

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 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

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 8 de febrero de 2023.

Por el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la Asociación Española de Juego Digital, formula solicitud de medida cautelar consistente en suspender la aplicación y efectos del Real Decreto 958/2020 de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

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

HECHOS

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

SEGUNDO. Este Tribunal, tras oír a las partes personadas, mediante Auto de 14 de julio de 2022 decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 7 apartado 2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego por considerar que la remisión operada a la norma reglamentaria para establecer las condiciones y los límites de la actividad publicitaria en materia de juego pudiera ser contraria al principio de reserva de ley, consagrado en el art. 53.1 CE, todo ello en relación con la libertad de empresa regulada en el art. 38 CE.

TERCERO. Tras el planteamiento de esta cuestión y estando suspendido el procedimiento a la espera de obtener un pronunciamiento del Tribunal Constitucional la Asociación Española de Juego Digital, de conformidad con el art. 129 y ss de la LJ, solicita la medida cautelar consistente en suspender la aplicación y los efectos del Real Decreto 958/2020 de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego hasta en tanto el TC dicte sentencia en la cuestión prejudicial y, a su vez, se dicte sentencia definitiva en el presente procedimiento.

La Asociación considera que art. 129.2 LJCA no establece una excepción limitativa relativa al momento en el que pueden solicitarse medidas cautelares en relación con los reglamentos, sino una regla general para el supuesto de impugnación de reglamentos, que tiene en cuenta también una situación general pero que puede encontrar excepciones para situaciones concretas, aunque no hayan sido previstas de manera específica o nominada en la LJCA.

Un ejemplo de esas excepciones nos lo ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “el TJUE”) en los supuestos en los que, al amparo del art. 267, párrafo primero, apartado b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “el TFUE”), se planteen cuestiones prejudiciales de apreciación de validez y, fruto de ello, se acuerde la suspensión cautelar de las disposiciones generales nacionales que apliquen un Derecho derivado que pueda ser contrario a los Tratados constitutivos de la Unión Europea (en adelante, “los Tratados”). Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE expresada en las sentencias de 19 de junio de 1990, C-213/89, asunto Factortame I (ECLI:EU:C:1990:257) y 13 de marzo de 2007, C- 432/05, asunto Unibet (ECLI:EU:C:2007:163) nada impide que los órganos judiciales nacionales puedan suspender la aplicación de normas nacionales que supongan la aplicación de normas de Derecho derivado europeo cuando se dude de su validez y se plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE y, por su parte, las sentencias de 21 de febrero de 1991, C-143/88 y C-92/89, asunto Zuckerfabrik (ECLI:EU:C:1991:65) y 9 de noviembre de 1995, C-465/93, asunto Atlanta (ECLI:UE:C:1995:369) imponen que, en el momento de plantearse la cuestión prejudicial de apreciación de validez que determine la suspensión de la tramitación del procedimiento judicial nacional, deberán adoptarse las medidas cautelares y contra cautelares que aseguren tanto el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes como el interés de la Unión Europea, expresado sobre todo en la necesidad de preservar la primacía y prevalencia de los Tratados constitutivos.

En el caso español, y teniendo en cuenta que el momento ordinario de plantear las cuestiones prejudiciales de apreciación de validez es el de la conclusión del procedimiento, la aplicación de esta jurisprudencia supone que la adopción de ese conjunto de medidas tendría que producirse en un momento diferente del previsto (se insiste, con carácter general) en el art. 129.2 LJCA.

La tutela cautelar es parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 24 CE),

por ello incide en dos consideraciones diferentes: la primera, que nuestro ordenamiento admite excepciones a la regla general del art. 129.2 LJCA y, la segunda, que precisamente en relación con el presente supuesto concurre la identidad de razón con las circunstancias que justifican la aplicación de la excepción:

- En ambos casos se produce un reenvío prejudicial;
- En ambos casos se produce la suspensión del procedimiento principal y, con ello, la necesidad de atender la situación que se produce por la mayor duración o dilación del procedimiento;
- En ambos casos se pretende asegurar la prevalencia del Derecho “originario” superior (en un caso, los Tratados y, en otro, la Constitución);
- En ambos casos se plantea la duda de validez del Derecho “derivado” (en un caso, la norma derivada europea y, en el otro caso, un precepto de la Ley nacional);
- En ambos casos se plantea la suspensión de los efectos de una norma nacional (en un caso, la norma nacional que aplica la europea y que se cuestiona ante el TJUE y, en otro, el reglamento de desarrollo de la Ley nacional cuestionada ante el TC);
- Y en ambos casos se trata de asegurar que el superior valor del Derecho “originario” no se vea perjudicado durante la necesaria dilación que impone la tramitación del reenvío prejudicial.

En definitiva, y como conclusión en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales, la recurrente entiende y justifica que el art. 129.2 LJCA establece una regla general sobre el momento en el que puede solicitarse la adopción de medidas cautelares en los supuestos de impugnación de disposiciones generales. Esa regla admite excepciones y una de esas excepciones se produce cuando el procedimiento contencioso administrativo

se suspende como consecuencia de un reenvío prejudicial, ya sea ante el TJUE o ante el TC, y en ambos casos se trata de preservar el superior valor de la norma que ostenta primacía (Derecho de la Unión Europea) o supremacía (Constitución) y de garantizar, al mismo tiempo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en supuestos en los que el envío prejudicial suponga la inevitable dilación del procedimiento hasta el dictado de la sentencia definitiva.

La parte también aduce *fumus boni iuris* que fundamenta en la consideración de que la demanda se ha pretendido la declaración de nulidad del RD impugnado porque tiene su fundamento en el art. 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (en adelante, “la Ley del Juego”) y ese precepto es nulo de pleno derecho por ser contrario a los arts. 38 y 53.1 CE. Ese Alto Tribunal, en su auto de 14 de julio de 2022 dictado en el presente procedimiento, ha considerado que el argumento de la Recurrente está sólidamente fundado y que precisamente por ello cabe elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que se declare la nulidad del precepto legal citado que, como se justifica en el razonamiento jurídico quinto del Auto, arrastrará la del RD impugnado.

La cuestión de inconstitucionalidad ha sido admitida a trámite mediante providencia de 11 de octubre de 2022, cuyo anuncio se ha publicado en el BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2022 (pág. 141595).

Por ello entiende que la apariencia de buen derecho es sólida y no discutible y, de hecho, es mucho más sólida que la de las partes que pretenden la desestimación del recurso.

Aborda también el *periculum in mora* o perjuicios que derivan de la aplicación del acto o disposición impugnados durante la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo y hasta el dictado de una sentencia firme. Considera que, a tal efecto, ha de partirse de una premisa establecida por la jurisprudencia de ese Alto Tribunal cuando ha relacionado *fumus boni iuris* y *periculum in mora*: cuando más clara sea la apariencia de buen derecho de la pretensión del solicitante de la medida cautelar, menores son los

perjuicios exigibles para que se entienda satisfecho el requisito del *periculum in mora*. Y así lo han señalado las STS de 28 de septiembre de 2007, rec. 1493/2006 o la de 14 de mayo de 2008, rec. 3562/2007.

La concurrencia de los perjuicios derivados de la aplicación de la norma resulta clara para el colectivo de empresas cuyos intereses (también colectivos) representa o defiende la recurrente, y ello en tanto que las limitaciones en materia de publicidad determinan un impacto notable en la economía de las empresas. No en vano se justificó en la demanda el carácter trascendental y nuclear de la publicidad desde la perspectiva de la libertad de empresa, en cuanto que es el medio por el que los productores, prestadores de servicios e intermediarios pueden captar la demanda existente en el mercado sobre unos determinados productos o servicios, y precisamente por ello la jurisprudencia de la Sala Primera de ese Alto Tribunal venía incluyendo la publicidad como elemento propio del núcleo esencial de ese derecho fundamental (sentencia 860/2010, de 15 de enero, rec. 1516/2005).

Pero es que además el impacto que ha tenido el RD impugnado puede justificarse en términos de prueba utilizando las fuentes de la propia Administración demandada a través de la página web oficial de la Dirección General de Ordenación del Juego. En la que se acredita que la entrada en vigor del RD se ha reflejado en la disminución del número de clientes y en la reducción de los beneficios cuya recuperación no sería total ni siquiera, aunque las empresas se viesen arrastradas a un posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial en la medida en que difícilmente podría incluir el periodo futuro necesario para la recuperación de la cartera de clientes.

Ponderación de los intereses en juego.

La adopción de la medida cautelar, que impediría la aplicación de una norma que presenta graves y evidentes visos de inconstitucionalidad, no daría lugar a ninguna situación de vacío normativo o de falta de regulación, sino a que se aplicase el sistema de autorregulación del sector a través de los instrumentos de correulación ya existentes y que han desempeñado y

pueden seguir desempeñando un papel satisfactorio para la protección de los intereses generales en juego.

Puede afirmarse, como conclusión, que la ponderación de los intereses en juego permite afirmar que frente al interés económico gravemente afectado de la Recurrente, que debe enfatizarse desde la evidencia de la apariencia de buen derecho de su pretensión, ese énfasis se ve aún acentuado cuando se considera que la adopción de la medida cautelar no generaría ningún tipo de vacío regulatorio ni perjuicio al interés general. En estas circunstancias, entendemos que concurren los requisitos que justifican la adopción de la medida cautelar de suspensión de la aplicación y efectos del RD impugnado.

A nuestro juicio, de la suspensión de la aplicación y efectos de una norma reglamentariamente más que probablemente inconstitucional no pueden derivar perjuicios de ninguna naturaleza, y menos cuando esa suspensión no produciría ningún vacío normativo sobre el ámbito regulado, como ya se ha justificado. Antes, al contrario, y visto el impacto económico que produce la aplicación del RD impugnado, de lo que sí derivarían perjuicios es de persistir su aplicación. En las circunstancias expuestas, la recurrente entiende que no resultaría necesaria la prestación de caución para la adopción de la medida cautelar, sin perjuicio de que, de ser señalada, se procedería a su cumplimiento en los términos en que sea establecida por la Sala.

Por todo ello solicita se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión de la aplicación y efectos del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego hasta en tanto el TC dicte sentencia en la cuestión prejudicial núm. 5949/2022 y, a su vez, se dicte sentencia definitiva en el presente procedimiento.

CUARTO. El Procurado D. Guzmán de la Villa de la Serna, actuando en nombre y representación de la Organización Nacional de Ciegos Española (ONCE) se opuso a la medida cautelar solicitada.

En primer lugar plantea la inadmisibilidad de la medida por ser manifiestamente extemporánea a tenor de lo previsto en el art. 192 de la LJCA. Se trata de una regla especial establecida en la norma, frente al régimen general contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, sobre la que esa Excma. Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en las que se ha rechazado de forma reiterada que la pretensión cautelar frente a disposiciones generales pueda deducirse en cualquier momento procesal distinto del iniciador del procedimiento: Auto de 10 de octubre de 2018 -Rec. 80/2018-, reiterado en el Auto más reciente, de 30 de noviembre de 2022 -Rec. 566/2022-).

Desde luego, la formulación de la solicitud de suspensión del RD 958/2020 una vez concluidas las actuaciones no sólo carece de encaje alguno en la literalidad de la LJCA y en su interpretación jurisprudencial, sino que es frontalmente contraria a las razones que subyacen tanto en la norma como en dicha interpretación (esencialmente, la seguridad jurídica, la integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en su aplicación), evidenciando, al mismo tiempo, que no existen verdaderos perjuicios que deban evitarse con la urgencia ínsita a la tutela cautelar.

Tampoco se ha podido invocar de contrario ningún precepto de la regulación aplicable a los procedimientos constitucionales que permita exceptuar el régimen procesal establecido en el artículo 129.2 de la LJCA. Ello responde seguramente a que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional ("LOTIC") no lo contempla.

A mayor abundamiento, razona que el artículo 132.2 de la LJCA impide modificar o revocar las medidas cautelares debido a los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto de las cuestiones debatidas, solamente se permite la modificación de las medidas adoptadas si cambian las circunstancias en virtud de las cuales fueran adoptadas. Si los avances en la apreciación de las cuestiones de forma o de fondo que se debaten en el proceso son irrelevantes a la hora de modificar o revocar unas medidas cautelares ya otorgadas, con más razón aún debe entenderse que lo son para

su otorgamiento, que es lo que ahora pretende forzosamente la recurrente, tras no haberlas solicitado en el momento procesal oportuno.

Los pronunciamientos del TJUE invocados se refieren al marco jurídico de las medidas cautelares en el Derecho de la UE y al hecho de que el juez nacional debe tener la posibilidad de adoptar medidas cautelares en caso de elevarse una cuestión prejudicial sobre una norma, razón por la cual no pueden resultar de aplicación al presente caso, ni siquiera por extensión analógica. Y no solo porque en este caso no estemos ante una controversia la excepción que plantea el recurrente sobre el Derecho de la UE sino, esencialmente porque nuestro ordenamiento ya cuenta con una regulación muy clara. En este caso no existe el riesgo de frustrar el efecto útil de las normas de la UE, máxime cuando nuestro ordenamiento ha establecido con claridad que no es precisa la suspensión de una norma para garantizar el efecto útil del pronunciamiento constitucional.

2º No concurren los requisitos normativamente exigidos para acceder a la medida de suspensión.

Aun cuando no se acordase la inadmisión en todo caso debería desestimarse por las siguientes razones:

a) Incorrecto planteamiento de la medida de suspensión solicitada por cuanto se hace extensiva a todo el Real Decreto impugnado.

Considera que del tenor literal del artículo 129.2 de la LJ (“preceptos impugnados”) se desprende que este tipo de solicitudes de suspensión no puede formularse de forma imprecisa o genérica, sino que debe constreñirse, en su caso, a aquellos preceptos a los que se ciñe la impugnación y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Auto de 8 de abril de 2021 (rec. 81/2021). En la medida en que, en el presente caso, se solicita la suspensión de la aplicación y efectos del RD 958/2020 en su conjunto (sin identificar siquiera aquellos que pudieran verse afectados por la cuestión de inconstitucionalidad planteada con la que pretende vincularse la solicitud), se estaría incumpliendo

el primero de los requisitos normativamente previstos para solicitar la suspensión cautelar de las disposiciones generales, lo que habría de conducir a su rechazo.

b) Incorrecta fundamentación de la solicitud de suspensión en un hipotético *fumus boni iuris*.

La recurrente trata de aprovechar el hecho de que se haya elevado la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (“LRJ”) -del que, entre otros preceptos de la LRJ, el RD 958/2020 constituye desarrollo- para justificar el *fumus boni iuris* de su pretensión. Y lo hace además alterando la relevancia de los criterios para el otorgamiento de las cautelares pues el *fumus*, de existir realmente, no debería ser el elemento central de un debate cautelar ni el presupuesto de adopción de la medida Y así lo afirma el Auto de 19 de septiembre de 2022 (Rec. 727/2022) que considera que las alegaciones sobre el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho no es un criterio determinante para acordar la medida cautelar solicitada, sino que se trata de un criterio complementario, que no podría justificar por sí solo la procedencia de las medidas cautelares a falta de acreditación del presupuesto de la existencia de los perjuicios de difícil o imposible reparación para la efectividad del recurso.

La cautelar solicitada no tiene encaje en ninguno de los supuestos de eventual utilización del *fumus*. Y, aunque suponga anticiparnos a lo que luego se expondrá, tampoco en este caso se han acreditado los perjuicios de difícil o imposible reparación, lo que ya *per se* excluiría incluso la toma en consideración de este posible criterio complementario.

En el supuesto que nos ocupa nos encontramos ante un supuesto en el que deben valorarse, por primera vez, tanto las causas de nulidad del Real Decreto impugnado como la posible inconstitucionalidad del artículo 7.2 de la LRJ del que es, en parte, desarrollo, no pudiendo anticiparse en este momento procesal cuál será el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho precepto.

Todo lo anterior es coherente con la afirmación reiterada de esa Excm. Sala de que «la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso» [entre otras muchas, en sentencias de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011\1242), de 17 de marzo de 2008 (RJ 2008\1443), o de 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008\4585)], que es justamente lo que, de forma ilegítima, pretende hacer el valer el recurrente.

En la tramitación parlamentaria de la LJCA deliberadamente se suprimió la fórmula inicial que señalaba que «la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran», rechazando con ello una concepción de la tutela cautelar fundada en la apariencia de buen derecho (Auto de 4 mayo de 2022 - Rec. 308/2021-).

Inexistencia de *periculum in mora*. La Asociación recurrente aduce como perjuicios de imposible reparación la «disminución del número de clientes» y la «reducción de los beneficios» de los operadores de juego y, en particular, lo que, según señala, deriva en una «pérdida patrimonial» traducida en «millones de euros dejados de generar». Y para acreditar tales presuntos daños, la recurrente transcribe una serie de datos publicados por la Dirección General de Ordenación del Juego (“DGOJ”) sobre el mercado del juego entre el 4º trimestre de 2020 y el 2º trimestre de 2022.

Tales afirmaciones no pueden compartirse por distintas razones:

1ª De los datos facilitados no se desprende ninguna «disminución sostenida de las cuentas de juego» a la que se refieren los recurrentes. La información de la DGOJ lo único que arroja es la existencia de variaciones (a veces al alza, otras veces a la baja) de las que no cabe extraer -ni de lejos- una supuesta disminución sostenida en el tiempo.

En particular, en lo que respecta al Gross Gaming Revenue (“GGR”) o Margen Bruto, tanto en el 4º trimestre de 2020 -coincidiendo con la entrada en vigor general de la norma- como en el 1º de 2021 se aprecia un fuerte incremento del 20% de dicho beneficio respecto al trimestre anterior y de un 24,82% respecto del mismo trimestre de 2019 (según se refleja en el Documento 2), por lo que no se comprende la supuesta incidencia negativa que JDigital atribuye a la entrada en vigor de la norma. Por otro lado, dichos datos también reflejan una disminución del gasto en marketing (al que la recurrente no hace referencia) y que también podrían explicar, en su caso, los descensos puntuales del nivel de ingresos. En todo caso, la ausencia de datos de los periodos previos a la entrada en vigor del RD 958/2020 impide extraer una tendencia real que permita alcanzar conclusiones rigurosas.

2º Aun asumiendo que tales datos fueran indicativos de un perjuicio económico real (quod non) lo cierto es que tampoco se habría justificado mínimamente la relación de causalidad entre la aplicación del RD 958/2020 y las cifras mencionadas por la demandante. La marcha de una actividad comercial depende de múltiples factores sin olvidar que en el periodo fijado por el demandante se produjeron los efectos derivados de la pandemia del covid 19 y la posterior inestabilidad económica.

3º Por último, de existir tales daños nunca tendrían carácter irreparable, pues los daños de carácter meramente económico podrían ser siempre resarcibles por otras vías.

Resulta inconcebible que, ante una situación de tal supuesta gravedad como la que plantea la recurrente, no se solicitara la medida cautelar en el momento de interposición del recurso y se dejara transcurrir todo el procedimiento judicial para hacerlo.

Ponderación de intereses concurrentes.

En el caso de las disposiciones de carácter general, esa Excma. Sala ha desarrollado una doctrina jurisprudencial especialmente restrictiva a la hora

de conceder la suspensión, de forma que «la suspensión de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público» y que, por tanto, «cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exige la ejecución» (Auto de 10 de octubre de 2018, ya mencionado -Rec. 80/2018-, reiterado en su Auto de 4 de mayo de 2022 -Rec. 308/2021-)

De hecho, la propia Sentencia, de 15 de febrero de 2022 (Rec. 429/2021), invocada por la recurrente, señalaba que «es por todos conocida la extensa jurisprudencia que sostiene que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general supone ya un grave perjuicio del interés público, porque, en principio, existe un indudable interés público en la aplicación inmediata de unas normas que se promulgan para integrarse en el ordenamiento y ser cumplidas por todos los afectados».

La parte pretende que prevalezca su interés subjetivo frente al interés público general que se deriva del mantenimiento de dicha disposición general. Una disposición general, que, no debe olvidarse, desarrolla reglamentariamente un mandato legal y proporciona el necesario marco regulatorio aplicable al juego responsable y a las comunicaciones comerciales en un sector, como el del juego, en el que confluyen no sólo los intereses de los operadores sino también otros bienes jurídicos de indudable importancia como la protección de la salud y de los menores, la prevención de conductas adictivas, etc., para cuya protección resulta preciso ese marco regulatorio, como reconoce expresamente la propia LRJ.

Por todo ello solicita que se inadmita o, subsidiariamente, desestime, la medida cautelar solicitada.

QUINTO. El Abogado del Estado se opuso a la medida cautelar solicitada.

Parte de la jurisprudencia sentada en el Auto de 2 de noviembre de 2016 (rec. 4674/2016) sobre medidas cautelares analiza la improcedencia de la medida cautelar solicitada.

La medida la considera inviable procesalmente de conformidad con lo establecido en el art. 129.2 de la LJ y la jurisprudencia sobre este extremo (STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. 4771/2005)).

Así mismo considera que la medida cautelar debe ser rechazada porque no concurren los criterios jurisprudenciales que condicionan su procedencia.

No existe *periculum in mora* dado que invoca perjuicios estrictamente económicos y la jurisprudencia es clara respecto a su resarcimiento, los perjuicios no se acreditan ni siquiera indiciariamente y no se alegan situaciones jurídicas irreversibles.

La medida implica anticipar el resultado del proceso y su concesión implica perjuicios importantes a los intereses generales, ínsitos en la propia naturaleza de las disposiciones generales. Como ya se expuso en la exposición de motivos del Real Decreto objeto de este litigio es la protección de los colectivos vulnerables y de los participantes en los juegos.

Y la apariencia de buen derecho invocada no puede convertirse en el criterio legal atendible preferentemente para adoptar medidas cautelares sino un factor interpretativo añadido y aplicable a supuestos excepcionales.

SEXTO. D. Pedro Antonio González Sánchez, actuando en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) se opondrá a la medida cautelar solicitada.

En primer lugar considera que la petición es extemporánea conforme a lo dispuesto en el art. 129 de la LJ. Y la LOTC no contempla la suspensión de la disposición general, sin que tampoco aprecie riesgo de frustrar el efecto útil del pronunciamiento constitucional.

Y, a mayor abundamiento, considera que no concurren los requisitos de la LJ para proceder a acordar la medida de suspensión interesada referida a

todo el Real Decreto, cuando el art. 129.2 de la LJ exige que este tipo de solicitudes no puedan formularse de forma imprecisa y genérica sino tan solo referida a los preceptos que son impugnados de forma particularizada.

Por otra parte, se pretende la suspensión del todo el Real Decreto cuando solamente el art. 7.2 de la Ley 13/2011 del Juego podría estar afectado por la eventual declaración de inconstitucionalidad.

No existe el *fumus boni iuris* y no debería ser el elemento central del debate cautelar ni el presupuesto de adopción de la medida de suspensión. No puede prejuzgarse el fondo del asunto y no existe una apariencia clara y manifiesta,

Tampoco concurre *periculum in mora* pues la aplicación de la disposición general impugnada no hace que el recurso pueda perder su finalidad legítima ni de ejecutarse se generarían situaciones irreversibles.

Y finalmente haciendo un análisis comparativo de los intereses en juego, debe tomarse en consideración que la norma trata de proteger a la adolescencia, infancia y a colectivos vulnerables, así como a los consumidores y usuarios frente a hipotéticas pérdidas económicas que ni siquiera están indiciariamente acreditadas, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la aplicación del Real Decreto y las cifras invocadas por la solicitante de las medidas cautelares.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Conforme al art. 130 de la Ley 29/1998, la adopción de una medida cautelar, en cuanto tiene por objeto garantizar la eficacia de una eventual sentencia favorable al recurrente, se sustenta en la previsión de que la ejecución del acto impugnado dé lugar a una situación que imposibilite o

dificulte de manera notable la efectividad del fallo o, como de forma expresa señala el art. 130, pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso. Por otra parte, dicho criterio viene moderado por la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, de manera que la medida cautelar que se solicite puede denegarse cuando en esa ponderación de intereses se aprecie una perturbación considerable de los intereses generales que no se corresponda con una quiebra irreversible del eventual derecho de la parte recurrente.

En aplicación de estas disposiciones una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (recogida entre otros muchos en el ATS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de fecha 26 de noviembre de 2001 y en el ATS, Sección Segunda, de 21 de septiembre de 2004), ha venido matizando los criterios a ponderar al tiempo de adoptar una medida cautelar.

Segundo. Con carácter previo a toda otra consideración es preciso plantearse la extemporaneidad de la medida cautelar solicitada tomando en consideración la previsión contenida en el art. 129.2 de la LJ «Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda».

En el supuesto que nos ocupa la parte impugna una disposición general sin que solicitase medida cautelar alguna en el escrito de interposición presentado el 4 de enero de 2021.

Es a raíz de que este tribunal acordase, por Auto de 14 de julio de 2022, plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo precepto del que trae causa el Real decreto impugnado, cuando la parte solicita la medida cautelar de suspensión del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2022. Y ello al conectar la solicitud de la medida cautelar con las dudas de constitucionalidad planteadas por este Tribunal, argumentando que tales dudas determinan una apariencia de buen derecho que avala la suspensión solicitada.

Este Tribunal Supremo en numerosas resoluciones -entre ellas Autos de 23 de marzo de 2015 (recurso 952/2014), 1 de marzo de 2016 (recurso 963/2015), y 10 de octubre de 2018 (rec. 80/20189-, 27 de octubre de 2022 (rec. 566/2022), entre otras- ha considerado que el art. 129.2 de la LJ debe interpretarse en el sentido de que la solicitud debe presentarse, necesariamente, con el escrito iniciador del recurso contencioso administrativo, ya sea el escrito de interposición, ya el de demanda siempre que este último tenga carácter de escrito iniciador conforme al artículo 45.5 LJCA, razonando «que si de la aplicación de la disposición se derivaran verdaderos perjuicios, sería difícil justificar porque la petición de medida cautelar se formula en un momento posterior a aquel en que se inicia el recurso contra aquella». Tan clara conclusión se basa en el siguiente razonamiento: «Son dos las razones que conducen a esta interpretación: una primera, nuclear o básica -que se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos-, consistente en la necesidad de que su suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en el momento más próximo posible a la entrada en vigor de la disposición general, cuando todavía puedan ser escasos los actos dictados en su aplicación o los efectos derivados de ella; y una segunda, complementaria de la anterior, consistente en que una interpretación como la que se sostiene no merma, en cambio, el derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte el instituto de la tutela cautelar, pues el destinatario de cualquiera de los actos de aplicación de aquella disposición general, puede impugnarlos, e impugnarlos con fundamento en la ilegalidad de la disposición aplicada (impugnación indirecta), renaciendo entonces la regla general de que las medidas cautelares contra el acto de aplicación pueden solicitarse en cualquier estado del proceso».

Es más, la aplicación de la disposición general durante varios meses genera actos y contratos que serían eficaces antes de acordarse la suspensión y no lo serían una vez acordada la misma con la consiguiente inseguridad jurídica que ello generaría.

Todas estas razones avalan que la aplicación de la previsión contenida en el art. 129.2 de la LJ no permite solicitar la suspensión cautelar del real decreto impugnado casi dos años después de haber presentado el escrito de interposición del recurso contra el Real decreto 958/2020.

El hecho de que este tribunal plantease una cuestión de inconstitucionalidad no altera esta conclusión pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé que el mero planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad suspenda la eficacia de la norma sobre la que se suscita dudas de constitucionalidad ni tampoco la de las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de esta.

Y tampoco la Ley de jurisdicción avala esta posibilidad pues el art. 132.2 de la LJ evidencia que los avances que se hagan durante el proceso en relación con las cuestiones de fondo objeto de debate no justifican la modificación o revocación de las medidas cautelares, con mayor motivo tales avances en el análisis de la cuestión jurídica debatida no pueden constituir el sustento para adoptar medidas cautelares, desconociendo la previsión contenida en el art. 129.2 de la LJ.

El recurrente vincula el retraso en la solicitud de la medida cautelar con el momento en el que conoció las dudas de inconstitucionalidad sobre el precepto legal que sirve de cobertura a la norma impugnada lo que, a su juicio, avalaría la suspensión cautelar al existir una apariencia de buen derecho. Lo cierto es que con independencia de que desde que el tribunal planteó la cuestión de inconstitucionalidad hasta que solicita la suspensión han transcurrido cinco meses, este tribunal -STS de 9 de junio de 2014 (rec. 2751/2013) y STS de 11 de mayo de 2015 (recurso 2093/2014)- ha descartado que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma legal de la que deriva la disposición impugnada constituya base suficiente para conceder una medida cautelar de suspensión, afirmando que «ese dato no es determinante para que sea acordada la medida cautelar que se pretende. A tal efecto debe recordarse el carácter restrictivo con el que la jurisprudencia viene aceptando el criterio del *fumus boni iuris* como sustento para la adopción de medidas cautelares; y, en fin, el hecho mismo de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no suspende la efectividad de la norma legal que otorga respaldo a la Orden aquí controvertida».

Este tribunal se limitó a expresar sus dudas, pero el juicio sobre su constitucionalidad le corresponde al Tribunal Constitucional sin que la

aparición de buen derecho pueda extenderse a una valoración para la que carece de competencia.

Y todo ello con independencia de que el *fumus boni iuris* no puede constituirse en el eje central de la argumentación en el que fundar su petición de suspensión, máxime cuando se solicita la suspensión de una disposición general, existiendo una jurisprudencia muy restrictiva en la aplicación de la aparición de buen derecho en estos casos y una consolidada línea jurisprudencial que afirma que «la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general supone ya un grave perjuicio del interés público, porque, en principio, existe un indudable interés público en la aplicación inmediata de unas normas que se promulgan para integrarse en el ordenamiento y ser cumplidas por todos los afectados» (ATS de 15 de febrero de 2022 rec. 429/2021).

Tercero. De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ procede imponer las costas a la parte cuyas pretensiones han sido rechazadas sin que aprecien serias dudas de hecho o de derecho respecto de la improcedencia de la medida cautelar solicitada.

LA SALA ACUERDA: Desestimar la medida cautelar de suspensión del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, solicitada por la Asociación Española de Juego Digital, imponiendo las costas de este incidente a esta última.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.