



Roj: **STS 2113/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2113**

Id Cendoj: **28079130032024100097**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/04/2024**

Nº de Recurso: **1/2021**

Nº de Resolución: **671/2024**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 671/2024

Fecha de sentencia: 19/04/2024

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 1/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: PJM

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 1/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 671/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde



En Madrid, a 19 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/1/2011, interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, representada por la procuradora D.^a Consuelo Rodríguez Chacón y bajo la dirección letrada de D.^a María José López Lorenzo, contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), representada por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Bernardo Hernández Bataller, y la Sociedad de Loterías y Apuestas del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 4 de enero de 2021 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de noviembre de 2020.

Se ha tenido por interpuesto dicho recurso por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2021.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha dado traslado del mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte en su día sentencia por la que, estimando sus argumentos, declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 958/2020 o, en su defecto, de los artículos 12 -apartados 3, 4 y 5-, 13, 17, 18 y 19, y ello con expresa imposición de costas a la Administración recurrida.

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los medios probatorios de los que intenta valerse, así como la realización del trámite de conclusiones escritas; también por otrosí pide el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de estimarlo necesario la Sala.

TERCERO.- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia desestimatoria del recurso, con costas. A través de sendos otrosíes expresa que debe estimarse la cuantía del recurso como indeterminada y solicita que se acuerde la formulación de conclusiones por escrito.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda. La representación procesal de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, tras exponer sus argumentaciones, suplica en su escrito que se dicte en su día sentencia que desestime íntegramente el recurso y declare que el Real Decreto 958/2020 resulta conforme a derecho y, en todo caso, condene en costas a la recurrente; mediante otrosíes manifiesta que debe reputarse indeterminada la cuantía del recurso y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que debería versar y proponiendo medios de prueba, así como que se realice el trámite de conclusiones escritas.

La codemandada Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado se remite íntegramente en su escrito de contestación a la demanda al formulado por la Administración demandada.

CUARTO.- Mediante decreto de 23 de julio de 2021 el Letrado de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 8 de septiembre que acuerda no haber lugar al recibimiento a prueba solicitado por la parte demandante y admitiendo los medios propuestos por la codemandada Asociación de Usuarios de la Comunicación. Recurrido el auto en reposición por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, mediante auto de 26 de octubre se ha estimado el recurso, admitiendo la prueba documental propuesta por dicha parte.

QUINTO.- Se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, declarándose posteriormente conclusas las actuaciones.

SEXTO.- Señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 17 de mayo de 2022, junto con los recursos 1/2/2021 y 1/3/2021, también dirigidos contra el Real Decreto 958/2020.



En el último de los citados recursos se dictó providencia de 25 de mayo acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal plazo para alegar sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, acordándose posteriormente en auto de 14 de julio plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 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 artículo 53.1 de la Constitución, todo ello en relación con la libertad de empresa regulada en el artículo 38 de la Constitución.

A la vista de tal resolución y previa audiencia de las partes, se acordó suspender el curso de los autos hasta la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Dictada por el Tribunal Constitucional sentencia de 22 de noviembre de 2023, que declara la extinción, por desaparición sobrevenida de objeto, de dicha cuestión de inconstitucionalidad, se ha alzado la suspensión acordada y se ha oído a las partes personadas sobre la repercusión de la citada sentencia en las presentes actuaciones.

La demandante suplica en su escrito que se proceda a replantear la cuestión de inconstitucionalidad, atendiendo a las situaciones jurídicas individualizadas y el impacto generado en el sector deportivo y otros sectores.

La Administración demandada y las partes codemandadas solicitan en sus respectivos escritos que se dicte sentencia desestimando el recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 26 de enero de 2024 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 12 de marzo de 2024, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad Liga de Fútbol Profesional interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades del juego, por entender que su tramitación ha incurrido en diversas irregularidades procedimentales y que, en todo caso, determinados preceptos resultan contrarios a los derechos constitucionales de libertad de empresa y de propiedad privada, además de vulnerar diversas leyes nacionales y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Solicita que declaremos la nulidad del Real Decreto y, en su defecto, la de los artículos 12.3, 4 y 5, 13, 17, 18 y 19

Formulan oposición al recurso la Administración del Estado, la Asociación de Usuarios de la Comunicación y la Sociedad de Loterías y Apuestas del Estado en los términos indicados en los antecedentes.

El recurso ha sido deliberado conjuntamente con los números 2 y 3/2021, cuyos planteamientos son semejantes y la posición de la Sala ha sido fijada en la sentencia de 2 de abril de 2024 que resolvió el último de los recursos citados. Reiteramos por tanto los razonamientos jurídicos expuestos en dicha sentencia y resolvemos el presente recurso de conformidad con ellos.

SEGUNDO.- Sobre los defectos de tramitación alegados por la entidad recurrente.

De acuerdo con el criterio de la parte demandante, la legislación aplicable a la tramitación del Real Decreto impugnado no sería la vigente en el momento en el que se elabora el texto inicial del mismo, el 23 de marzo de 2015, sino la vigente el 24 de febrero de 2020, fecha en la que comienza a tramitarse lo que en realidad constituye una nueva y distinta iniciativa reglamentaria. En consecuencia, ninguno de los trámites efectuados antes del 24 de febrero de 2020 serían convalidables.

Entre las irregularidades cometidas estarían la falta de audiencia a las entidades afectadas, entre ellas a la demandante, que debió ser emplazada expresamente. A ello se suman otras irregularidades, a raíz del cambio sustancial del proyecto a partir de 2020, como son el que la Comunicación a la Unión Europea hace referencia sólo al sector del juego, cuando la norma afecta también al ámbito de la publicidad, los medios de comunicación y el deporte. Asimismo, afirma la parte recurrente, las nuevas MAIN no se ajustan a las novedades que introduce el texto e incurren en numerosas insuficiencias.

También aduce la entidad recurrente que se trata de un desarrollo reglamentario extemporáneo, puesto que se ha efectuado ocho años después de la fecha establecida por el legislador en la Ley de regulación del Juego, excediendo además el alcance de la habilitación legislativa para dictar el desarrollo reglamentario. Ello lleva a la nulidad de los preceptos que contienen prohibiciones absolutas o restricciones equivalentes en materia de publicidad, patrocinio o promoción del juego, en particular los artículos 12.3,4 y 5, 13.1, 15.1, 17.1, 18, 19 y 23.1 y 3.



En la sentencia de 2 de abril de 2024 hemos rechazado estas y otras objeciones de carácter procedimental en el fundamento de derecho segundo, que reproducimos a continuación:

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

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

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

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

1. Omisión del trámite de audiencia.

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

Se alega que si bien los afectados por el proyecto del Real Decreto -destacadamente, los titulares de autorizaciones para ofertar actividades de juego- pudieron formular alegaciones en 2015, 2017 y en febrero de 2020, lo hicieron respecto de unos textos que difieren, en buena medida, del que finalmente fue objeto de deliberación y aprobación por el Consejo de Ministros en cuestiones de relevancia, tales como la prohibición absoluta de las actividades de promoción destinadas a la captación de nuevos clientes (sin prever una exención de minimis, como en las versiones anteriores), la agravación de las restricciones para la fidelización de clientes, establece nuevas restricciones horarias a la difusión de comunicaciones comerciales vinculadas a eventos deportivos retransmitidos, la introducción de nuevas restricciones al patrocinio, la extensión de las limitaciones basadas en franjas horarias a actividades de patrocinio de eventos deportivos retransmitidos y el endurecimiento de las limitaciones para la difusión de comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información, entre otros.

Debemos rechazar esta infracción.

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

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



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

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

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

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

Y en el caso que nos ocupa, las nuevas limitaciones introducidas en la fase final del proyecto, aunque relevantes, no puede considerarse que alteren la esencia del modelo de publicidad diseñado en dicha norma, sino que introduce limitaciones puntuales o agrava alguna de las ya existentes sin cambiar la esencia ni el marco general diseñado por la norma impugnada.

2. Omisión de informes preceptivos.

También se aduce la ausencia de varios informes preceptivos.

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

2.1 Informe del Ministerio de la Presidencia.

[...]

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

[...]

2.3 Insuficiencia de la Memoria de análisis de impacto normativo.

La demanda sostiene que el art. 26.3 de la Ley del Gobierno establece el contenido mínimo obligatorio de la MAIN que se concreta en el RD 931/2017, de 27 de octubre especialmente en relación con el impacto económico, dado que exige analizar el impacto económico sobre los sectores y agentes afectados, incluido el efecto sobre la competencia, unidad de mercado y competitividad.

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

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



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

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

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

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

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

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

Y en el apartado 7.4 se analiza el "Impacto sobre los mercados relacionados con el juego de ámbito estatal, en particular los publicitarios" en donde se analizan el impacto de las limitaciones establecidas en el mercado, afirmando que será "pronunciado", identificando los diferentes sectores en los que se verá afectado, así como la incidencia que la menor demanda de espacios publicitarios tendrá sobre los distintos mercados de soporte publicitario, entre otros aspectos. Afirmándose "En todo caso, con la finalidad de aproximarnos el posible impacto económico de las restricciones publicitarias en medios de comunicación, interesa subrayar especialmente que el porcentaje de la inversión publicitaria total que corresponde a la publicidad de juego no ha variado excesivamente en estos últimos años. Así, según datos de INFOADDEX, con respecto al total de la inversión publicitaria controlada por sectores, el porcentaje correspondiente al sector del juego y las apuestas ha sido del 3 % para 2014, 3,2 % para 2015, para 2016 3,7 %, para 2017 3,3 %, para 2018 3% y para 2019 aproximadamente un 3,4 %".

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

Por lo que respecta a la no aplicación del Real Decreto a la ONCE y la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado. Ha de constatarse que según el artículo 2 del Real Decreto 958/2020 el ámbito de aplicación comprende "las entidades que desarrollen una actividad de juego comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011 de 27 de mayo, incluyendo a los operadores designados para la comercialización de juegos de



loterías regulados en esa ley". Es evidente, por tanto, que la norma resulta aplicable tanto a la Once como la sociedad de loterías y apuestas del Estado en cuanto organizadoras de juegos y de loterías a nivel estatal.

Ahora bien, dado que estas sociedades desarrollan una labor social muy relevante, las limitaciones publicitarias contenidas en dicha norma tan solo se aplican a la faceta referida a la organización y difusión de sorteos y actividades de juego en general, pero se excluye la promoción y publicidad de su actividad social. Este es el sentido y alcance de las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de dicha norma.

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

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

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

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

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

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

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

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

La entidad recurrente, considera que el proyecto fue sometido a informe de la Comisión a lo largo de su tramitación en tres ocasiones, la última en febrero de 2020, pero después de esta última y a la vista de los informes y observaciones recibidos se decidió someterlo de nuevo el 15 de julio de 2020 a informe de la Comisión pero por la vía de urgencia (art. 5.1 párrafo tercero de la Directiva (UE) 2015/1535), por lo que



entiende que la Comisión no tuvo tiempo de emitir el informe sobre el proyecto normativo que se sometió a deliberación del Consejo de Ministros.

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

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

Por todo ello, se rechazan las irregularidades invocadas respecto a la tramitación del procedimiento de este Real Decreto." (fundamento de derecho segundo)

En lo que respecta a la objeción sobre la "extemporaneidad" del desarrollo reglamentario la demanda reconduce el argumento al supuesto exceso reglamentario en imponer prohibiciones y restricciones no amparadas en previsiones legales, por lo que la alegación consiste en realidad en una alegación de vulneración del principio de reserva de ley y en objeciones sobre el contenido de los preceptos impugnados que examinamos en el siguiente fundamento de derecho. Debe señalarse que la referencia final de este apartado de la demanda a los artículos 15 y 23 no se traslada a la petición subsidiaria de nulidad de preceptos concretos del suplico de la demanda.

De conformidad con lo expuesto desestimamos la petición de nulidad del Real Decreto por su defectuosa tramitación formulada por la parte.

TERCERO.- Alegaciones sobre el contenido material del Real Decreto impugnado.

En cuanto al contenido material del Real Decreto, la entidad demandante sostiene en el apartado tercero de la demanda que el Real Decreto impugnado vulnera los derechos constitucionalmente protegidos a la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Entiende que las limitaciones impuestas a la actividad de comercialización de sus derechos audiovisuales mediante contratos de publicidad, patrocinio o promoción afecta de manera significativa al desarrollo empresarial de la Liga y de sus clubes. Así, considera contrarios al artículo 38 de la constitución el artículo 12, apartados 3 y 4, relativo a las actividades de patrocinio y el artículo 12, apartado 5, en relación con los artículos 17 y 18. Respecto al derecho a la propiedad privada, afirma la demandante que resulta afectada por determinadas limitaciones que les prohíben la cesión o explotación de derechos dominicales de los clubes.

Por otra parte, las restricciones de los citados derechos habrían infringido igualmente el artículo 53.1 de la Constitución al no haberse realizado por norma con rango de ley, dado que la Ley de regulación del Juego no contiene las prohibiciones que se imponen en el Real Decreto impugnado.

En el apartado cuarto de la demanda la recurrente aduce la vulneración de normas en materia de mercado y buena regulación. En concreto considera que se ha vulnerado la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, LGUM) y el derecho a la libre prestación de servicios garantizado en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En cuanto a las normas de buena regulación, se habrían infringido previsiones de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPAC).

Respecto a las normas nacionales sobre el mercado, se alega que los artículos 12 y 13 del Real Decreto impugnado serían contrarios a la LGUM por no estar justificado el interés general que dicen perseguir y por no ser adecuadas ni necesarias para la consecución del fin que dicen pretender. En la demanda se examinan las restricciones y prohibiciones impuestas desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad, necesidad y de buena regulación; en relación con éste último se argumenta sobre los principios de necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia.

En cuanto al derecho de la Unión Europea se examina si las restricciones persiguen efectivamente los objetivos que se enuncian, si son adecuadas y si son objetivamente necesarias.

Finalmente, en el quinto apartado de la demanda, la parte actora argumenta que el Real Decreto impugnado vulnera la normativa audiovisual, ya que se prevén limitaciones que no se contemplan en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Habida cuenta que alegaciones formuladas en términos semejantes han sido examinadas en la referida sentencia de 2 de abril de 2024, reproducimos en los fundamentos siguientes lo dicho en ella en relación con los preceptos que la parte recurrente impugna en el presente recurso de manera específica y cuya nulidad solicita en el suplico de la demanda. Comenzamos, sin embargo, con la alegación del principio de reserva de ley que se formula en el apartado tercero de la demanda.

CUARTO.- Sobre la vulneración del principio de reserva de ley establecido en el artículo 53.1 de la Constitución.

Sobre esta alegación en la sentencia de 2 de abril de 2024 hemos dicho lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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



económica de las empresas y que la declaración de su legalidad o ilegalidad no pueda tener consecuencias o repercusiones concretas, por lo que la conformidad a derecho de dicha norma y de los actos que eventualmente pudieran haberse dictado en aplicación de la misma, debe ser analizada conforme al marco normativo existente en el momento de su aprobación.

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

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

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

QUINTO.- . Sobre las alegaciones referidas a preceptos concretos.

Recogemos a continuación las consideraciones efectuadas en la Sentencia de 2 de abril de 2024 (RCA 1/3/2021) sobre los preceptos impugnados en este recurso. Examinamos también la impugnación del artículo 17, no combatido en el procedimiento 1/3/2021.

1. Sobre la impugnación del artículo 12.

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

El artículo 12 "Actividades de patrocinio" dispone:

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

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

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

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

En respuesta a esta infracción es preciso señalar que dicho precepto no prohíbe toda actividad de patrocinio relacionada con las actividades deportivas, sino que, como señala el Abogado del Estado en su contestación, las empresas de juego podrán seguir patrocinando a una entidad deportiva utilizando el nombre de dicha entidad para promocionar sus actividades de juego y remitir comunicaciones comerciales a sus clientes señalando que patrocina a alguna entidad deportiva y podrá participar en cualquier evento siempre que se ajuste a las reglas previstas en el artículo 12.

La limitación del patrocinio y esponsorización, de instalaciones deportivas, nombres de equipos, competiciones deportivas o de equipaciones pretende evitar la asimilación o identificación del juego de apuestas y el deporte, lo cual encuentra cobertura legal en el art. 7 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo de



regulación del juego en el que se dispone que reglamentariamente "se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a: c) La actividad de patrocinio en acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas". Es una previsión legal en la que ya se contempla la posibilidad de limitar las actividades de patrocinio de acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas, si bien remite su desarrollo a una norma reglamentaria, lo cual es lícito pues la reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento.

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

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

Esta medida se considera adecuada para alcanzar el objetivo propuesto y proporcionada para evitar que los menores, los jóvenes y los colectivos vulnerables vinculen o asocien los juegos de suerte y azar con la práctica deportiva, sin que se haya acreditado el carácter manifiestamente inadecuado de esta limitación." (fundamento de derecho quinto, 1./)

2. Sobre la impugnación del artículo 13.

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

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

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

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

b) Hayan sido verificados documentalmente.

[...]

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

a) dirigirse a clientes existentes;

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

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

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

Considera que tampoco el expediente permite obtener una justificación del sentido de esta privación, con absoluto olvido de las exigencias del art. 129.3 LPAC, como tampoco resulta comprensible la evolución que ha experimentado la norma desde sus primeras versiones, en las que se admitía la actividad de promoción en la medida en que no alterara la dinámica del juego, o indujera a confusión o percepción de gratuidad, aun cuando no se preveía límite cuantitativo a la promoción hasta la versión vigente que determina una prohibición absoluta.

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



proporcional circunscrita a ofertas y practicas altamente adictivas y peligrosas para colectivos en situación de riesgo.

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

Por todo ello, procede anular el art. 13 apartados 1 y 3." (fundamento de derecho quinto, 2./)

3. Sobre la impugnación del artículo 17.

La parte demandante incluye el artículo 17 entre aquéllos cuya nulidad solicita de forma subsidiaria en el suplico de la demanda. Sin embargo, no hay en la demanda ninguna alegación específica que sustente tal solicitud, que debe ser por ello rechazada. En efecto, dicho precepto se menciona en el apartado segundo de la demanda, en el que se objeta la falta de habitación legislativa y la vulneración de la reserva de ley, para imponer restricciones desorbitadas o prohibiciones absolutas a la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Pero en dicho apartado de la demanda sólo se menciona el apartado 3 del artículo 17, y precisamente como ejemplo de previsión respetuosa con la legalidad al no ser una restricción absoluta sino condicionada o proporcionada. En cuanto al apartado 17.1, se incluye en la enumeración final entre los preceptos que deben ser declarados nulos por establecer prohibiciones absolutas o restricciones equivalentes. Sin embargo, dicho apartado no contiene ninguna prohibición o restricción, sino que se limita a señalar que la realización de comunicaciones comerciales de las actividades de juego por medios presenciales deberá ajustarse no solo a la regulación estatal sino también a la aplicable a las entidades autorizadas por las Comunidades Autónomas, esto es, a la correspondiente regulación autonómica.

Por otra parte el artículo 17 del Real Decreto se menciona también en la impugnación del artículo 12.5 del Real Decreto impugnado, que se formula en relación con los artículos 17 y 18, preceptos que sin embargo no son impugnados por si mismos en dicho apartado de la demanda.

De acuerdo con lo expuesto, procede rechazar la solicitud de nulidad del artículo 17 formulada en el suplico de la demanda.

1. Sobre la impugnación de los artículos 18 y 19.

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

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

La demandante admite que "el criterio de la modulación de la intensidad de las restricciones horarias en función de la mayor propensión de ciertos juegos al favorecimiento de conductas de juego impulsivo" pero cuestiona el modo en que se ha trasladado este criterio en el Real Decreto, pues a juicio de la entidad demandante, no existe una motivación suficiente en la MAIN que fundamente adecuadamente la plasmación práctica del mismo en el articulado del Real Decreto. Una medida tan restrictiva solamente podría ser admitida (si se previese en una Ley) si se apoyase en una justificación detallada sobre su conveniencia e idoneidad, justificación que es totalmente ajena al expediente.

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

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

La limitación de las comunicaciones comerciales a una franja horaria nocturna entre la 1 y las 5 de la madrugada u otras franjas horarias de protección reforzada, dependiendo del tipo de juego, está conectada

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

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

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

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

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

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

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

El art. 19, apartado 1 dispone que:

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

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



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

Esta previsión guarda relación con los límites que se imponen a la actividad publicitaria y promocional tanto en relación con acontecimientos y espectáculos deportivos como con la vinculación de protección a los menores, por lo que resulta trasladables lo argumentado en relación con estas cuestiones en apartados anteriores. Y si la medida limitativa tiene cobertura legal y se considera adecuada y proporcionada para el fin que trata de proteger, poco importa que en el proceso de elaboración se restringiese la franja horaria inicialmente prevista en la que quedaba limitada esta publicidad." (fundamento de derecho quinto, 4./)

SEXTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con los razonamientos expuesto en los anteriores fundamentos de derecho procede estimar en parte el presente recurso y anular los apartados 1 y 3 del artículo 13 del Real Decreto 958/2020, desestimando todo lo demás.

De acuerdo con lo expuesto en el artículos 139.1 de la Ley de la Jurisdicción no procede imponer las costas, corriendo cada parte con las propias.

FALLO

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

1. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

2. Anular el artículo 13, apartados 1 y 3 de dicho Real Decreto 958/2020.

3. Desestimar las demás pretensiones del recurso.

4. No imponer las costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.