

**INFORME JURIDICO SOBRE REPERCUSION EN EL AMBITO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL DE
LOS PUNTOS DE VENTA MIXTOS DE LOTERIAS Y APUESTAS DEL ESTADO DE LA SENTANCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LA QUE SE DECLARAN INCONSTITUCIONALES
ALGUNOS ARTICULOS DEL RD 463/20 DE 14 DE MARZO**

1º ANTECEDENTES

Con fecha 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España, aprobó el RD 463/20, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Entre esas medidas adoptadas por el Gobierno, destacamos el artículo 10 de dicho Real Decreto, que establecía medidas de contención de la actividad comercial, lo que supuso el cierre de la actividad de venta de lotería y apuestas del Estado en los establecimientos puntos mixtos, que representa FENAMIX.

El partido político VOX, interpuso el recurso de inconstitucionalidad de los artículos 7, 9, 10 y 11 del citado Real Decreto 463/20, sobre los que se dictó el 14-7-2021 la sentencia del Tribunal constitucional que adjuntamos a este informe y cuyo fallo fue el siguiente (textual):

1º Inadmitir la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra la Orden SND/298/2020 de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

*2º Estimar **parcialmente** el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y, en consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos, con el alcance indicado en el fundamento jurídico 2, letra d); y con los efectos señalados en los apartados a),b) y c) del fundamento jurídico 11:*

- a) Los apartados 1,3 y 5 del artículo 7.*
- b) Los términos “modificar, ampliar o” del apartado 6 del del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.*

3º Desestimar, en todo lo demás, el recurso de inconstitucionalidad.

A continuación procederemos al análisis de las cuestiones de dicha sentencia que afectan, en este caso negativamente, a la pretensión del colectivo de Mixtos de Loterías y Apuestas del Estado de presentar reclamaciones patrimoniales (daños y perjuicios) contra el Estado, como consecuencia del cierre de sus establecimientos durante el estado de alarma, en virtud del artículo 10 del RD 463/20 de 14 de marzo.

2º ANALISIS DE LA SENTENCIA DEL CONSTITUCIONAL EN LOS ASPECTOS QUE AFECTAN A LA ACTIVIDAD DE VENTA DE LOS JUEGOS Y APUESTAS DEL ESTADO.

La Sentencia de cuestión, dentro de su complejidad jurídica y extensión (80 folios), viene a decir en sus fundamentos jurídicos, que las medidas restrictivas tomadas por el Gobierno para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, eran las adecuadas, pero el procedimiento seguido para la implantación de algunas medidas tomadas mediante Real Decreto, por el procedimiento establecido para el estado de alarma (Competencia del Consejo de Ministros), no era el adecuado, sino que el procedimiento adecuado, debería haber sido el que se establece para el estado de excepción (que necesita la autorización previa de Congreso de los Diputados). El Tribunal constitucional hace loss respectivos análisis sobre lo que significa

“limitación o suspensión de derechos fundamentales constitucionales”, respecto a las medidas que regula el RD 463/20 de 14 de marzo, en los que no vamos a entrar, por no ser la finalidad de este informe,

Así pues, nos centraremos en lo que concierne al alcance de la misma sobre el artículo 10 del Real Decreto citado, por el que se establecían medidas de contención de la actividad comercial durante el estado de alarma y que conllevó el cierre de algunas actividades, entre ellas, la de comercialización de los juegos y apuestas de SELAE. A tal efecto, el Tribunal declara, expresamente, que el contenido de ese artículo, no afecta al derecho fundamental de la libertad de empresa establecidos por el artículo 38 de la Constitución, por tanto no es inconstitucional dicho artículo 10 del RD 463/20, “... *ya que el estado de alarma puede justificar excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional...con estas medidas se procuró, limitando la concentración de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos, como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 de la CE)...Ambos preceptos legales prevén expresamente, la posible suspensión de actividades, así como el cierre de empresas o el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, cuando las circunstancias de riesgo inminente y extraordinario para la salud lo justifican...No cabe dudar que circunstancias de este tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (las del artículo 10 RD 463/20)*” (Textual de la sentencia, referente al cierre de establecimientos comerciales durante el estado de alarma).

Del citado artículo 10, la Sentencia solo declara inconstitucional, el apartado 6, en una modificación posterior que se hizo por el RD 465/20 de 17 de marzo “...*por la que se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los anteriores apartados del artículo 10 mencionado, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine*”, ya que una vez fijadas las medidas sobre las actividades comerciales por el RD 463/20, solo pueden ser modificadas o ampliadas por el Consejo de Ministros, mediante otro nuevo Decreto del que se diera cuenta inmediata al Congreso de los Diputados.

Por último, el Tribunal Constitucional declara expresamente el alcance del fallo de la sentencia en los aspectos de posibles reclamaciones al Estado (pretensión del colectivo de Mixtos), por el tiempo en el que estuvo suspendida su actividad (marzo-mayo 2020), como consecuencia del artículo 10 del RD 463/20 por el que se declaró el estado de alarma. **Como hemos indicado dicho artículo, no ha resultado declarado inconstitucional, por lo que no se deriva ya, de por sí, de que se tenga vía para interponer una reclamación patrimonial contra el Estado, por los daños y perjuicios que causó al colectivo el cierre temporal de su actividad de venta de los juegos y apuestas del Estado.**

No obstante, a continuación transcribimos la literalidad de lo que dice la sentencia sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículo del RD 463/20.

En ese contexto, parece necesario finalmente precisar el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad, modulando los efectos de la declaración de nulidad:

a) Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia se declara, no sólo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [así establecido en los arts. 161.1.a) CE y 40.1 LOTC] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes (según criterio que venimos aplicando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, por razones de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE), sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

Y ello porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales. A lo cual se añade que habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no sólo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE).

b) Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, “en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. Esta excepción viene impuesta por el art. 25.1 de la CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucional apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en

el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

3º CONCLUSIONES

- a) La Sentencia del Tribunal constitucional de 14 de Julio de 2021, no declara la inconstitucionalidad del artículo 10 del RD 463/20 de 14 de marzo, por el que se suspendió la actividad de los establecimiento Mixtos de Lotería y Apuestas del Estado, durante marzo a mayo de 2020, por lo que no supone dicha sentencia base para iniciar cualquier reclamación de daños y perjuicios.
- b) La Sentencia de cuestión declara, expresamente, **que la misma no es título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas**, por lo que esta declaración del Tribunal anula cualquier actuación de reclamación contra el Estado, basada, de forma general, en la misma.

No obstante, deja abierta la puerta a otras reclamaciones de daños y perjuicios **concretos**, que de forma directa o en su persona, derechos o bienes, hayan sufrido algunas personas, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia del estado de alarma (art.3.2 Ley Orgánica 4/81 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio). Un ejemplo de lo anterior, para la comprensión de la excepción a la reclamación, sería que la autoridad competente no haya aplicado bien las leyes dictadas durante el estado de alarma, y hubiera procedido cerrando establecimientos que estaban autorizados a estar abiertos.

Es cuanto creo conveniente informar.

Sevilla a 21 de Julio de 2021

Fdo Jose Luis Dominguez

Asesoría Jurídica de FENAMIX