

Análisis sentencia del TS sobre Real Decreto de comunicaciones comerciales sobre actividades de juego. Falta de cobertura legal suficiente en la Ley 13/2011 de 27 de mayo de juego para diferentes restricciones impuestas en este.

1. Introducción 2. Antecedentes 3. Fundamentos de Derecho de la Sentencia 4. Conclusiones

1. Introducción

En nuestro anterior artículo para esta Revista¹ analizamos pormenorizadamente la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 7.2 de la Ley 13/2011 de 27 de mayo de juego por la que había preguntado el Tribunal Supremo en el correspondiente Auto y la toma de postura de este último, frente a la “solución” formal finalmente sentenciada por el Tribunal Constitucional, contraria a la tesis manifestada por el Tribunal Supremo.

En el ánimo de los recurrentes y en el tenor de la exposición razonada del Auto del Tribunal Supremo, lo que antecedería realmente era si el escenario de cuasi prohibición de la oferta de promoción, patrocinio y publicidad de los operadores privados que había producido el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego estaba justificado, en su caso y en cada caso, en el fondo y en la forma y si esta prohibición estaba amparada en el término legal correspondiente.

Lo sustancial, como decíamos en ese artículo y volvemos a repetir ahora, porque es lo que realmente se debía juzgar por el Tribunal Supremo, es que se había cambiado un status concreto, con perjuicio cierto, para diferentes operadores del ámbito del juego, deportivo, publicidad y medios, ya que este real decreto tuvo como consecuencia principal que desde el 31 de agosto de 2021 la mayoría de patrocinios deportivos de operadores de juego privados incorporados especialmente en el deporte profesional

¹ Análisis de la Sentencia 169/2023, de 22 de noviembre de 2023. Cuestión de inconstitucionalidad. Planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento N°. 82, 2024

desaparecieron o se reubicaron para su desarrollo en otras jurisdicciones y que las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual únicamente ya solo pueden emitirse entre la 01:00 y las 05:00 horas², incluyéndose en este efecto las efectuadas durante las retransmisiones en directo de acontecimientos deportivos, hípicas u otros de naturaleza competitiva, fuera cual fuera su tipo incluyéndose expresamente y señalándose especialmente las difundidas o emplazadas físicamente, que resultasen capturadas en la retransmisión audiovisual.

Quedaban expresamente excluidas de las reglas comentadas anteriormente los patrocinios de los operadores de juego en reserva (ONCE y SELAE) y las comunicaciones comerciales de los operadores de juego en servicios de comunicación audiovisual relativas a apuestas mutuas, a loterías instantáneas y al juego de bingo que sólo deberían respetar las franjas horarias de protección reforzada establecidas en el artículo 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, Ley General de la Comunicación Audiovisual - recientemente derogada por la disposición derogatoria única 1 b) de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, que ha dejado la situación de manera similar³- y los bloques publicitarios inmediatamente anteriores o posteriores a programas dirigidos específica o principalmente al público infantil, siendo por otra parte estos bloques infantiles la única prohibición que existía para los operadores de loterías de efecto diferido y rifas.

² Artículo 18 del Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego

³ Artículo 83. Protección de los menores en el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y en el servicio de comunicación audiovisual sonoro a petición.

1. La prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y del servicio de comunicación audiovisual sonoro a petición se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 95. 2. En los términos previstos en el artículo 96, la autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y del servicio de comunicación audiovisual sonoro a petición, la adopción de códigos de conducta para dar un tratamiento adecuado de los menores en noticiarios y los programas de contenido informativo de actualidad. 3. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico podrán emitir programas relacionados con el esoterismo y las paraciencias, basados en la participación activa de los oyentes, entre la 1:00 y las 5:00 horas, y tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los delitos que puedan cometerse y los daños que puedan causarse a través de dichos programas. 4. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y radiofónico solo podrán emitir programas de actividades de juegos de azar y apuestas entre la 1:00 y las 5:00 horas, salvo los sorteos de modalidades o productos de lotería cuya comercialización está reservada en exclusiva a los operadores designados al efecto por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, o por la correspondiente legislación autonómica, que podrán ser emitidos sin sujeción a la mencionada limitación horaria. Quedan igualmente excluidos de la limitación sobre franjas horarias establecida en el párrafo anterior los juegos de concursos emitidos por esos mismos prestadores, según la definición de esos juegos dada por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, o por la legislación autonómica correspondiente, siempre que esos juegos estén conexos o subordinados a la actividad ordinaria de esos prestadores y, además, no se utilice su difusión para promocionar, de forma directa o indirecta, ninguna otra actividad de juegos de azar o de apuestas.

Además, se cercenaba también casi completamente todo el efecto publicitario en los nuevos elemento de comunicación operados por internet, precisamente el medio en el que se producía la actividad económica a la que casi prohibía completamente el derecho a publicitarse.

Hace unas fechas el Tribunal Supremo se ha pronunciado estimando parcialmente el primero de los tres recursos presentados contra el Real Decreto de comunicaciones comerciales de las actividades de juego el presentado por la Asociación Española de Juego Digital (JDigital).

JDigital, recurrente ante el Tribunal Supremo que como decimos ha visto estimadas parcialmente su demanda, nada más conocer la sentencia publico una nota en la que consideraba que la sentencia de éste tribunal, si bien resultaba positiva para el sector al estimarse el corolario general de su recurso, que no era otro que la regulación de la publicidad del sector impuso unos límites y restricciones desproporcionados, que no observaban medidas de amparo legal suficiente, sin embargo tendría efectos limitados.

Y efectivamente es así pues las consecuencias que señalábamos en párrafos anteriores, sustanciales y principales se seguirán manteniendo pues, como explicaremos más tarde en el criterio del Tribunal Supremo tienen amparo legal suficiente.

En nuestro anterior artículo concluíamos que a nuestro juicio el artículo 7 bis de la Ley 13/2011 son solo principios generales que se pueden aplicar a la publicidad de juego, en su conjunto, pero que no prohíben, ni restringen, los escenarios en los que se produce esta, como si hace el Real Decreto de comunicaciones comerciales sobre actividades de juego en exceso y además en agravio comparativo sobre los operadores de juego privado, por lo que el artículo 7 bis resulta intrascendente a la cuestión planteada, pues lo que se ponía en tela juicio en el recurso de inconstitucionalidad era si se podía regular la publicidad de juego en cualquier extremo fuera del orden de reserva legal establecido, añadiendo que la realidad es que lo incluido en el real decreto excedía en mucho una habilitación reglamentaria al tratar escenarios y materias que suponen una absoluta restricción de derechos, que solo pueden regularse por ley en el corolario de la libertad de empresa.

Nuestro criterio era acertado, a tenor de lo que finalmente ha sentenciado el Tribunal Supremo. Analizaremos en este artículo esta sentencia del Tribunal Supremo, a reserva y espera de las que, en breve, se producirán sobre los recursos pendientes de la Asociación de Medios y de la Liga de Fútbol Profesional, que creemos sustancialmente serán muy parecidas y señalaremos en el apartado de conclusiones los probables efectos prácticos que tendrá esta sentencia, tanto desde el punto de vista comercial, como en alcance normativo, pues ya se anuncia por la administración una nueva modificación legal para “recuperar” con celeridad los artículos anulados⁴.

2. Antecedentes

La representación procesal de JDigital, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego por los siguientes motivos de impugnación:

- Nulidad del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre por infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales (omisión del trámite de audiencia y omisión de informes preceptivos, insuficiencia del análisis de la Memoria de Impacto Normativo e inadecuación del procedimiento de urgencia para solicitar el informe de la Comisión Europea).
- Vulneración de principio de reserva de ley (art. 53.1 CE en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 de la CE).
- Vulneración del principio de proporcionalidad en relación con las exigencias del derecho a la libertad de empresa.
- Impugnación de los arts. 10.4, 13.10 y 34.4 por infracción de la disposición final segunda de la LRJ en relación con los arts. 97CE, 128 y 129.4 LAPC y 9.2.c) LRJSP.

⁴ El Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 está tomando medidas urgentes para restaurar la validez legal de los artículos del **decreto** que restringe la publicidad del juego, recientemente anulados por el Tribunal Supremo.

Fte: <https://www.infoplay.info/es/2024-04-15/consumo-trabaja-para-restablecer-los-articulos-anulados-por-el-tribunal-supremo/27249/noticia/>

El 9 de septiembre de 2022 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Constitucional auto del 14 de julio del mismo año, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, por considerar que la remisión operada en este precepto legal a la norma reglamentaria para establecer las condiciones y límites de la actividad publicitaria en materia de juego pudiera ser contraria al principio de reserva de ley (art. 53.1 CE), en relación con la libertad de empresa (art. 38 CE).

El 24 de noviembre de 2023 el Tribunal Constitucional en la Nota Informativa 99/2023 informó que el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad había declarado en una sentencia, de la que había sido ponente la Vicepresidenta Inmaculada Montalbán Huertas, la extinción por desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, de 26 de mayo, de regulación del juego en el curso de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Sentencia está que apareció publicada en el Boletín Oficial del Estado de jueves 23 de diciembre de 2023, que fue la que analizamos en el anterior número de esta Revista.

El Tribunal Constitucional en su sentencia declara la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad, por desaparición sobrevenida de su objeto, al haberse promulgado, después de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que, se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, que introdujo en el texto originario de la Ley 13/2011 un artículo 7 bis relativo a los «principios generales para la publicidad, promoción y patrocinio de las actividades de juego», en el que, según afirma la sentencia del Tribunal Constitucional, se ha introducido una ordenación sustantiva en este ámbito que, de resultar aplicable en el proceso de origen, impediría ya calificar de indeterminada o ilimitada la remisión a reglamento que contiene el citado artículo 7.2 en su párrafo primero.

3. Fundamentos de Derecho de la Sentencia

Jdigital en su recurso señalaba fundamentalmente que el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre de comunicaciones comerciales de actividades de juego debía de entenderse nulo por infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales y porque con su aprobación se había llevado a efecto una vulneración del principio de reserva de ley y del principio de proporcionalidad (art. 53.1 CE en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 de la misma norma fundamental) al considerar esta asociación que el artículo 7.2 de la Ley 13/2011 de 27 de mayo de juego efectuó una remisión en blanco a reglamento que resultaba contraria al principio de legalidad (art. 53.1 CE), ya que existe una reserva material de ley en relación con el «principio general de libertad», principio en cuya virtud es la ley el instrumento por el que pueden establecerse limitaciones al ejercicio de actividades, mientras la ley no las prohíba, ello sin perjuicio del desarrollo reglamentario, que debe ser subordinado y no independiente, a lo que se añadió la invocación tanto de la libertad de empresa (art. 38 CE), de cuyo núcleo esencial es elemento trascendental la publicidad, como de la libertad de información (art. 20 CE).

Señaló además la asociación recurrente que solo podría llegarse a una interpretación conforme a la Constitución del artículo 7.2 de la Ley 13/2011 si se entendiera que la remisión al reglamento se refiriese de manera exclusiva a los aspectos de procedimiento, lo que determinaría que dicho artículo sería constitucionalmente lícito, pero que los preceptos reglamentarios que regulasen aspectos sustantivos o extrínsecos serían nulos de pleno Derecho por incurrir en *ultra vires*.

La sentencia analiza primero las presuntas irregularidades y omisiones en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 958/2020 concluyendo en la propia jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁵ que la suma de todas y cada una de las enumeradas por el recurrente, ya señaladas más arriba en este artículo, no pueden operar porque *“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*

⁵ Recogida en la STS nº 524/2019 de 12 de abril de 2019, rec. 58/2017.

procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental”.

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

El Tribunal Supremo analiza, una por una, cada una de las supuestas irregularidades denunciadas, en ese efecto y repasadas todas ellas, no pudiendo dejar de estar de acuerdo con los razonamientos manifestados por el alto tribunal, si me quiero detener en la referencia en algún aspecto a la denunciada omisión del trámite de audiencia en el procedimiento y el análisis que hace el Tribunal Supremo sobre la incorporación en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (MAIN) del Real Decreto en lo atinente al impacto económico y la competencia⁶ y la comunicación del texto a la Comisión Europea en el procedimiento establecido en la Directiva (UE) 2015/1535.

El Tribunal Supremo respecto a la infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales y en especial a la denunciada omisión del trámite de audiencia establece, que este término, se ha cumplido en diferentes instancias desde el arrastre del primer borrador de Real Decreto en 2015 hasta la versión del borrador de Real Decreto de febrero de 2020 y por cuanto finalmente, el propio Consejo de Estado, realizó un trámite de audiencia suficientemente amplio para que se formularan alegaciones, alegaciones que fueron presentadas por muchos participantes en el proceso.

⁶ El recurrente había denunciado que la MAIN no incluía ningún análisis del impacto del acceso al mercado ni un estudio de las alternativas regulatorias que permitan cumplir los objetivos buscados por la norma estableciendo el Tribunal Supremo 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 y en ese término debía incluir un apartado en la referencia de 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, que si se incluyó en la MAIN.

Concluye que, si bien es cierto, qué aunque posteriormente se han introducido algunas modificaciones que establecían nuevos límites a la actividad publicitaria, estas estuvieron motivados en parte por los informes, como el del propio Consejo de Estado y alegaciones presentados en el procedimiento de tramitación y que siguiendo la propia jurisprudencia⁷ del Tribunal Supremo solo cabría la obligación de dar una nueva audiencia si... *«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»* para rematar que 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.

Si bien en términos generales se pueden acoger las conclusiones del Tribunal Supremo, en la consideración del propio informe del Consejo de Estado⁸, pues la Administración puede tener un margen de decisión discrecional sobre las medidas planteadas, siempre que se haya respetado el necesario procedimiento de información y participación, si nos parece relevante señalar y matizar, un hecho que consideramos esencial.

Y es que la última versión informada fue la de 24 febrero de 2020 y con posterioridad hubo otra de 30 junio de 2020, que no se informó.

⁷ Las sentencias de la Sala Tercera del TS 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).

⁸ *«[...] 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»*. El informe completo aprobado el 15 de octubre de 2020 se puede consultar en BOE <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-518>.

El Ministerio de Consumo tras haber presentado ya el texto del Real Decreto el 2 de marzo de 2020 (versión de 24 de febrero) ante la Comisión Europea conforme a lo previsto en la Directiva 2015/1535⁹ volvió a presentarlo (versión 30 de junio), esta vez por el procedimiento de urgencia, en fecha 9 de julio de 2020¹⁰, porque había mucha prisa en aprobarlo (siempre he mantenido y explicado en artículos anteriores que solo había un interés político e ideológico y no una razón objetiva en la realidad y contexto existente que sustentase la necesidad de incorporar medidas tan excesivas) adverbando este hecho la importancia de cumplir escrupulosamente con todo el proceso formal, entendemos que al considerar las modificaciones esenciales, lo que no se comparece completamente con el criterio manifestado por el Consejo de Estado -que finalmente da por bueno el propio Tribunal Supremo-, ello por cuanto si se cambian medidas en un texto para hacerlo todavía más prohibicionista, y se entiende por la administración que debe informarse a la Comisión Europea para cerrar el proceso cumpliendo con esta requisitoria formal deviene naturalmente, por transparencia, que antes se debería haber hecho en igual término, la solicitud, en su caso, de información pública, sobre las nuevas modificaciones incorporadas, pues partiendo de una situación que penaliza ya en exceso no se puede, ni se debe dejar de consultar a aquellos que van a ver aún más cercenado un derecho.

No son pocos los borradores de leyes y/o decretos que por la introducción de una modificación han tenido un segundo trámite de audiencia e información pública con objeto de garantizar precisamente esa transparencia, para cumplir estrictamente lo previsto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Por otra parte, no está de más recordar, que en el ámbito de la Unión Europea siempre que se aprueba en algún país miembro un “reglamento técnico” para que este pueda ser aplicado, este debe haber sido comunicado previamente a la Comisión¹¹. Ello por cuanto, si es omitido dicho trámite, se produce un vicio sustancial de procedimiento en la

⁹ DIRECTIVA (UE) 2015/1535 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información

¹⁰ Estando en status hasta el 20 de julio de 2020.

¹¹ El TJUE en la sentencia del 22 de octubre de 2020 dejó claro esta obligación en el artículo 1, punto 11, de la Directiva 98/34 (hoy Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, que derogó la D98/34)

adopción de los citados reglamentos técnicos, que lleva aparejada como sanción su inaplicabilidad, ya que no son oponibles frente a los particulares.

La costumbre muchas veces de la Administración nacional o autonómica es mandar un borrador del correspondiente texto normativo para cumplir con el trámite, que luego tras informes, debates, discusiones y acuerdos posteriores con los afectados y/o en las cámaras legislativas, pasa a tener una redacción muy diferente.

En ejemplo cercano sobre normativas de juego, la Ley 1/2020, de 11 de junio, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunitat Valenciana, donde si bien si se envió el primer borrador de texto¹², no se hizo con el reformado y finalmente aprobado por las Cortes Valencianas tras la aprobación de un sinnúmero de enmiendas¹³ que lo cambiaron por completo. Peor fue el caso de la Ley 9/2023, de 23 de marzo, de modificación de la Ley 2/2000, de 28 de junio, del Juego de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que ni siquiera consta el envío de ningún borrador a la Comisión.

Igual de importante es recordar que al final del procedimiento 2015/1535, los Estados miembros están obligados a comunicar a la Comisión los textos definitivos en cuanto hayan sido adoptados y a indicar aquellos casos en que no se ha adoptado el proyecto notificado para que se pueda cerrar el procedimiento 98/34. Esto permite asimismo a la Comisión y a otros Estados miembros comprobar si el Estado que realizó la notificación ha tomado en consideración las reacciones recibidas durante el procedimiento. Los Estados miembros están obligados a notificar nuevamente el proyecto de medida, con la aplicación de un nuevo periodo de statu quo, cuando el proyecto de reglamentación técnica sufra modificaciones considerables¹⁴.

¹² Este permaneció en status desde el 16 de marzo de 2018 a 18 de junio de 2018.

¹³ El debate en la Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda tuvo lugar el día 10 de marzo, aprobándose un total de 31 enmiendas de aproximación (presentadas un día antes del debate y a escasos minutos de que terminase el plazo de presentación) que afectaban a 81 enmiendas: 19 del Grupo Parlamentario Socialista, 30 del Grupo Parlamentario Compromís y 32 del Grupo Parlamentario Unides Podem; y de 15 enmiendas parciales: 5 del Grupo Parlamentario Socialista, 1 del Grupo Parlamentario Popular, 1 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y 8 del Grupo Parlamentario Compromís.

¹⁴ 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

El recurrente invocó en la demanda que al presentarse el borrador de texto por la vía de urgencia según refiere la Sentencia *“la Comisión no tuvo tiempo de emitir el informe sobre el proyecto normativo que se sometió a deliberación del Consejo de Ministros”* entendiendo el Supremo que *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”*.

A nuestro juicio, como decimos, lo relevante no es tanto el propio procedimiento de urgencia o la emisión o no del Informe sino la relevancia que la propia administración actuante dio a las medidas y modificaciones incorporadas en la versión del texto de 30 de junio de 2020 que hicieron que el texto se volviera a comunicar a la Comisión y que por ello de manera antecedente debieron obligar a realizar un nuevo proceso de información pública.

El Tribunal Supremo sobre las obligadas consideraciones de impacto económico que está obligada a incorporar la MAIN establece que no puede sostenerse que no exista en aquella un análisis del impacto económico de la normativa proyectada en el mercado, si quiera sea de forma aproximada, apostillando que en ella se valora con cierto detalle la incidencia de la norma en los distintos operadores y ámbitos del mercado, quedando conforme con ello.

Recordemos lo que se decía en la MAIN en el apartado 7.1 Impacto sobre la estructura de la oferta y la competencia en el juego de ámbito estatal:

“El real decreto no presenta impactos negativos apreciables sobre la estructura de la oferta en el mercado ni sobre 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. Incluso supondrá un reforzamiento de la competencia desde este punto de vista, en la

calendario de aplicación previsto inicialmente, añadir especificaciones o requisitos, o hacer que estos últimos sean más estrictos».

medida en que las condiciones de desarrollo de la publicidad de todos los operadores sujetos al ámbito de aplicación de la Ley tenderán a aproximarse, en relación con la situación actual”.

Para un mercado que mueve miles de millones y con un impacto absolutamente fundamental en orden publicitario y de patrocinio para medios de comunicación, publicistas y operadores deportivos, el Tribunal Supremo da por suficiente, al efecto de incorporación formal en la previsión legal oportuna¹⁵, que se haya dado un cierto detalle, sin concretar cifra alguna, la incidencia de la norma en los distintos operadores y ámbitos del mercado que se reducía a un espacio de algo más de tres páginas de la MAIN (tres párrafos sobre el impacto sobre la estructura de la oferta y la competencia) y que en conclusión establecía que se producirían unos costes que no resultarían significativos y, en todo caso, serían proporcionados y que por otra parte, como no podía ser de otra manera al incorporar el Real Decreto medidas de prohibición tan importantes, especialmente en el medio audiovisual, se produciría un impacto significativo sobre las condiciones de desarrollo del mercado de espacios publicitarios para la publicidad de juegos de ámbito estatal.

Respecto al tema de la competencia, en la MAIN, una vez salvada la reserva horaria en favor de los juegos operados en reserva por razonarse que se trataba de juegos de diferente naturaleza e incidencia¹⁶, por lo tanto, dejando de un plumazo fuera a estos de ese término de competencia, se deducía en lo demás que en el resto de tipos de juegos no era previsible que hubiera una afectación a las condiciones de competencia entre los mismos.

Aunque si bien *formalmente* se haya podido cumplir, como establece el Tribunal Supremo, no parece que en el fondo, el “esfuerzo” de análisis realizado sea, ni de lejos, el oportuno y suficiente, cuanto más porque como ya hemos significado antes el peso económico de los efectos que se iban a causar, como se reconoció en la MAIN, eran muy

¹⁵ Artículo 2 apartado d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

¹⁶ En la MAIN se señalaba:

Desde el punto de vista de la publicidad del juego, las diferencias que pueden existir entre distintos juegos, que esencialmente tienen que ver con las reglas de difusión audiovisual de la publicidad resultan, como se ha explicado anteriormente, proporcionales en atención al objetivo perseguido, y en todo caso no parece que las mismas, que atienden fundamentalmente a la naturaleza diversa de las distintas modalidades de juego, vayan a incidir negativamente en las condiciones de mercado actualmente existentes.

significativos y en ese término si se hubiera cuantificado con alguna exactitud¹⁷, con la propia información aportada por los operadores afectados probablemente hubiera habido justificación más que suficiente para haberse replanteado la toma de algunas medidas o por lo menos haberlas debatido con más tiempo y espacio.

Pero con mucho lo peor, como ya hemos glosado en otros artículos de esta Revista¹⁸, es que haciendo un fuera aparte a los juegos de reserva, por su diferente forma de juego y supuesta menor incidencia, menor incidencia que informe tras informe de EDADES y ESTUDES estos se han encargado de desmentir, se hace un análisis tramposo en la referencia de la competencia, cuando la realidad es que en esta existe un agravio comparativo profundamente lesivo para los operadores de juego privado.

Ello por cuanto, en el mismo escenario y tablero de operaciones en el mercado, los operadores de los juegos en reserva pueden mostrar toda su oferta prácticamente sin restricciones publicitarias, manteniendo el status quo anterior (el que regía antes del Real Decreto en cumplimiento del Código de Conducta sobre comunicaciones comerciales de actividades de juego) y los operadores de juego privado tienen un margen muy pequeño para poder publicitar su oferta, lo que permite que los primeros puedan captar más jugadores y los segundos se hayan visto en la necesidad de concentrar el juego en los existentes, con un crecimiento mínimo en las cuentas de juego, muy lejos en cifras de lo que ocurre en otras jurisdicciones como Francia o Reino Unido donde las restricciones en orden publicitario son infinitamente menores y cada vez que se estudia el más mínimo cambio normativo se cuantifica al detalle el impacto económico de las mismas y se debate con profundidad con los operadores. Lo que en muchos casos lleva a no aprobarlas¹⁹ por

¹⁷ Análisis de las cifras del juego online en España después de la entrada en vigor del Real Decreto de Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 77, 2022

Alcance y efectos de las medidas tomadas durante la pandemia en el sector del juego por la Administración General del Estado y CC.AA. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 70 (Enero-Marzo), 2021.

¹⁸ La publicidad y el juego, revisión del marco internacional en la perspectiva del Proyecto de Real Decreto de comunicaciones comerciales de actividades de juego. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 69, 2020.

¹⁹ Análisis del Libro Blanco para la Revisión de la Ley de Juegos de Azar en Gran Bretaña. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 80, 2023

Análisis del Proyecto de Ley de Regulación de Juego en Irlanda. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 78, 2023.

Actualización del mercado de juego en Reino Unido en 2020 y comparativa con el mercado del juego español. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N°. 74, 2022

el grave impacto económico que pueden tener estas, como ha ocurrido en el Reino Unido donde tras la publicación del Libro Blanco sobre la reforma de la Ley de juego, analizadas algunas medidas propuestas en éste en dos subsiguientes procesos de consultas -ya se está preparándose una tercera- se decidió, de momento, prescindir de alguna de ellas precisamente por el importante impacto que estas pudieran tener para los operadores de juego y el escenario socioeconómico en términos productivos y laborales.

Analizadas las supuestas irregularidades, después, en lo esencial, el Tribunal Supremo razona el mantenimiento o anulación únicamente de todos los artículos sobre los que se solicitaba se emitiese juicio por la recurrente haciéndolo en el término de la obligada reserva de ley, explicando primero con detenimiento ésta en el sentido esencial del recurso, al entender que este era un recurso directo contra norma y lo ya apuntado en su previo Auto ante el Constitucional

En ese efecto el Tribunal Supremo deja meridianamente claro que 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 en la sentencia se resuelve que no era otro que 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 añadiendo que efectivamente no puede ser así por cuanto la aplicación de esta norma reglamentaria ha tenido incidencia en la actividad económica de las empresas y por tanto se debe declarar su legalidad o ilegalidad al poder tener esta situación 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.

Y la incidencia ha sido muy clara si nos referimos a patrocinio y publicidad con afectación a los operadores de juego y especialmente muy importante en términos económicos para

operadores deportivos (en su momento la LFP ya determino una cifra aproximada y las graves consecuencias que ello tendría para muchos clubes²⁰ pues 32 de los 42 equipos de la LFP (un 76%)²¹ tenían algún operador de juego como patrocinador con contratos extendidos en el tiempo más allá del 30 de agosto de 2021 fecha en la que debían acabar los patrocinios), pero también en ello para medios de comunicación y operadores publicitarios.

Circunstancia esta que se ha podido comprobar en el correspondiente seguimiento de los datos incorporados en los informes anuales del mercado de juego online estatal que publica la DGOJ pues los patrocinios han pasado de 26.821.659 euros en 2020 a ser en 2022 de 3.110.956 euros y en 2023 a 4.306.607 euros. Si miramos las cifras de publicidad esta ha pasado de 201.739.132 euros en 2020 a ser en 2022 una cifra de 135.429.036 euros y en 2023 de 147.947.850.

Las restricciones en la publicidad han incidido radicalmente en la captación de cuentas nuevas pues si en 2020 la cifra fue de 251.055 en 2022 bajo a 113.899 y en 2023 a 112.743, circunstancia esta que ha condicionado profundamente la estrategia de los operadores de juego con clara afectación al mercado en el incremento de cantidades a afiliados y bonos liberados obligando a los operadores a provocar una mayor concentración de juego, que precisamente es algo que se quería evitar, por las deseconomías sociosanitarias que este hecho pudiera producir. En todo caso, en el balance del negocio de juego online, hay que decir que salvo en el vertical del bingo donde se ha producido una baja con posterior estabilización en el resto de segmentos se ha producido un incremento sustancial del GGR.

²⁰ Los clubs españoles dejarán de ingresar 90 millones del patrocinio del juego

Con el real decreto, 25 de los 42 clubs de La Liga dejarán de tener patrocinio de las apuestas.

Fte: <https://www.lavanguardia.com/deportes/20201030/4974184194/clubs-espanoles-dejaran-ingresar-90-millones-patrocinio-juego.html>

²¹ Se vende camiseta: once equipos de LaLiga buscan espónsor principal tras el ‘cepo’ a las apuestas.

El 76,2% de los equipos de LaLiga tienen firmado un acuerdo de patrocinio con algún operador de juego. La patronal de los clubs de fútbol advierte de que la restricción de la publicidad que aprobará el Gobierno supondrá un roto de 90 millones de euros.

Fte: https://www.2playbook.com/patrocinio/se-vende-camiseta-once-equipos-laliga-buscan-esponsor-principal-cepo-apuestas_774_102.html

El Tribunal Supremo concluye que no cabe 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, pues 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.

Vayamos ahora con el análisis de los concretos artículos.

- Artículos mantenidos

Fundamentalmente se mantienen aquellos artículos que tienen que ver con las restricciones de publicidad en el ámbito audiovisual, patrocinio deportivo y desarrollo normativo al considerarse que son desarrollo del Artículo 7.2 de la Ley 13/2011 de 27 de mayo de juego o en ley preexistente al RDCCAJ, Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de publicidad y la hoy derogada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

El art. 12, y específicamente sus apartados 3, 4 y 5 (patrocinio deportivo) al considerar que si existía en este efecto una previsión legal en los apartados c) y d) del artículo 7.2²² de la Ley 13/2011 y considerar lo establecido en el desarrollo reglamentario adecuado para alcanzar el objetivo propuesto y proporcionado para evitar que los menores, los jóvenes y los colectivos vulnerables vinculen o asocien los juegos de suerte y azar con la práctica deportiva. Aquí el Tribunal Supremo hace una acotación interesante y que a nuestro juicio es muy importante pues entiende el tribunal que la recurrente no ha acreditado el carácter manifiestamente inadecuado de esta limitación. Habrá que colegir entonces que si se pudiera demostrar inadecuado este criterio se podría y debería entrar a modificar esta limitación.

En ese sentido habrá que esperar a ver si sobre este artículo se han hecho más consideraciones en las sentencias pendientes sobre los recursos de la Asociación de

²² c) La actividad de patrocinio en acontecimientos deportivos que sean objeto de apuestas y d) La inserción de carteles publicitarios de actividades de juego en los lugares en que se celebren acontecimientos cuyos resultados sean objeto de apuestas o loterías.

Medios y especialmente el de la Liga de Fútbol Profesional en el término de las peticiones de estas.

Los artículos 18 a 22 se mantienen al estar vinculados e inferidos en los mismos objetivos de las previsiones legales del Art. 7.2 de la hoy derogada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual de protección de la infancia y la adolescencia en el aumento de las franjas horarias establecidas lo que se considera adecuado y proporcionado en el corolario general del objetivo pretendido en la norma puesta en cuestión reseñando como relevante a ese efecto lo destacado respecto a esto 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. En todo caso, decir qué además, la vigente Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual ya da cobertura legal a este escenario en el término concreto de lo ya establecido en la Directiva 2018/1808²³.

Recordemos que la Directiva 2018/1808 establece un marco claro de protección de menores en el ámbito de las comunicaciones comerciales audiovisuales en especial en lo relativo entre otros productos y servicios a las actividades de juego²⁴ también en el añadido de las plataformas de intercambio de video por la habitualidad en su uso por esta población vulnerable²⁵ exigiendo que los prestadores de este tipo de servicio tomen las

²³ DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado

²⁴ Considerando (30) Es importante que los menores estén eficazmente protegidos de la exposición a las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a la promoción de los juegos de azar. En este contexto, existen varios sistemas de autorregulación o corregulación a nivel nacional y de la Unión para la promoción del juego de azar responsable, también en las comunicaciones comerciales audiovisuales.

²⁵ Considerando (46) Las comunicaciones comerciales de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma ya están reguladas por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que prohíbe las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, como las prácticas agresivas y engañosas que se producen en los servicios de la sociedad de la información. Por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales relativas al tabaco y los productos relacionados en las plataformas de intercambio de vídeos, las prohibiciones en vigor previstas en la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como las prohibiciones aplicables a las comunicaciones comerciales relativas a los cigarrillos electrónicos y envases de recarga con arreglo a la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, garantizan una protección suficiente de los consumidores contra el tabaco y otros productos relacionados. Puesto que los usuarios recurren cada vez más a las plataformas de intercambio de vídeos para acceder a contenidos audiovisuales, es necesario garantizar un nivel suficiente de protección de los consumidores armonizando las normas sobre comunicaciones comerciales audiovisuales en su justa medida entre todos los prestadores. Por consiguiente, es importante que las

medidas adecuadas para proteger a los menores de contenidos que puedan afectar a su desarrollo físico, mental o moral.

En el traslado de ello la vigente Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, establece que los programas de juego y la publicidad de los juegos de azar y apuestas²⁶ solo podrá emitirse entre la 1:00 y las 5:00 horas, y dentro del respeto a los principios de protección de menores, responsabilidad social y de juego responsable o seguro en los términos previstos en la normativa sectorial reguladora de las comunicaciones comerciales de ese tipo de juegos. Sólo podrá realizarse comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas de aquellas entidades que cuenten con título habilitante para realizar esta clase de actividades en España. En cualquier caso, se prohíbe la comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas cuando sea emitida junto a programas dirigidos a una potencial audiencia infantil.

Ello sin perjuicio de que la comunicación comercial audiovisual relacionada con los juegos de azar y apuestas se pueda emitir excepcionalmente fuera del horario establecido como hemos señalado con anterioridad, de 1 a 5 de la mañana, siempre que así se determine en la normativa sectorial reguladora de la publicidad sobre este tipo de juegos, en los siguientes supuestos:

- a) Las comunicaciones comerciales relativas a juegos de lotería.
- b) Las comunicaciones comerciales de aquellos tipos de juego que por sus características estructurales tengan un menor nivel de afectación frente a los riesgos de la actividad de juego.

En relación a este apartado b) señalar que estas habrá que entender son las que quedan identificadas en el artículo 20 del Real Decreto de Comunicaciones comerciales de las actividades de juego: apuestas mutuas, loterías instantáneas y juego de bingo.

Precisamente sobre las limitaciones contenidas en el artículo 20 en la sentencia se indica que estas guardan relación con las limitaciones publicitarias en las franjas horarias más

comunicaciones comerciales audiovisuales en las plataformas de intercambio de vídeos estén claramente identificadas y respeten una serie de requisitos cualitativos básicos.

²⁶ Artículo 123 apartados 7 y 8 de la Ley General de Comunicación Audiovisual

amplias, pero con una protección reforzada, acomodando la proporcionalidad de la restricción al tipo de juego de que se trata.

Respecto a los artículos analizados hasta ahora es importante señalar que en la sentencia se señalaba, antes de entrar en el análisis de los mismos, que según reiterada jurisprudencia, las limitaciones o prohibiciones adoptadas han de ser proporcionales lo que exige sean idóneas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la norma y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

En este extremo habría que preguntarse si está suficientemente justificado en el objetivo de la norma, recordemos la protección de jóvenes y colectivos vulnerables, el diferente tratamiento que tienen el patrocinio y la publicidad, especialmente en el medio audiovisual, de los juegos en reserva y de sus operadores ONCE y SELAE y este criterio resulta proporcionado con el escenario de prohibición que sufren el resto de licenciarios. A nuestro juicio, como explicaremos y concluiremos al final de este artículo, no lo está.

El artículo 24 se mantiene al tener cobertura legal en el apartado a)²⁷ del artículo 7.2 de la Ley 13/2011 y artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico por lo que en este término el desarrollo reglamentario establecido en este artículo del RDCCAJ está amparado en cobertura legal suficiente.

Los arts. 10.4, 13.10 y 34.4 al entender que existe previsión legal expresa que habilita a la Dirección General de Ordenación del Juego para desarrollar y ejecutar las previsiones de la Ley del juego y del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre (Disposición Adicional décima de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y habilitación legal en su caso en la referencia del

²⁷ a) El envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente, que sólo será posible si ha sido previamente autorizado por su destinatario, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

artículo 8 de la L 13/2011. Este marco legal habilita, por tanto, para adoptar disposiciones técnicas que impliquen el desarrollo necesario de sus previsiones y en ese efecto las incorporadas en los referidos artículos. No obstante ello aclara, con importante matización, respecto a la previsión contenida en el artículo 13.10, referida al desarrollo de las condiciones y límites de la actividad promocional a los clientes, que no existe inconveniente en establecer previsiones que impliquen el desarrollo técnico y concreción de las previsiones que sobre este punto ya se contienen en el art. 13 -salvo los apartados 1 y 3 que se anulan por esta sentencia- y que el hecho de que se añada que podrá actuar «más allá de lo que se dispone en este Real Decreto» no implica un motivo de nulidad de esta disposición pero habrá que estar al alcance y contenido de lo dispuesto por dicha autoridad pues es perfectamente posible que la autoridad concrete los aspectos técnicos, regulaciones accesorias y se detallen las previsiones contenidas en la ley y el Real Decreto sobre esta materia más allá de lo dispuesto en dichas normas sin contravenir el alcance de una remisión reglamentaria, pero si supera estos límites convirtiéndose en una regulación independiente habrá que impugnarla por este motivo de forma autónoma cuando esta se produzca.

- Artículos anulados

El artículo 13 apartados 1 y 3 respecto de las actividades de promoción dirigidas a nuevos clientes se anula pues el tribunal no 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. Entiende el Tribunal Supremo como no puede ser de otra manera, que 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

El artículo 15 en referencia a la aparición en la publicidad de personajes famosos se anula igualmente limitándose el Tribunal Supremo a señalar que esta prohibición carece de cobertura legal, incurriendo en un exceso ultra vires respecto de la remisión operada por la Ley del Juego y careciendo de cobertura legal en las demás normas de rango legal vigentes en el momento en el que se aprobó este Real Decreto.

El artículo 23 apartado 1 que establece una prohibición generalizada para la difusión de comunicaciones comerciales a través de servicios de la sociedad de la información se anula al no tener esta limitación cobertura legal. Entiende el Tribunal Supremo que no es suficiente con invocar la protección de los menores por cuanto no es posible limitar la publicidad con un alcance general a todo un medio ante la eventualidad de que pueda ser utilizado por menores de edad. La protección de los menores está contemplada en la ley del juego como una limitación a los juegos de suerte y azar y a su publicidad, pero la previsión ahora cuestionada no se concreta en medidas destinadas específicamente a los menores sino a todos los usuarios de la sociedad de la información sin cobertura legal alguna que ampare una limitación de estas características. Por otra parte, restringe la posibilidad de dirigir comunicaciones comerciales a quienes ya utilizan las páginas web o aplicaciones destinadas al juego, lo que implica la imposibilidad de dirigir publicidad a potenciales nuevos clientes en este medio, sin previsión legal alguna que ampare esta limitación.

El artículo 25.3 en relación a la publicidad del juego en plataformas de intercambio de videos se anula igualmente al carecer de cobertura legal alguna dado el alcance general con el que se concibe. En todo caso esta anulación no tendrá consecuencias por cuanto las mismas restricciones siguen vigentes al haber sido incorporadas en el artículo 91.2.c de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA) como ya explicamos en el análisis de la misma²⁸.

Y finalmente el artículo 26 apartados 2 y 3 en relación a la limitación de la posibilidad de llevar a cabo la publicidad a través de redes sociales se anula sin mayor explicación al entender el Tribunal Supremo que carece de cobertura legal en la normativa existente en el momento de dictarse el reglamento.

4. Conclusiones

Las consecuencias prácticas de la anulación de los correspondientes artículos y/o apartados de los mismos en la referencia ya explicada en el punto anterior son que se

²⁸ Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual. Editorial Aranzadi.

volverá a permitir que se pueda realizar un posicionamiento en buscadores y blogs de juego y que los blogs de los operadores de juego, puedan mencionar explícitamente a celebridades y contar con firmas de personajes relevantes²⁹.

Un efecto muy importante es que el jugador podrá volver a tener acceso a contenido promocional desde que el jugador se haya registrado³⁰ pudiendo acceder a bonos y cualquier tipo de promoción en el límite establecido por el vigente³¹ Código de Conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

De singular importancia es que se volverán a recuperar en toda su extensión y profundidad las campañas promocionales en redes sociales y los operadores podrán presentar sus campañas promocionales en un elenco mucho mayor de sitios webs sin que ahora exista limitación en criterio de espacios y contenidos concretos.

Respecto a la anunciada rápida “recuperación” de los artículos anulados por el Tribunal Supremo para salvaguardar a los jóvenes, no estaría de más advertir al Ministro de Consumo que según los datos incorporados en el Anuario del Juego de España 2023 publicado por el Consejo Empresarial del Juego los rascas son jugados por el 10% de los

29 Tener en cuenta que la última modificación del vigente Código de Conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades del juego que en los apartados 2 y 3 del punto 7 restringe las comunicaciones comerciales o autopromociones dirigidas a menores en el siguiente termino:

- No estarán permitidas a aquellas comunicaciones que estén protagonizados por menores de 25 años.
- Prohibición de comunicaciones comerciales que inciten directa o indirectamente a los menores a la práctica del juego, mediante la inclusión, entre otros, de personas que sean reconocibles por su notoriedad pública y participen en espacios infantiles en medios de comunicación o cuya actividad se centre en menores de edad.

C:\Users\usuario\Downloads\PBL_20191114_Codigo_Conducta_comunicaciones_comerciales_actividad es_juego (1).pdf

³⁰ Hasta ahora, cualquier promoción estaba restringida a jugadores que hubieran completado el proceso de verificación y que contasen más de 30 días de antigüedad en el operador.

³¹ La última modificación llevada a efecto es del 14 de noviembre de 2019 en la reunión de la Comisión Mixta de Seguimiento del Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego en vigor desde el 15 de enero de 2020 que introdujo cambios sustanciales en el apartado 4.3. para incluir todos los elementos esenciales de los términos y condiciones de los bonos y promociones y 6.13 para establecer que Las comunicaciones comerciales y autopromociones de las actividades de bingo, juego de ruleta, punto y banca, black jack, póquer, apuestas de contrapartida deportivas o hípcas, máquinas de azar y apuestas cruzadas, limitarán los bonos de bienvenida utilizados en comunicaciones comerciales a la cantidad máxima de doscientos euros (200€).

C:\Users\usuario\Downloads\PBL_20191114_Codigo_Conducta_comunicaciones_comerciales_actividad es_juego (1).pdf

residentes en España, el 20% entre los que tienen entre 18 y 35 años y que es el juego con mayor aceptación entre los jóvenes hasta 35 años.

En ese sentido resulta cuanto menos paradójico que hace escasas fechas en el Boletín Oficial del Estado se publicó resolución del referido ministerio por la que se publica el calendario de los productos de las tres modalidades de lotería de las que es titular la Organización Nacional de Ciegos Españoles, para el segundo trimestre del año 2024. Pues bien, en esta se pueden contabilizar nada menos que 20 productos diferentes de lotería instantánea en soporte físico y la friolera de 84 productos de lotería instantánea en soporte electrónico.

No repetiremos más que los puntos de venta de SELAE y ONCE carecen de distancia a centros educativos y/o sanitarios y de registro de acceso y que en el informe de trastornos comportamentales 2022 de OEDA se establece que respecto al juego con dinero de manera presencial, tanto entre el total de estudiantes de 14 a 18 años que han jugado en los últimos 12 meses a juegos de manera presencial, como entre aquellos estudiantes que presentan un posible juego problemático, los juegos más utilizados son las loterías, primitiva o bonoloto y las loterías instantáneas en 2021 y en 2019.

A esto hay que añadir que estos operadores han aprovechado el “vacío” dejado por los operadores privados en el medio audiovisual y hoy la supuesta “ley de la selva”, tan repetida por la administración actuante para justificar el Real Decreto para cargar contra los operadores privados de juego, es enseñoreada por los operadores públicos, especialmente la ONCE, con casi la misma demasía que antes se culpaba a los operadores privados. Así, si en el ranking del Informe sobre inversiones publicitarias de Infoadex en 2020 la ONCE aparecía en el puesto 16 con una inversión de 31,7 millones de euros, en 2022³² aparece en el sexto lugar con 49 millones de euros y en 2023³³ aparece en el quinto puesto con 54,5 millones de euros.

³² Fte: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/ranking-anunciantes-inversion-publicitaria-estudio-infoadex-2023>

³³ Fte: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/ranking-anunciantes-inversion-publicitaria-estudio-infoadex-2024>

Caso diferente es el de SELAE que en el Plan de Comunicación 2022 de publicidad y comunicación institucional aparecía con 55.326.268 en 2023 disminuyó esta cantidad a 46.192.773 y en 2024 a 45.754.300 euros.

En ese sentido, aunque la sentencia del Tribunal Supremo ha dejado fuera de revisión los artículos 18 a 22 del Real Decreto de Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego y que el nuevo escenario de regulación en el término audiovisual queda hoy referido a los apartados 7 y 8³⁴ de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, que salva del restringidísimo horario de emisión a los juegos de lotería (incluyendo las instantáneas), no estaría de más que en la prometida modificación legislativa se de una vuelta a esto pues no parece muy consecuente hacer un distingo entre las loterías y el resto de juegos, más aún conociendo la incidencia existente en el juego problemático especialmente en el caso de las loterías instantáneas, si el discurso que se quiere seguir manteniendo es el de la protección de los jóvenes y los vulnerables.

³⁴ 7. La comunicación comercial audiovisual relacionada con los juegos de azar y apuestas solo podrá emitirse entre la 1:00 y las 5:00 horas, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 8 y dentro del respeto a los principios de protección de menores, responsabilidad social y de juego responsable o seguro en los términos previstos en la normativa sectorial reguladora de las comunicaciones comerciales de ese tipo de juegos. Sólo podrá realizarse comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas de aquellas entidades que cuenten con título habilitante para realizar esta clase de actividades en España. En cualquier caso, se prohíbe la comunicación comercial audiovisual relacionada con juegos de azar y apuestas cuando sea emitida junto a programas dirigidos a una potencial audiencia infantil.

8. La comunicación comercial audiovisual relacionada con los juegos de azar y apuestas se podrá emitir excepcionalmente fuera del horario establecido en el apartado anterior siempre que así se determine en la normativa sectorial reguladora de la publicidad sobre este tipo de juegos, en los siguientes supuestos:

a) Las comunicaciones comerciales relativas a juegos de lotería.
b) Las comunicaciones comerciales de aquellos tipos de juego que por sus características estructurales tengan un menor nivel de afectación frente a los riesgos de la actividad de juego.