabilidad de adopción de conductas de juego y *“un aumento del riesgo de surgimiento o agravamiento de comportamientos de juego problemático o patológico”*.

Añade que la protección de menores de edad debe estar orientada a evitar la exposición intensa a la publicidad del juego, haciéndoles banalizar las implicaciones de la actividad. Los jóvenes adultos (que constituyen el tramo más numeroso de la demanda de jugadores activos) son los más expuestos a las nuevas tecnologías y a la naturaleza interactiva de los patrones de implicación en los juegos y apuestas *online*, resultando así que son los que *“registran un curso más acelerado de escalada hacia la generación de un problema de juego, lo cual, debido a su menor disponibilidad de renta en general, motiva un mayor traslado de dicho problema a la esfera familiar”*, todo lo cual debe orientar *“hacia el reforzamiento del estándar de protección”*. En cuanto a la relevancia cuantitativa de la inversión publicitaria de los operadores de juego, se estima por la MAIN que fue *“muy superior a 300 millones de euros en 2019, contando actividades promocionales”*.

Y, en tal estado de tramitación, dispuso V. E. la remisión del expediente al Consejo de Estado (acompañado de un índice numerado de documentos), en el que tuvo entrada el 28 de agosto de 2020, siendo solicitado como urgente.

Una vez en el Consejo de Estado, solicitaron audiencia ante el mismo -y les fue concedida-: ATRESMEDIA; Unión de Televisiones Comerciales en Abierto (UTECA); Asociación Española de Juego Digital (JDIGITAL); Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC); Asociación de Medios de Información (AMI); Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE); Electraworks Malta PLC (antes denominada Electraworks España PLC); MRG Spain PLC; Paula Carracedo (Political Intelligence), International Development Manager y MEDIASET.

El plazo para la presentación de las sucesivas alegaciones concedidas concluyó el día 2 de octubre de 2020.

Las extensas y detalladas observaciones remitidas versan -en primer lugar y de modo reiterado- sobre una eventual infracción del procedimiento de elaboración de normas en que habría incurrido el proyecto, destacando, especialmente, la omisión del obligado trámite de audiencia sobre su última versión, de 28 de agosto de 2020, a la vista de las modificaciones sustanciales que contiene respecto a versiones anteriores. Añaden algunos de los intervinientes que se habría omitido también una preceptiva nueva consulta a diversos órganos y entidades que ya se pronunciaron con anterioridad o que deberían hacerlo en todo caso (en especial la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pero incluyendo al Consejo Superior de Deportes y al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información). También destacan que resulta insuficiente la memoria económica, al no analizar el impacto de la norma en los operadores de juego.

En lo que se refiere a la regulación sustantiva de la futura norma, se critica la práctica prohibición de la publicidad del juego *online* que comporta la nueva regulación, habiendo quedado relegada a horarios imposibles, lo que ha de propiciar -entienden algunos- la proliferación del juego ilegal. Igualmente se critican los nuevos preceptos contenidos en el capítulo III del título I, relativo a las nuevas disposiciones específicas en función del canal de difusión publicitaria. Finalmente, se extienden sobre la afectación a los contratos vigentes que se produce por la ilicitud de las disposiciones transitorias del proyecto, colofón de todo lo cual se registra en la práctica una *“prohibición encubierta de la actividad publicitaria en el sector”*.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes consideraciones:

I El Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, emite el presente dictamen con carácter preceptivo, de acuerdo con el artículo 22.3 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, al tratarse de una disposición

reglamentaria que se dicta en desarrollo de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, especialmente en lo que respecta a sus artículos 4, 7 y 8 en lo referido a las comunicaciones comerciales de las actividades del juego.

La posibilidad de comparecer en petición de audiencia ante el Consejo de Estado por parte de los interesados en los expedientes (extremo sobre el que luego se volverá) está regulada en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 3/1980 y en el artículo 125.1 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

II El procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general se ha ajustado en su tramitación a las previsiones del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su nueva redacción tras las modificaciones registradas por la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo. Interesa detallar separadamente las diversas cuestiones planteadas en relación a este procedimiento.

#### A) El nuevo dictamen del Consejo de Estado

La construcción de la nueva norma remitida en consulta resulta, en realidad, un procedimiento dilatado en el tiempo que se inicia en 2015 y se retoma en 2017, concluyendo con el dictamen del Consejo de Estado número 783/2018, de 4 de octubre, sobre el que en su momento se denominó "*proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de Juego y de Juego Responsable*". Según da cuenta la nueva tramitación en la MAIN definitiva, respecto al dictamen del Consejo de Estado y sus observaciones (esenciales y no esenciales): "*han sido aceptadas en su totalidad en su versión sometida a información pública, nuevamente, en 2020*".

Interesa destacar que el actual dictamen se enlaza y coordina necesariamente con el mencionado pronunciamiento anterior en la medida en que una sustantiva parte de los contenidos del real decreto ya fueron

examinados en esta sede consultiva y no procede que vuelvan a ser analizados.

En efecto, según establece el dictamen número 699/2014, de 17 de julio:

*“b) El artículo 2.dos, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece que una vez consultada la Comisión Permanente del Consejo no se podrán emitir nuevos informes salvo por el Pleno. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 5 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.*

*Debe por tanto quedar claro ante todo que no cabe volver a dictaminar sobre un proyecto ya informado.*

*Por otra parte, debe también señalarse que la introducción o no en el texto final de modificaciones derivadas de un dictamen no requiere nuevo dictamen de este Consejo, tanto en cuanto a las observaciones esenciales como en cuanto a las restantes. La diferencia estriba en que si se desatiende alguna de las esenciales, el reglamento deberá aprobarse "oído" el Consejo de Estado, y si, en cambio, no se atienden las no esenciales, el reglamento se aprobará "de acuerdo" con el Consejo. Así resulta de lo previsto en el artículo 2.dos, último párrafo de la antes citada Ley Orgánica del Consejo de Estado.*

*c) Cabe en cambio -y hasta puede proceder- solicitar nuevo dictamen si aquello sobre lo que se consulta es un proyecto diferente al informado por el Consejo.*

*Debe no obstante observarse que en este tipo de situaciones, y por efecto de los antes citados artículos 2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y 5 de su Reglamento Orgánico, el dictamen debería solicitarse únicamente respecto de aquellos aspectos del proyecto novedosos no resultantes del dictamen ya emitido”.*

Y como también tiene declarado el Consejo de Estado en supuestos similares (dictámenes números 714/2013, de 19 de septiembre, entre otros, 1.609/2007, de 6 de septiembre .):

*“En caso de que se introdujeran modificaciones sustanciales en el texto (más allá de las propuestas en el presente dictamen), que, de acuerdo con la jurisprudencia, impusieran la emisión de un nuevo dictamen, deberá recabarse el nuevo dictamen en relación con esas modificaciones.”*

La Sentencia del Tribunal Supremo 650/2020, de 28 de febrero (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>; recurso n.º 405/2017) recuerda la jurisprudencia en la materia, a su vez contenida en la Sentencia de 20 de marzo de 2018, que concuerda con los dictámenes anteriores:

*“Por ello, es de aplicación la doctrina recientemente recordada en la sentencia de 20 de marzo de 2018 -recurso núm. 454/2016-:*

*«Por lo que respecta a la necesidad de reiterar el trámite de informe ante el Consejo de Estado también hemos descartado su necesidad en nuestras SSTs de 22 de diciembre de 2016 (rec. 177/2013) y de 9 de mayo de 2017 (rec. 368/2016) argumentando que:*

*“Este motivo de impugnación, que se basa en la alegación de que la versión final del Real Decreto 1074/2015 contiene modificaciones sustanciales que no fueron objeto del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, que son por ello nulas de pleno derecho, no puede ser acogido.*

*En efecto, esta Sala descarta que las modificaciones introducidas en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 1074/2015, en relación con la redacción dada a los apartados 2 y 4 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, con posterioridad a haberse emitido el dictamen del Consejo de Estado (19 de noviembre de 2015), determinen -tal como propugna la Asociación recurrente- la necesidad de remitir nuevamente el texto del proyecto al Consejo de Estado con el objeto de que emita un dictamen complementario*

*del anterior, para cumplir con la exigencia de consulta contenida en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.*

*Al respecto, cabe señalar que no apreciamos que las modificaciones del texto tengan el carácter sustancial que se les atribuye, en la medida que no comportan una alteración significativa de los principios que inspiran la reforma del sistema de información de los puntos de suministro tanto en lo que concierne a la determinación del alcance de la prohibición de acceder a los datos identificadores del consumidor, como a la regulación de los requisitos exigidos para que comercializadores distintos a aquel con el que se tenga contratado el suministro puedan acceder a los datos de los clientes.*

*También rechazamos que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 1074/2015, se hayan vulnerado las garantías formales enunciadas en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.*

*Procede recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial formulada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 3 de junio de 2008 (RCA 67/2006), no procede apreciar la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la impugnación de disposiciones generales, por el hecho de que se hayan introducido, al aportar definitivamente la norma, modificaciones sobre el texto del proyecto inicial, cuando son consecuencia lógica de la tramitación del procedimiento de elaboración del Reglamento, que corresponden a propuestas realizadas en el trámite de audiencia o a observaciones sugeridas por los Organismos Consultivos en los informes o dictámenes que emitan". ( STS de 9 de mayo de 2017)»."*

Se trata, pues, aquí (y en estricta atención de la invocada jurisprudencia) de la emisión de un "dictamen complementario" sobre las "modificaciones sustanciales" habidas respecto al anterior dictamen número 783/2018, de 4 de octubre, (sobre las que más adelante se volverá en detalle), sin perjuicio de consideraciones adicionales que ha de merecer el proyecto en su conjunto para el más adecuado análisis de la regulación que se acomete.

B) El trámite de audiencia sobre la última versión del proyecto

Y es este punto donde llaman la atención -de forma concorde y reiterada- las entidades intervinientes en el trámite de audiencia ante el Consejo de Estado sobre el extremo de que, habiendo modificaciones sustanciales en el texto, en su versión de febrero de 2020, se ha omitido el que debiera ser preceptivo nuevo trámite de audiencia sobre el texto de 28 de agosto de 2020.

Debe recordarse en este punto que el artículo 105 de la Constitución prevé que la ley regulará *"la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"* (párrafo a). En cumplimiento de este precepto, el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece: *"Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición (...). Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan"*.

El Consejo de Estado señaló al respecto de la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general (dictamen 477/2011, de 28 de abril) lo siguiente:

*"La falta de audiencia no vicia de nulidad la norma reglamentaria. Por este motivo no se ha hecho uso de la facultad de recabar este trámite como antecedente (artículo 18.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado). Ahora bien, a juicio de este Alto Cuerpo Consultivo hubiese sido muy conveniente practicar tal audiencia, pues ello no solo habría favorecido la participación de los afectados en el procedimiento de aprobación de la norma reglamentaria, acorde con el espíritu del precepto constitucional, sino que habría podido enriquecerla con los puntos de vista y con las*

*observaciones que, en su caso, se hubiesen remitido a la Administración. Ha de tenerse presente en sucesivos proyectos normativos”.*

Más allá de la conveniencia de haber procedido a verificar esa audiencia en el presente caso, lo cierto es que la situación dista de presentar una carencia como la expuesta, habida cuenta de que se han verificado varias consultas públicas en el tiempo (en tres ocasiones: 2015, 2017 y 2020), prueba de lo cual es que gran parte de las entidades que formulan tales críticas han comparecido en reiteradas ocasiones en defensa de sus legítimas posiciones, formulando cuantas observaciones han estimado oportunas.

En efecto, por lo que a la tramitación final seguida en el tercer procedimiento de elaboración de la norma (el de 2020), puede comprobarse como, sobre el actual texto del proyecto de norma (bien que en su versión inicial de 24 de febrero de 2020, de las sucesivas que figuran en antecedentes), se practicó el trámite de información pública referido en el artículo 133.2 de la LPAC, con las múltiples observaciones que se indican. Destacar aquí que la inusual extensión del referido período de alegaciones (desde el 24 de febrero al 2 de junio de 2020) fue debida a la interrupción del plazo en virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Ya se manifestó el Consejo de Estado en el dictamen 783/2018, de 4 de octubre, (recuérdese que sobre este mismo proyecto en una versión anterior) señalando lo siguiente:

*“Se han respetado los trámites previstos para la elaboración de normas reglamentarias por el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su redacción por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*

*... También se dio audiencia e información pública del proyecto a través de la página web del ministerio proponente...”.*

Y tampoco puede olvidarse la doctrina contenida en el dictamen 1.490/2007, de 26 de julio:

*“...si bien es concebible que el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general pudiera quedar desnaturalizado por una posterior transformación radical del proyecto, ello no quiere decir que una vez evacuado dicho trámite sea jurídicamente imposible introducir en el texto de la disposición modificaciones de importancia, siempre que dicha introducción quede debidamente justificada en el expediente”.*

Enlaza naturalmente la doctrina del Consejo de Estado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, pudiendo invocarse (entre otras muchas que precisamente cita la propia sentencia) la de 12 de abril de 2019 (Sala 3.ª, Sección 3.ª, recurso n.º 58/2017):

*“En la STS 23 de enero de 2013, recurso 589/2011, dijimos lo siguiente:*

*“... es indudable que, desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 de la Ley 50/1997), y que los trámites ahí contemplados constituyen límites formales de dicha potestad y habilitan para el control judicial de su ejercicio, atribuido el artículo 106 de la Constitución, en relación con el 26 de la Ley 50/1997 y el 1o de la 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción.*

*Por lo que se refiere a la omisión de trámites, la jurisprudencia de esta Sala (contenida, entre otras, en las sentencias de 10 de octubre de 1991 (recurso 658/1990), 14 de octubre de 1992 (recurso 4484/1990), 15 de octubre de 1997 (recurso 1483/1993), 17 de marzo de 2000 (recurso 2686/1996), 19 de febrero de 2002 (recurso 184/1999), 28 de diciembre de 2005 (recurso 5129/2002), 24 de febrero de 2010 (recurso 6861/04) y 6 de julio de 2010 (recurso 446/2008), subraya 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.*

*De modo que por lo que se refiere a los informes preceptivos, afirma la citada sentencia de 23 de enero de 2013 , debemos atender 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.*

*Por ello, solo cuando la omisión de trámites del procedimiento previsto 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. Esta finalidad se traduce en una garantía ad extra, en la que se inscriben tanto la audiencia a los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y en una garantía interna, encaminada a asegurar tanto la legalidad como el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997 ( SSTS de 13 de noviembre de 2000 , rec. 513/1998, de 23 de septiembre de 2003 , rec. 43/2002, de 26 de septiembre de 2003 , re. 46/2002, de 29 de septiembre de 2003 , rec. 45/2002, de 17 de diciembre de 2004 , rec. 2371/2001 , y de 6 de mayo de 2009 , rec. 1883/2007 ).*

*Por tanto, 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 concurran en cada caso en cada una de las disposiciones en las que se obliga a cumplir con este procedimiento, exigencia que compete respetar a quienes elaboren la norma, y en ello influirán de modo decisivo el objeto de cada disposición y las finalidades que cada una cumpla (STS de 6 de mayo de 2009, rec. 1883/2007)”.*

Resulta así en el caso presente 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.

Entiende el Consejo de Estado que la ponderación entre las nuevas reglas propuestas -sin duda severas, pero motivadamente necesarias- y el superior bien jurídico protegido por la regulación, debe inclinarse en favor de este último, al hallar su fundamento final en la protección de los menores, como también se declaró en el dictamen número 783/2018:

*“La Constitución asegura en diversos preceptos la protección de los menores (artículos 20.4, 39.2 y 51, en cuanto consumidores). El preámbulo*

*del proyecto alude a la protección de los menores y la regula después como principio en su artículo 11. La Unión Europea está avanzando, en fin, normativamente en esta dirección partiendo de la Recomendación de la Comisión Europea de 14 de julio de 2014”.*

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.

#### C) Los demás informes obrantes en el expediente

Constan también en el procedimiento de elaboración de la norma los informes de los ministerios sectoriales involucrados en la medida y la consulta a las comunidades autónomas. Reseñar que dicha consulta tuvo lugar, primero, de una forma directa (mediante comunicación de 26 de febrero de 2020) y, adicionalmente, a través de la Comisión Sectorial del Consejo de Políticas del Juego (donde orgánicamente están representadas), recibándose luego las aportaciones de sus miembros. No debe olvidarse que el expediente queda completado con las aportaciones de todos los órganos que fueron consultados en las versiones anteriores del proyecto, referidos en el dictamen número 783/2018 y reiterados en la MAIN final.

Se contienen en el expediente las sucesivas versiones del proyecto, así como la memoria del análisis de impacto normativo, con el detalle del alcance regulador de su contenido y la información sobre la repercusión económica de la medida, conteniendo también el preceptivo informe de impacto de género (exigido por la Ley 50/1997, artículo 25, apartado 3.º, letra f), así como el de impacto en materia de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Real Decreto

931/2017, de 27 de octubre) y en la familia (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, disposición final quinta). Del mismo modo se considera que el proyecto tiene un positivo impacto en la infancia y la adolescencia (ídem, Ley 26/2015).

Se ha objetado por alguno de los intervinientes el insuficiente alcance de la memoria económica, extremo que no comparte el Consejo de Estado en la medida en que se describe con razonable suficiencia cuál sea el nivel de afectación económica presupuestaria que deriva del presente proyecto, el cual no plantea ninguna objeción a los departamentos que han intervenido, más allá de la lógica preocupación expresada por el Ministerio de Hacienda (que luego no ha trascendido más allá de su pura mención) al extremo de que habrá una menor recaudación en razón de las medidas a adoptar. No puede objetarse que ha de producirse un nivel de afectación económica importante a los operadores afectados y quizás, en este punto, hubiera sido deseable una mayor aproximación a tales cifras (siquiera por estimación) en la MAIN y la documentación adjunta, aunque no por faltar una evaluación detallada de tal extremo (más allá de mencionar que existe una inversión superior a 300 millones de euros en estas actividades en 2019), podría impedirse una actuación del género de la aquí planteada, habida cuenta de que resulta lógico pensar que una limitación en las comunicaciones comerciales del juego redunde negativamente en los prestadores de tales servicios.

Han intervenido los Departamentos ministeriales coproponentes (Consumo y Sanidad), así como -también favorablemente- las respectivas Secretarías Generales Técnicas, todo ello de conformidad con el artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. También se ha informado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El rango reglamentario de la disposición pretendida es el de real decreto, debiendo dictarse una norma de dicha clase a tenor de la habilitación específica contenida en el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, estableciendo la disposición final segunda de la misma norma legal:

*"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".*

También, de conformidad con lo dispuesto por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, y por el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, el proyecto fue notificado a la Comisión Europea (en dos ocasiones, habida cuenta de las modificaciones registradas en cuanto a su entrada en vigor).

III Como se indicara con ocasión del anterior dictamen número 783/2018 en relación a la regulación del juego en nuestro ordenamiento jurídico, se contiene hoy fundamentalmente en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, especialmente en sus artículos 7 y 8 por lo que a las comunicaciones comerciales se refiere. Como se dijo allí:

*"Esta ley contiene una serie de habilitaciones específicas al desarrollo reglamentario, entre las que cabe destacar la que se establece en su artículo 7.2, del siguiente tenor:*

*"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: a) El envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente, que sólo será posible si ha sido previamente autorizado por su destinatario, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. b) La inclusión de anuncios u otras modalidades publicitarias de los juegos en medios de comunicación y otros soportes publicitarios. c) La actividad de patrocinio en acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas. d) La inserción de carteles publicitarios de actividades de juego en los lugares en que se celebren*

*acontecimientos cuyos resultados sean objeto de apuestas o loterías. e) El desarrollo de los concursos televisivos y las obligaciones de información sobre los requisitos esenciales del juego. f) Cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente".*

*Su disposición final segunda, con carácter general, establece:*

*"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".*

De lo expuesto se desprende que tanto en virtud de estas habilitaciones como por la originaria potestad reglamentaria que el artículo 97 de la Constitución concede al Gobierno, resulta adecuado el rango de real decreto del proyecto sometido a consulta y se considera que este tiene base legal suficiente.

**IV** Por lo que se refiere al fondo de la regulación propuesta, se pretende con ella regular las comunicaciones comerciales de las actividades de juego, concebida como una actividad lícita a la que se establecen una serie de limitaciones para el ejercicio profesional de la actividad, la cual queda sujeta a autorización y título habilitante.

Por comunicación comercial podemos entender toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (concepto legal contenido, por ejemplo, en el anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

La finalidad de la nueva norma es sensiblemente tuitiva, según su propia MAIN indica, se trata de proteger los intereses de carácter público que concurren en la aplicación de tales comunicaciones comerciales en el ámbito de las actividades del juego: protección de menores de edad y grupos vulnerables, prevención de la adicción al juego y otros riesgos relacionados con el juego, así

como protección de consumidores y usuarios. Igualmente, se dirige a completar y actualizar la regulación del mercado de juego de ámbito estatal, dotando de mayor seguridad a los operadores de juego mediante reglas transparentes y uniformes, no discriminatorias. Trata, en definitiva, de limitar la exposición de la ciudadanía -y en particular de los colectivos antes mencionados- a la publicidad de juegos y apuestas.

Junto a los objetivos indicados, se acomete la tarea de completar y actualizar la regulación del mercado de juego de ámbito estatal, dotando de mayor seguridad jurídica a los operadores de juego mediante la aplicación de reglas transparentes y uniformes, no discriminatorias. Por fin, se trata de reforzar y adecuar el seguimiento, control y régimen sancionador en las materias reguladas, fomentando la corregulación.

No resulta ajena a la línea protectora indicada la intervención del Defensor del Pueblo, de 14 de mayo de 2019, con la que cierra su actuación de oficio de 29 de noviembre de 2018 en relación al asunto de *“Proliferación y publicidad intensa de anuncios de casas de apuestas”*, formulando las siguientes recomendaciones en relación, precisamente, a este proyecto de Real Decreto:

*“a) Incluir una referencia expresa el juego en línea (on line) y ajustar la regulación a la presencia de esta modalidad;*

*b) Estudiar, en cooperación con las comunidades autónomas, la prohibición total de la publicidad relacionada con el juego y las apuestas, incluida la promoción comercial de marcas o evento sobre juego y apuestas, en los medios de comunicación, radio, televisión e internet, salvo las loterías y apuestas de la Administración del Estado y de la Organización de Ciegos Españoles (ONCE).*

*c) Alternativamente, aumentar las franjas horarias en que la publicidad queda prohibida, de modo que alcancen los horarios infantiles; y prohibir la utilización publicitaria de la imagen de personas con notoriedad pública;*

*d) Previsión y sobre todo desarrollo y efectiva implantación de medidas preventivas;*

e) *Implantar una efectiva inspección y control, posiblemente mediante los consejos de lo audiovisual*".

Respecto al proyecto de 2018 cumple indicar que se ha omitido la mención del juego responsable en el título de la futura norma (de donde ha desaparecido, aunque sigue figurando en el segundo lugar del objeto a regular en su artículo 1), que se centra en las comunicaciones comerciales de las actividades del juego. Las políticas de juego responsable (junto a la protección de consumidores y usuarios) se tratarían en cualquier caso de "*acciones transversales*" (así las recoge el preámbulo) que vienen a incidir sobre las mismas finalidades y colectivos, insertándose, además, en el marco mucho más amplio de la responsabilidad social corporativa.

El dictamen número 783/2018 se extendió -entre todos los demás aspectos que forman el núcleo de la regulación pretendida-, fundamentalmente, sobre el ámbito subjetivo de la nueva regulación; la autoprohibición y autoexclusión; los donativos u otras ventajas económicas por la realización de apuestas; la difusión audiovisual de comunicaciones comerciales de apuestas y la facultad de desarrollo normativo.

Visto lo expuesto, y habida cuenta del reseñado carácter complementario del presente dictamen respecto al ya emitido, procede ahora examinar cuáles sean las novedades de la nueva norma en relación con la que ya fuera dictaminada en su día, habida cuenta de que la MAIN actual destaca la necesidad de "*intensificar el estándar de protección*", lo que, en todo caso, debe ser siempre compatible con el obligado respeto al principio de legalidad.

En relación con tales novedades (y la crítica de algunos intervinientes al hecho de que terminen plasmándose sobrevenidamente en el proyecto en su última versión), conviene recordar la doctrina tradicional del Consejo de Estado al respecto, pudiendo citarse el dictamen número 1.490/2007, de 26 de julio:

*"... si bien es concebible que el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general pudiera*

*quedar desnaturalizado por una posterior transformación radical del proyecto, ello no quiere decir que una vez evacuado dicho trámite sea jurídicamente imposible introducir en el texto de la disposición modificaciones de importancia, siempre que dicha introducción quede debidamente justificada en el expediente”.*

Resultan de lo anterior una serie de cuestiones que deben ser objeto de nuevo análisis, destacando en este orden de novedades (además del propio nombre del proyecto) sustancialmente las siguientes:

- a) Artículo 3, en cuanto a los nuevos conceptos incluidos en las definiciones (comunicación comercial a través de medios presenciales; personas pronosticadoras de apuestas; redes sociales en línea; servicios de comunicación audiovisual; servicios de intercambio de videos a través de plataforma y servicios de la sociedad de la información).
- b) Artículo 6, en lo referido a la exigencia de realizar de manera efectiva actividades de juego en España.
- c) Artículo 7.3, en cuanto a la prohibición referida al empleo por los operadores de las marcas o nombres comerciales en determinadas circunstancias.
- d) Artículo 12.3, que contiene una nueva regulación del régimen del patrocinio.
- e) Artículo 17, sobre comunicaciones comerciales a través de medios presenciales.
- f) Artículos 23 a 26, sobre comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información; a través de correo electrónico u otros medios equivalentes; reglas de difusión de comunicaciones comerciales en servicios de intercambio de videos a través de plataforma; reglas específicas sobre

comunicaciones comerciales en redes sociales y relativas a comunicaciones comerciales emitidas por personas pronosticadoras de apuestas.

- g) Artículo 27, relativo a los pronosticadores de apuestas.
- h) Disposiciones adicionales, transitorias y finales, referidas a los nuevos preceptos.

Procede su examen separado, sin perjuicio de otros preceptos conexos a los anteriores que surgirán al hilo de su análisis.

En el **preámbulo** convendría, en todo caso, realizar un atento repaso para eliminar (de lo que se ha añadido como novedoso después del proyecto sometido a dictamen de 2018) ciertas referencias que revisten más un tono coloquial o periodístico que debe quedar ajeno al lenguaje jurídico y riguroso que debe presidir una norma jurídica. Así, por ejemplo, las menciones de “*la mayor parte del arco parlamentario*” o la expresión “*desde la esfera estatal*” que se encuentran en el apartado III, en los párrafos finales antes del iniciar el apartado IV.

Por lo que se refiere al **artículo 3** (“*Definiciones*”) y más allá de ajustes puntuales de denominación respecto a los conceptos precedentes que ya fueron examinados con ocasión del dictamen número 783/2018 (por ejemplo en cuanto a las nociones de “*autoexclusión*” y la “*autoprohibición*” donde ahora se habla de “*persona*” donde antes se decía “*usuario*” o “*ciudadano*”) o de mayor precisión de conceptos como el de “*comunicación comercial*” (letra g), las innovaciones tienen que ver con la lógica sistemática de la última versión del real decreto, donde ahora se han incluido la “*comunicación comercial a través de medios presenciales*” (letra h); las “*personas pronosticadoras de apuestas*” (letra l); las “*redes sociales en línea*” (letra n) y los “*servicios de comunicación audiovisual*”, “*servicios de intercambio a través de plataforma*” y “*servicios de la sociedad de la información*” (letras ñ, o y p, respectivamente). No debe olvidarse tampoco que la mención “*juego responsable*” (letra i) se

contempla como sinónima o equivalente de “*juego seguro*”, conceptos muy reiterados a lo largo de todo el texto.

Resulta así una nueva noción de “*comunicación comercial a través de medios presenciales*” que guarda lógica correlación con el también nuevo artículo 17 en el que se examina su régimen jurídico (sobre el que luego se volverá) y que tiende a la descripción enumerativa, y no exhaustiva, de los casos que pueden verse conceptuados como tales supuestos de comunicación comercial.

En cuanto a las “*personas pronosticadoras de apuestas*” se incluyen quienes se dedican a realizar pronósticos deportivos, otra de las innovaciones del proyecto, luego examinado en el artículo 27, en cuanto a las reglas específicas sobre las comunicaciones comerciales que pueden emitir tales pronosticadores.

Por fin, el grupo de las últimas cuatro definiciones señaladas (letras n, ñ, o y p del artículo 3) se dedica a lo que califica el expediente como la principal modificación del proyecto, consistente en la inclusión de las comunicaciones comerciales en el entorno digital. Aquí existen dos grupos de nuevos conceptos: el de las redes sociales en línea y los otros tres tipos de servicios. El primero describe en qué consiste la nueva situación, perfila sus contenidos excluyendo ciertas circunstancias (“*no se consideran redes sociales en línea aquellas plataformas en línea cuya actividad principal es la compartición o publicación de contenidos o información sobre las actividades de juego definidas en la Ley 13/2011*”) y a estas últimas excluidas las considera una página web.

Los servicios de comunicación audiovisual, los de intercambio de videos a través de plataforma y los de sociedad de la información han sido conceptuados mediante el reenvío a sus respectivos grupos normativos reguladores. Puede tener ello un sentido lógico para los servicios de comunicación audiovisual o los de sociedad de la información, que suponen un variado elenco en cada uno de los casos (artículos 2.2 de la Ley 7/2010 y anexo de la Ley 34/2002, respectivamente), pero en el supuesto de los servicios de

intercambio de videos a través de plataforma hubiera sido más acorde con la obligada seguridad jurídica que tiene que proyectar una definición (contribuir a conocer con exactitud aquello que se define), seguir directamente el contenido de la definición de la Directiva 2018/1808 -sin perjuicio de citarla en todo caso- habiéndose debido decir con más propiedad que son aquellos que constituyen *“un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación”*.

El **artículo 6**, en su apartado 1.b), y dentro del régimen de la sujeción a la autorización previa de las comunicaciones comerciales, introduce una novedad al exigir ahora que, para la realización de dichas comunicaciones, el operador deberá no solo contar con la correspondiente autorización contenida en el título habilitante (lo que resulta un presupuesto jurídico lógico de la actividad), sino que debe *“realizar de manera efectiva actividades de juego en España”*. Pese a la novedad de ese apartado, lo cierto es que parece una natural correspondencia con el subsiguiente apartado 2 del mismo artículo 6 que exige -y ya exigía en el borrador sobre el que se pronunció el dictamen número 783/2018- que no podrán realizarse comunicaciones comerciales dirigidas a residentes en España por entidades que no tenga título habilitante para ofrecer actividades de juego en España. Si se exigía este título para estas actividades en España, no resulta desproporcionado precisar ahora que dichas actividades de juego en España deben realizarse de modo efectivo, estableciendo una vinculación entre ambos extremos.

El **artículo 7** regula el principio de identificación de las comunicaciones comerciales y el anunciante, e introduce ahora la prohibición -

en su apartado 3- de que los operadores utilicen marcas, o nombres comerciales para identificarse y diferenciarse de otros operadores *“sin que estas sean de su propiedad o del grupo empresarial al que dicho operador pertenece”*, quedando excluidas de la prohibición *“las comunicaciones comerciales sobre juegos específicos comercializados por un operador”*.

La parte primera del precepto no parece contener novedad jurídica alguna, puesto que resulta ser un recordatorio reglamentario -para el ámbito de las comunicaciones comerciales de las actividades de juego- de un precepto legal -contenido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas-, hallándose de suyo prohibida una actuación de tal clase a tenor del derecho exclusivo que confiere a su titular el registro de una marca, de conformidad con el artículo 34.1 de la referida norma legal. En su virtud, el titular de dicha marca registrada estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios en los casos del artículo 34.2 de la Ley de Marcas.

La parte segunda del precepto (*“Quedan excluidas de esta prohibición las comunicaciones comerciales sobre juegos específicos comercializados por un operador”*) resulta extraña y confusa, puesto que si los juegos comercializados por un operador se entiende que son lícitamente gestionados, no habrá duda de que pueda emplearlos en el tráfico puesto que tiene habilitación para ello (por tener la marca o por tener una autorización del titular de la marca). En tal caso sería redundante e innecesaria tal previsión, sin alcanzarse a apreciar otra diferente. Por todo lo cual sería recomendable la simple supresión de esta frase.

El **artículo 12** (en sus apartados 3 y 4) introduce una relevante novedad al prohibir las 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 se permitirá -dice el proyecto- que las actividades de patrocinio puedan implicar la sustitución o adición al nombre del equipo o competición deportiva o de cualquier otra entidad ajena a los juegos de azar y las apuestas del nombre o la

denominación comercial de un operador. A ello se añade (apartado 4) que tampoco admite el patrocinio en camisetas o equipaciones deportivas.

Respecto a la redacción inicial del precepto en 2018, ciertamente supone una ampliada e importante incidencia en las actividades de patrocinio, entonces ya existente en los otros apartados que presenta el precepto: prohibición de la utilización de la imagen de marca o nombre en eventos, bienes o servicios diseñados para menores o destinados a ellos, prohibiendo el patrocinio de actividades y acontecimientos deportivos o retransmisiones dirigidos a menores de edad.

La potestad administrativa que se emplea (a la que el Consejo de Estado no se opuso en la redacción de 2018) constituye en realidad una modulación ajustada a la habilitación contenida en el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, cuando señala que, reglamentariamente, se establecerán los límites a la actividad publicitaria, vinculándose en este caso al patrocinio, limitado especialmente en los supuestos que afectan a personas menores de edad. Intensificar el régimen protector ampliándolo a los supuestos del apartado 3 y 4 (uso del nombre en instalaciones deportivas, en nombres de equipos y competiciones o en camisetas o equipaciones deportivas) parece una prolongación exhaustiva del régimen general de prohibición previsto en el apartado 1 (prohibición en “*eventos, bienes o servicios diseñados para menores de edad*”), previéndose un régimen de adaptación en la disposición transitoria segunda.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que se combina la nueva ordenación jurídica con un período transitorio (disposición transitoria segunda del proyecto) que debe servir para que se produzca una adaptación a los nuevos dictados del real decreto. No hay afectación a la seguridad jurídica en la medida en que la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 126/1987, 173/1996, 150/1990 y 197/1992, entre otras) establece que el principio de la aplicación de la nueva norma a situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, tales como los contratos que pudieran resultar vigentes a la entrada en vigor de la norma proyectada, tampoco resultaría afectada, pues se ha realizado una ponderación de bienes entre los imperativos que conducen a una

modificación del ordenamiento jurídico y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares. En este sentido, tal y como recoge el preámbulo del proyecto, como los apartados correspondientes de su MAIN, la finalidad de las regulaciones publicitarias que se adoptan en el mismo va dirigida a disminuir el impacto negativo que esta publicidad pudiera tener en colectivos vulnerables.

El **artículo 13**, referido a las actividades de promoción, modifica la redacción del precepto para prohibir -en principio- cualquier forma de promoción destinada a la captación de clientes, añadiendo nuevos párrafos a la redacción de 2018, que no se altera, sino que se desarrolla y profundiza terminológicamente (extremo muy común en diversas partes de esta norma, quizás debido a la reiterada serie de borradores y propuestas sobre cuestiones largamente consideradas). En lo relativo a bonos e iniciativas promocionales se prohíben por parte de jugadores de riesgo, autoexcluidos o autoprohibidos, estableciendo sus condiciones de funcionamiento, limitando en todo caso el ofrecimiento de actividades promocionales.

La redacción de este precepto no es afortunada: el primer párrafo es excesivo y no se coordina con la redacción de los siguientes párrafos, donde se contienen exclusiones a la aparente prohibición absoluta. No se corresponde lo que se dice con la forma en que se dice: parece que se prohíbe todo, cuando a continuación se enuncian excepciones. Sería conveniente una nueva formulación que, manteniendo el sentido buscado, no parezca más severo o excesivo el mandato de lo que realmente es.

El **artículo 17** (*“Comunicaciones comerciales a través de medios presenciales”*) inicia un capítulo III (*“Disposiciones específicas en función del canal de difusión publicitaria”*), que resulta igualmente novedoso en su aparición (puesto que el título I contaba solo con tres capítulos en 2018 y ahora tiene cuatro). Es en este nuevo capítulo donde se insertan la mayor parte de las novedades que luego se examinarán.

Centrados en este artículo 17, su contenido se dirige, en primer lugar, hacia una cuestión de índole competencial vinculada al objeto de la

norma. Se sujetan los operadores de juego de la Ley 13/2011 (excepto los de la reserva legal de la disposición adicional primera de la norma legal: ONCE y SELAE) a los requisitos que sobre publicidad de juego establezca la normativa autonómica de juego respecto de sus propios operadores. Existen luego dos excepciones objetivas: las comunicaciones realizadas dentro de instalaciones deportivas en virtud de un patrocinio y las que se produzcan en medios impresos de ámbito estatal especializados en juego. Se prohíben, finalmente, las comunicaciones comerciales a través de correo postal.

Más allá de la natural sujeción administrativa de las actividades presenciales al ordenamiento jurídico autonómico en el que tengan lugar y del recordatorio del régimen específico de los operadores de juego reservado (ONCE y SELAE), extremos ambos que hubieran podido, incluso, considerarse innecesarios, puesto que se podrían extraer sin dificultad de las disposiciones normativas generales, sí tienen su ámbito propio las excepciones objetivas descritas y la prohibición de comunicaciones postales, sin que nada haya que objetar al respecto.

Los **artículos 18 y 19** ofrecen coordinadamente una restricción general de emisión de comunicaciones comerciales que únicamente podrán permitirse entre las 01:00 y las 05:00 horas (sin perjuicio de las especialidades luego moduladas en la norma), extremo vinculado, en parte, a la observación esencial formulada por el Consejo de Estado en su dictamen número 783/2018, habiéndose realizado una valoración de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas fundadas en los motivos detallados en la MAIN de este proyecto, la cual ha tenido en cuenta de forma pormenorizada y exhaustiva todas las circunstancias que determinan el nuevo modelo regulatorio que se propone de futuro.

En este punto conviene resaltar, de modo introductorio al grupo normativo que se regula con estos preceptos, que -frente a lo alegado por algunos intervinientes en relación con una presunta infracción de la normativa audiovisual- la materia predominante desde el punto de vista de la acción administrativa es la relativa al juego, no la referente a la comunicación audiovisual o por internet. Resulta en extremo importante lo indicado, puesto

que la competencia sobre el juego arrastra la competencia sobre la publicidad del juego. Y aquí se ejerce la competencia sobre publicidad del juego prevista en los artículos 7 y 8 de la Ley 13/2011, ante la que deben ceder las demás materias. En definitiva, regular el juego comporta regular derivadamente las cuestiones atinentes a su publicidad, sea esta presencial, audiovisual o por correo electrónico de modo que no puede dissociarse el núcleo central de la materia (el juego) de las formas en que se presenta y ordena.

Lo anterior resulta con claridad de la Sentencia de 27 de julio de 2017 del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>, recurso n.º 618/2015). En la misma se analiza el fundamento competencial estatal -en especial tras la STC 35/2012, de distribución de competencias en materia de juego- a propósito del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 de octubre de 2014 (que había desestimado el recurso interpuesto frente al Decreto 55/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la publicidad del juego en la Comunidad Valenciana, donde se contenía -entre otras modalidades- la publicidad por internet). Establece la sentencia (FJ 3):

*“De las dos competencias que el Estado aduce como sustento de su reclamación competencial (la de telecomunicaciones y la de publicidad) es preciso descartar en primer lugar la de telecomunicaciones, manifiestamente desconectada del objeto del Decreto valenciano y del precepto en concreto impugnado. 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”.*

Sobre las restricciones al modelo de publicidad del juego dice mucho el extremo de que (en la más reciente regulación del estado de alarma) se haya insertado el artículo 37 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que se dedica a este preciso ámbito de actividad -expresamente referido a las medidas de restricción a las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego regulada en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego- dadas las implicaciones de la situación en términos de movilidad y oferta de ocio disponible para los ciudadanos, para evitar la intensificación del consumo de juegos de azar en línea que podían derivar en conductas de consumo compulsivo o incluso patológico (especialmente para proteger a los menores de edad, adultos jóvenes o personas con trastornos de juego en un momento de mayor exposición), limitándose las comunicaciones comerciales que realizaban los operadores de juego de ámbito estatal durante su aplicación.

Establece el indicado artículo 37 en su apartado 4:

*“4. Durante el tiempo de vigencia de la declaración del estado de alarma realizada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, las entidades referidas en el apartado 1 no podrán realizar las siguientes actuaciones:*

*a) Actividades de promoción dirigidas a la captación de nuevos clientes o de fidelización de clientes existentes que recojan cuantías económicas, bonos, bonificaciones, descuentos, regalos de apuestas o partidas, multiplicadores de cuotas o premios o cualquier otro mecanismo similar.*

*b) Emisión de comunicaciones comerciales en los servicios de comunicación audiovisual referidos en el artículo 2.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, incluidos los servicios a petición cuando aquellas sean distinguibles y separables, excepto en la franja horaria comprendida entre la 1 y las 5 de la mañana.*

*c) Emisión de comunicaciones comerciales que se comercialicen, vendan u organicen por prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas definidos como tales en la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se*

*modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, excepto en la franja horaria comprendida entre la 1 y las 5 de la mañana.*

*d) Emisión de comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información (incluidas comunicaciones individualizadas en correos electrónicos o medios equivalentes y redes sociales)”.*

Visto lo anterior y volviendo al articulado del futuro proyecto, en el caso del artículo 18 alguno de los intervinientes señala que la solución propuesta supone en la práctica la prohibición de la publicidad del juego, debiendo mantenerse este en las franjas horarias actuales (proponiéndose otras en muchos de los casos). No se comparte esta crítica, toda vez que se podrá seguir haciendo publicidad en las franjas horarias habilitadas y en la forma prevista, bien que reduciéndose a las mismas, precisamente por la especial necesidad de protección que dimanan del género de difusión publicitaria aquí planteada. Frente a la prohibición general (solicitada por diversos intervinientes en el procedimiento de elaboración de la norma), se ha adoptado una importante restricción de las comunicaciones comerciales, pero están, no quedan ni impedidas ni eliminadas.

Conviene recordar en este punto que señaló la CNMC en su último informe (sobre una versión del proyecto de real decreto anterior a la actual) que la principal medida contemplada en la futura norma para proteger a los menores de las comunicaciones comerciales de las actividades de juego es la restricción de esta publicidad entre la 1 y las 5 de la madrugada, lo que es aplicable tanto a servicios de comunicación audiovisual como a servicios *online* de intercambio de vídeos, debiendo trasladarse “*a todo el universo de productos online a los que están expuestos los menores como consumidores*”, planteándose, precisamente, la realización de limitaciones horarias similares al resto de servicios de la sociedad de la información (en particular, a la publicidad insertada en los buscadores, en la navegación web, en los juegos *online* o en las redes sociales).

En el caso del artículo 19 (comunicaciones comerciales durante acontecimientos en directo en servicios de comunicación audiovisual) se trata de no incentivar comportamientos de juego irreflexivo en momentos particularmente propicios como la retransmisión de encuentros en directo. Ciertamente existen importantes críticas al sistema de bandas horarias (que puede ser adecuado para las televisiones en abierto, donde no existen sistemas de control parental, pero no lo es tanto para las plataformas de servicios de comunicación audiovisual de pago, donde sí podrían establecerse tales mecanismos de control por los padres), pero resulta necesario establecer un modelo de control similar para todos los servicios de comunicación audiovisual de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. Así por ejemplo, el hecho de que esta Ley 7/2010 establezca en su artículo 7.2 un sistema de franjas horarias de comunicaciones audiovisuales en general (que muchos critican por obsoleto), no impide que se pueda establecer en la futura norma -específicamente habilitada para las comunicaciones comerciales de las actividades de juego- una restricción horaria específica para dicha actividad.

Como se razona en la evaluación de las alegaciones, en el enfoque del proyecto ha primado la consistencia entre la similitud de los distintos servicios que constituyen soportes publicitarios a la hora de prescribir, en particular, reglas de limitación horaria. Es por ello que el punto de partida es que esos medios sean de naturaleza audiovisual, sean estos en abierto, de pago o a demanda. Su propia naturaleza, así como el control que el emisor ejerce en relación con los contenidos publicitarios que alberga, son los que han conducido a extender la regla sobre horarios a servicios de la sociedad de la información asimilables a los audiovisuales, como las plataformas de intercambio de vídeos.

El **artículo 23** abre la serie de cuatro artículos (23 a 26) donde, ahondando y perfilando los mecanismos de intervención de la redacción de 2018, se actúa ahora sobre los diversos modos en que se pueden producir las comunicaciones comerciales en función del canal de difusión publicitaria. Así, se examinan sucesivamente en estos preceptos las comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información, correo electrónico o

medios equivalentes, servicio de intercambio de videos a través de plataforma y redes sociales.

No debe olvidarse -en obligada correlación con el régimen sancionador que corresponde a las infracciones en tales ámbitos- que a tenor del artículo 36.3 de la Ley 13/2011, la competencia para instruir los procedimientos y sancionar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aplicándose en estos casos el régimen sancionador previsto en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, salvo la excepción prevista en el apartado anterior, respecto de las infracciones del artículo 40, letra e).

El referido artículo 23 contiene una prohibición general de difusión de comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de la sociedad de la información, enumerando luego un conjunto de excepciones (algunas de las cuales reenvían a los artículos siguientes). La prohibición resulta acorde con la potestades limitativas que asisten a la Administración General del Estado en orden a la protección de los menores, los colectivos vulnerables y los consumidores en general, debiendo reconocerse su carácter proporcionado en la medida en que se contiene un importante elenco de excepciones (letras a – f) que ampara las actuaciones compatibles con la indicada prohibición.

Singular relevancia en orden a la justificación de la prohibición descansa sobre el extremo de que en este tipo de servicios existe una disponibilidad permanente de la oferta publicitaria, pudiendo accederse en cualquier momento a una página web o a una aplicación, resultando una oferta de contenidos publicitarios a demanda de la persona consumidora, lo que impulsa el obligado celo en la protección de los menores y colectivos sensibles. La accesibilidad, multiplicidad y flexibilidad de los mensajes publicitarios en esta clase de servicios trasciende ampliamente la de los medios de comunicación tradicionales.

El **artículo 24** se dedica a las comunicaciones comerciales a través de correo electrónico o medio equivalente, expresando la regla del obligado previo consentimiento del destinatario interesado, de conformidad con la prevención del artículo 7.2.a) de la Ley 13/2011, donde se establece que el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente, solo será posible si ha sido previamente autorizado por su destinatario, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. No se aprecia exceso o desbordamiento reglamentario con respecto a las reglas marcadas por el indicado precepto legal.

El **artículo 25** contiene las reglas de difusión de comunicaciones comerciales audiovisuales en servicios de intercambio de videos a través de plataforma, estableciéndose varias condiciones para que sea posible la difusión de publicidad en tales medios: mecanismos de control (en el acceso y horarios de difusión) y sujeción a las franjas horarias de las comunicaciones comerciales de tales prestadores de servicios, permitiéndose solo la realización de comunicaciones comerciales desde canales o cuentas desde las que se ofrezcan programas o videos dedicados específicamente a informar sobre este tipo de actividades de juego. Esta publicidad que los operadores ofertan en los servicios de intercambio de vídeo a través de plataformas se halla regulada por la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español.

Se trata así de evitar que se hagan comunicaciones comerciales de juego en prestadores de servicios de intercambio de videos a través de plataforma que no puedan ofrecer herramientas para limitar su difusión, evitando igualmente el contacto del público infantil con contenidos relacionados con los juegos de azar. Los fundamentos de la nueva regulación son comunes a los anteriormente expresados en orden a la protección de los menores y los colectivos vulnerables.

El **artículo 26** -muy en línea con el precepto que le precede- contiene tanto reglas genéricas para poder utilizar una red social para difundir comunicaciones comerciales como reglas específicas condicionadas a diversos mecanismos: existencia de controles en la red social (de acceso y de control horario de la difusión de anuncios), sometimiento de la difusión de comunicaciones comerciales a diversos requisitos dirigidos a las entidades que prestan tales servicios y una previsión sobre las cuentas o canales desde los que se pudieran ofrecer en redes sociales. Tampoco se aprecia ningún exceso o desbordamiento de las potestades reconocidas por la norma legal.

El **artículo 27** contempla el supuesto de los “*pronosticadores de apuestas*”, quienes son sujetos a diversas reglas en sus acuerdos publicitarios con los operadores de juego: publicación íntegra de resultados de sus apuestas, imposibilidad de suscribir acuerdos con personas de notoriedad pública y consecuencias del incumplimiento. Se pretende aquí garantizar la veracidad de la actividad publicitaria de los pronosticadores, en evitación de fenómenos de publicidad engañosa, a la vista de que se ha detectado que determinados pronosticadores de apuestas publicitan sus habilidades centrándose exclusivamente en las apuestas que consiguen ganar, pero no en aquellas que han acabado perdiendo.

La **disposición adicional sexta** se refiere a las marcas o nombres comerciales ya promocionados por los operadores de juego, en línea con la previsión del artículo 7.3, que prohíbe el uso de marcas o denominaciones comerciales que no sean propiedad del grupo empresarial.

La **disposición transitoria segunda** se refiere al régimen de los patrocinios y establece un plazo general de tres meses para la adaptación a la nueva regulación (primer párrafo del precepto), pudiendo ampliarse (en los contratos afectados por el artículo 12 en sus apartados 3, 4 y 5) hasta el 30 de mayo de 2021 (segundo párrafo). Preocupa al Consejo de Estado que la brevedad de estos plazos pueda incidir negativamente en el cumplimiento de tales negocios jurídicos, habida cuenta de la sobrevenida ordenación que ha de motivar sensibles cambios respecto al régimen actual. Entiende el Consejo que bastaría con señalar un plazo máximo común suficientemente amplio como

para permitir la ordenada adaptación de los negocios jurídicos actuales, pudiendo establecerse un plazo mínimo de seis meses desde la entrada en vigor, ampliando igualmente en tres meses el plazo del párrafo segundo hasta el 30 de agosto de 2021.

La **disposición final tercera**, tras ordenar la entrada en vigor de la nueva norma el día siguiente al de su publicación en el *BOE*, exceptúa diversos preceptos que reenvía al 1 de marzo de 2021 y al 1 de febrero de 2021. Ha sido objeto de diversas críticas esta modulación de la entrada en vigor (señalándose por algunos intervinientes la conveniencia de ceñirse al régimen general de las disposiciones transitorias del Código Civil), pese a lo cual entra dentro de las facultades regulatorias que asisten a la Administración General del Estado habida cuenta de la habilitación contenida en la Ley 13/2011.

Como queda dicho para la disposición transitoria segunda y, con carácter general, para el resto de plazos contenidos en las disposiciones adicionales, transitorias y finales, sugiere, igualmente, el Consejo de Estado ampliar en tres meses la exigibilidad de la nueva regulación, a la vista de su carácter restrictivo de los derechos de los actuales operadores.

En lo demás, nada tiene que objetar el Consejo de Estado en cuanto al real decreto que se propone, habida cuenta de que se ajusta a los límites de la habilitación reglamentaria que le sirve de fundamento, con respeto a la Ley 13/2011 y al resto del ordenamiento jurídico.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, consideradas las observaciones formuladas, puede V. E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego”.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 22 de octubre de 2020  
LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. MINISTRO DE CONSUMO.

